

100.2018.6
ANP/REN

Tribunal administratif du canton de Berne
Cour des affaires de langue française

Jugement du 21 décembre 2018

Droit administratif

C. Meyrat Neuhaus, présidente
P. Keller et C. Tissot, juges
P. Annen-Etique, greffière

A. _____
représenté par Me B. _____
recourant

contre

Commission des examens d'avocat du canton de Berne (CExA)
Hochschulstrasse 17, case postale, 3001 Berne

relatif à un résultat d'examens d'avocat (feuille des notes II/2017 du
28 novembre 2017; APK 17 130 LUK)



En fait:

A.

A._____ s'est présenté en octobre 2017, pour la première fois, aux épreuves écrites de l'examen d'avocat bernois. Par une feuille de notes du 28 novembre 2017 ainsi qu'un courrier d'accompagnement daté du lendemain, la Commission des examens d'avocat du canton de Berne l'a informé du fait qu'il n'avait pas réussi, avec une moyenne de 3,67, la partie écrite de l'examen et qu'il n'était donc pas admis à se présenter aux épreuves orales (y incluse la plaidoirie). Ses notes s'élevaient à 4 s'agissant de l'écrit de droit constitutionnel, administratif ou fiscal, à 3 quant à celui de droit pénal et à 4 concernant l'épreuve écrite de droit national privé et de droit international privé (droit de la poursuite pour dettes et de la faillite et arbitrage compris).

En date des 12, 18 et 19 décembre 2017, l'intéressé a participé à des séances privées ou collectives de corrigé de ses épreuves écrites, respectivement en droit pénal, public et privé.

B.

Par acte du 3 janvier 2018, A._____, représenté par un avocat, a formé recours auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (TA) contre la décision précitée (feuille de notes) du 28 novembre 2017 et, dans le même temps, a déposé une requête d'assistance judiciaire ainsi que de désignation de son mandataire comme avocat d'office (requête encore complétée le 22 janvier 2018). Dans la procédure au fond, il retient les conclusions suivantes:

"Principalement:

1. Annuler la décision du 28 novembre 2017 de la Commission des examens d'avocat (feuille des notes de l'examen écrit) communiquant au recourant son échec à cette partie de l'examen et lui refusant l'accès à la partie orale de l'examen;

2. Attribuer au recourant la note de 4,5 à l'examen écrit de droit constitutionnel, droit administratif ou droit fiscal;
3. Attribuer au recourant la note de 4,5 à l'examen écrit de droit national privé et droit international privé (droit de la poursuite pour dettes et de la faillite et arbitrage compris);
4. Partant dire que le recourant a réussi la partie écrite de l'examen d'avocat;
5. Partant dire que le recourant est admis à passer la partie orale de l'examen lors de la session d'examen qui suivra l'entrée en force du jugement;
6. Sous suite des frais et dépens et en tenant compte des dispositions en matière d'assistance judiciaire gratuite.

Subsidiairement:

1. Annuler la décision du 28 novembre 2017 de la Commission des examens d'avocat (feuille des notes de l'examen écrit) communiquant au recourant son échec à cette partie de l'examen et lui refusant l'accès à la partie orale de l'examen;
2. Renvoyer le dossier à la Commission des examens afin qu'elle procède à une nouvelle correction des examens de droit civil et de droit administratif du recourant et qu'elle rende une nouvelle décision de notation desdits examens;
3. Sous suite des frais et dépens et en tenant compte des dispositions en matière d'assistance judiciaire gratuite."

Dans sa réponse du 6 février 2018, la Commission des examens a conclu au rejet du recours dans la mesure de la recevabilité de ce dernier.

Selon une décision incidente rendue le 9 février 2018, la Juge instructrice a partiellement admis la requête d'assistance judiciaire, à mesure que celle-ci portait sur la dispense des frais judiciaires (et leur avance), et l'a rejetée pour le surplus (frais d'avocat).

Les parties ont encore répliqué et dupliqué en date des 5 et 29 mars 2018, et seul le recourant a modifié à cette occasion ses conclusions en demandant, à titre subsidiaire, que son examen de droit public soit évalué par un ou une autre second(e) expert(e).

Conjointement à sa note d'honoraires, le mandataire de l'intéressé a adressé le 25 avril 2018 des remarques finales au Tribunal. La Commission des examens a renoncé à s'exprimer sur ce nouveau courrier.

Un nouvel échange de correspondance engagé par le recourant avec le Tribunal (que la Commission des examens a reçu en copie) a eu lieu les 8 et 9 octobre 2018. Il portait sur des informations sur la situation professionnelle et financière d'alors du recourant et la durée prévisible de la procédure.

En droit:

1.

1.1 La décision attaquée se fonde sur le droit public. Conformément à l'art. 74 al. 1 de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA; RSB 155.21) et en l'absence d'une exception prévue aux art. 75 ss LPJA, le TA est compétent pour connaître du présent litige (voir également art. 6 al. 1 de la loi cantonale du 28 mars 2006 sur les avocats et les avocates [LA; RSB 168.11]).

1.2 Le recourant a pris part à la procédure devant l'autorité précédente et est particulièrement atteint par la décision attaquée. Même si l'échec à l'examen n'est pas définitif, il a un intérêt digne de protection à obtenir l'annulation ou la modification de la décision en cause. Cette solution se justifie par le fait que n'admettre le recours qu'en cas d'échec définitif aurait pour conséquence de priver le candidat concerné de la possibilité de faire annuler une décision par hypothèse viciée, ce qui reviendrait, en définitive, à dénier à celui-ci le droit de bénéficier du nombre de possibilités de passer l'examen que le règlement applicable prévoit (arrêt TF 2D_38/2017 du 16 mai 2018 c. 1.2 avec références citées). L'intéressé a par conséquent qualité pour recourir (art. 79 LPJA). Son recours a au surplus été interjeté en temps utile et dans les formes prescrites par un mandataire dûment

légitimé (art. 15, 32 et 81 LPJA). Il est dès lors recevable. Il convient d'emblée de préciser que dans l'hypothèse où certains griefs allégués par le recourant à l'appui de ses conclusions dépasseraient les limites des motifs de recours susceptibles d'être invoqués, notamment celui du contrôle du droit (c. 1.3. infra), contrairement à ce qu'invoque la Commission des examens (réponse p. 6, art. 6 in fine), cette violation des art. 80 LPJA et 6 al. 1 LA n'entraînerait pas une irrecevabilité, même partielle, des conclusions concernées mais aboutirait à un jugement matériel de celles-ci.

1.3 Le pouvoir d'examen du TA résulte de l'art. 80 let. a et b LPJA (voir également art. 6 al. 2 LA); il porte sur le contrôle des faits et du droit, y compris les violations du droit commises dans l'exercice du pouvoir d'appréciation, mais pas sur le contrôle de l'opportunité. L'exercice du pouvoir d'appréciation peut violer le droit en cas d'excès positif ou négatif de ce dernier, ainsi qu'en cas d'abus de pouvoir. Tant que l'instance précédente fait usage de son pouvoir d'appréciation conformément à ses obligations et en respectant ces limites, soit sans excès ni abus, il n'appartient pas au TA de substituer sa propre appréciation à celle de l'administration (JAB 2010 p. 481 c. 1.2, p. 1 c. 1.4; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, 1997, art. 66 n. 21 et 28).

Le TA examine avec une certaine retenue l'évaluation des prestations d'un candidat ou d'une candidate à des examens, en ce sens qu'il ne s'écarte pas sans nécessité des avis des experts et des examinateurs sur des questions qui, de par leur nature, ne sont guère ou que difficilement contrôlables. En effet, l'évaluation des épreuves requiert le plus souvent des connaissances particulières dont l'autorité de recours ne dispose pas. Cette retenue s'impose également dans les cas où le TA serait en mesure de se livrer à une évaluation plus approfondie en raison de ses connaissances professionnelles sur le fond (par exemple dans le domaine juridique). Le TA se limite à contrôler si le devoir d'examen en cause correspond à la matière faisant l'objet de l'examen, si la transparence de la procédure d'évaluation concrète était garantie et si l'autorité chargée de l'examen a motivé son évaluation selon des critères adéquats. En ce qui

concerne l'interprétation de règles de droit et de vices de procédure invoqués, le TA exerce un pouvoir d'examen complet quant à la conformité au droit (ATF 136 I 229 c. 5.4.1, 131 I 467 c. 3.1, 118 la 488 c. 4c, 106 la 1 c. 3c; JAB 2012 p. 152 c. 1.2, 2011 p. 324 c. 4.2; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, op.cit., art. 80 n. 3 et art. 66 n. 4 s.; HERBERT PLOTKE, *Schweizerisches Schulrecht*, 2003, p. 722 ss). Les questions de procédure se rapportent à tous les griefs qui concernent la façon dont l'examen ou son évaluation se sont déroulés (ATF 106 la 1 c. 3c; arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] B-1608/2014 du 6 août 2014 c. 3 et références).

2.

2.1 L'examen d'avocat se compose d'une partie écrite et d'une partie orale; les candidats et les candidates qui ont réussi la partie écrite sont admis à la partie orale (art. 10 al. 1 de l'ordonnance cantonale du 25 octobre 2006 sur l'examen d'avocat [OExA; RSB 168.221.1]). Une commission des examens organise l'examen d'avocat et décide de sa réussite (art. 3 al. 1 LA). Les prestations sont notées sur une échelle de 1 à 6, seules les demi-notes étant admises comme notes intermédiaires. Les notes égales ou supérieures à 4 consacrent des prestations suffisantes; les notes inférieures à 4 des prestations insuffisantes (art. 16 al. 1 et 2 OExA). A la fin de la partie écrite, respectivement de la partie orale, le secrétariat de la commission des examens d'avocat récapitule les notes des différentes matières. Les notes sont fixées par la Commission des examens d'avocat sur proposition des membres (expert[e]s) ayant fait passer les examens (art. 17 OExA). La partie écrite est réussie lorsque la moyenne des notes est de 4 au minimum et qu'il n'y a pas plus d'une note insuffisante (art. 16 al. 3 OExA). En cas d'échec, la partie, écrite ou orale, doit être repassée intégralement. L'examen ne peut être repassé qu'une fois (art. 20 al. 1 OExA).

2.2 Le recourant a obtenu une moyenne de 3,67 à la partie écrite de l'examen d'avocat et n'a de fait pas été admis aux épreuves orales. Il s'agissait de sa première tentative, respectivement de son premier échec à

l'examen, de sorte que la possibilité lui est offerte de se présenter une fois encore à la partie écrite (art. 20 al. 1 OExA). L'intéressé n'élève aucun grief par rapport au déroulement des épreuves écrites auxquelles il s'est soumis, mais conteste l'évaluation de ses prestations dans les branches de droit privé et de droit public - sa notation en droit pénal n'étant en revanche pas litigieuse. A titre principal, il requiert le rehaussement à raison d'un demi-point (de 4 à 4,5) de chacune de ses notes dans les deux disciplines précitées, et de pouvoir accéder, avec la nouvelle moyenne de 4,0 à ses trois écrits qui résulterait de cette double adaptation, à la partie orale de l'examen. Subsidiairement, il conclut au renvoi de la cause à l'instance inférieure en vue d'une nouvelle correction de ses travaux écrits en droit privé et public avec nouvelle décision de notation, à tout le moins, quant à son écrit de droit public, que celui-ci soit évalué par un ou une autre second(e) expert(e). A l'appui de ses conclusions, il s'en prend à la façon d'appliquer le système d'évaluation à deux expert(e)s que prévoit le droit bernois en ce qui concerne les épreuves écrites de l'examen d'avocat. Il conteste l'évaluation matérielle de ses prestations dans les travaux de droit privé et public, arguant que certaines des corrections apportées à ceux-ci sont à ce point erronées qu'elles violent le droit (excès/abus du pouvoir d'appréciation) et ne relèvent ainsi plus du contrôle de l'opportunité exclu du pouvoir d'examen du TA. En dernier lieu, il se prévaut d'une violation du principe de la proportionnalité en raison de l'abandon (effectif selon lui) par la Commission des examens de la pratique instaurée dans les cas-limite, respectivement invoque une entrave portée à sa liberté économique du fait d'un récent durcissement des conditions d'accès à la profession d'avocat.

3.

Le recourant élève plusieurs critiques à l'encontre de la procédure de notation de ses écrits en droit privé et en droit public.

3.1 Dès l'abord, l'on rappellera que deux experts ou expertes notent chaque épreuve écrite d'après l'art. 14 al. 2 OExA. Il est inhérent audit système d'évaluation que des appréciations divergentes puissent s'en dégager au final. D'une part, il faut reconnaître en effet une marge

d'appréciation aux experts et expertes. D'autre part, un examen juridique ne peut pas être apprécié selon une méthode scientifique menant à un résultat exact. On ne peut dès lors sans autre conclure à une notation contraire au droit du seul fait que les responsables de l'examen divergent dans leur évaluation des prestations individuelles (JAB 2016 p. 445 c. 3.2.1 et 3.4.1). L'interaction entre plusieurs experts(e) doit prévenir des lacunes d'appréciation ou compenser celles-ci (objectivation de l'évaluation des examens; à ce sujet: JAB 2016 p. 445 c. 3.4.1, 2011 p. 324 c. 4.3.1; ERZ 15.12.1998, in JAB 1999 p. 349 c. 3a; NIEHUES/FISCHER/JEREMIAS, *Prüfungsrecht*, 2018, n. 547). Chaque expert(e) doit certes prendre intégralement connaissance du travail d'examen écrit et apprécier à tout le moins lui-même, de manière directe et intégrale les prestations livrées, comme s'il en était appelé à sa responsabilité personnelle (JAB 2016 p. 445 c. 3.4.1, 2011 p. 324 c. 4.3.1; NIEHUES/FISCHER/JEREMIAS, op. cit., n. 558). Le principe d'examen à deux expert(e)s au sens de l'art. 14 al. 2 OExA implique cependant qu'à l'issue de leur appréciation individuelle, les expert(e)s, dans le but de consolider le résultat de l'évaluation en vue de la proposition commune des notes (art. 17 al. 2 OExA), échangent et examinent cas échéant aussi si une élévation de note entre ou non en considération (JAB 2016 p. 445 c. 3.4.1; VGE 2018/2 du 2 mai 2018 c. 5.3, 2018/157 du 6 février 2018 c. 4.2).

3.2 On relèvera ce qui suit en rapport avec le travail écrit de droit privé:

3.2.1 L'épreuve concernée de la session d'automne 2017 se basait sur un cas de protection provisoire par le biais de mesures provisionnelles, ainsi que de droit de réponse. Les candidat(e)s à l'examen avaient pour mission de rédiger le jugement du tribunal compétent. Un schéma établi par le ou les auteur(s) de ce devoir était applicable pour la correction de l'épreuve. Ce schéma précisait tout d'abord le nombre maximal de points réalisables pour chaque rubrique spécifique (notamment rubrum, parties, historique du procès, aspects formels [divisés en thèmes], degré de preuve, aspects matériels [détaillés en thèmes], liquidation des frais, dispositif, structure/systématique/bonne pondération des problématiques/langue). Il fixait ensuite par mots-clefs, dans chacune des rubriques, les réponses (partielles) attendues et les points attribués au maximum à celles-ci. De

façon globale, 53 points pouvaient être obtenus à cette épreuve écrite et, selon l'échelle des notes établie, 31 à 34,5 points donnaient la note de 4 et 35 à 38,5 points celle de 4,5 (dossier Commission des examens [dos. Comm.] 1.3.3 et 1.3.6).

D'après la feuille de correction en langue allemande de l'écrit de droit privé remise au recourant lors de son entrevue privée du 19 décembre 2017, le premier expert - qui est l'examinatrice l'ayant reçu à cette séance de corrigé - lui a accordé 32 points et le second 37 points. Au final, les experts se sont accordés sur un total de 34 points débouchant sur la note de 4 (dos. Comm. 1.3.3).

3.2.2 L'intéressé fait tout d'abord valoir que l'écart de points entre les évaluations respectives des experts s'avère "considérable" et qu'en l'absence d'une réglementation dans l'OExA relative à la manière d'attribuer les points en cas de divergences d'appréciation, il serait logique d'arrondir vers le haut la moyenne des points obtenue. Préalablement à cette question, il invoque une erreur d'addition du deuxième expert dont le total des points s'élèverait à 37,5 au lieu des 37 points indiqués sur la feuille de correction (voir à ce sujet: c. 4.2.1 infra). Selon lui, il résulterait de cette erreur de calcul une moyenne arrondie de 35 points ($32 + 37.5/2 = 34.75$) donnant droit à la note de 4,5 (recours art. 3 p. 6). Contrairement à ce que défend le recourant, on ne saurait cependant niveler par la seule arithmétique de véritables désaccords d'appréciation entre expert(e)s, ni non plus d'emblée opter pour l'évaluation qui apparaît être la plus favorable au candidat concerné (principe in dubio pro candidato). Bien plus, selon la pratique en vigueur (c. 3.1 supra), il importe que les examinateurs discutent ensemble des potentielles divergences de points de vue et s'entendent sur une notation commune à présenter lors de la proposition de note finale. Une telle concertation s'avère être du reste bien davantage dans l'intérêt des candidat(e)s qu'une simple moyenne comptable extirpée de tout contexte matériel. Or, ainsi que l'instance inférieure en a fait état dans sa réponse (p. 2 et p. 3), les deux experts commis ici à la correction de l'écrit de droit privé du recourant sont bien parvenus, lors d'une discussion de consolidation, à faire confluencer leurs évaluations respectives vers une notation commune, à savoir l'octroi d'un 4 motivé par le fait que le travail en

question n'apparaissait pas plus que suffisant (c. 3.1 supra). Cela étant, leur façon de procéder s'avère conforme à l'art. 14 al. 2 en relation avec l'art. 17 al. 1 OExA et ne prête le flanc à aucune critique.

3.2.3 Il est ensuite fait grief à la première correctrice de l'épreuve de droit privé de ne pas avoir expliqué "de manière claire et compréhensible" à l'intéressé, lors de leur entrevue privée, le nombre de points attribués pour cet écrit. Cela étant, le recourant ne se considère "pas en mesure de comprendre pourquoi et comment les experts sont finalement arrivés à un total de 34 points". Il allègue de plus que ce résultat se trouve "en contradiction avec les explications données oralement [...] par l'experte" (recours art. 5 p. 8).

La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu prévu à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale (Cst.; RS 101) le droit d'obtenir une décision motivée (ATF 136 I 229 c. 5.2, 129 I 232 c. 3.2 avec références citées; voir également à ce sujet c. 4.1 infra). Lorsque la décision porte sur le résultat d'un examen, cette obligation de motivation est respectée si le candidat se voit exposer au moins brièvement - cas échéant aussi seulement oralement - les solutions et les analyses juridiques qui étaient attendues de sa part et dans quelle mesure ses réponses ne répondent pas aux exigences posées. Le droit d'obtenir une motivation suffisante n'est pas déjà violé lorsque l'autorité d'examen se limite dans un premier temps à communiquer le résultat de la notation. Il s'avère bien davantage suffisant si la transparence et la clarté de l'évaluation de l'examen sont rétablies à un stade ultérieur, ainsi au stade seulement de la procédure de recours par le biais de la prise de position (réponse au recours) des expert(e)s, et que le recourant a ensuite la possibilité de s'exprimer à ce sujet lors d'un second échange d'écritures (arrêt TF 2C_1004/2017 du 29 mai 2018 c. 3.1; VGE 2015/50 du 26 novembre 2015 c. 5.2 - tous deux avec références citées).

En l'espèce, le recourant a pu s'entretenir oralement le 19 décembre 2017 avec l'experte responsable en premier ressort de son travail de droit privé. A cette occasion, il s'est vu remettre copie de la feuille de correction (rédigée en allemand) de l'épreuve concernée et du barème des notes appliqué (recours art. 3 p. 5 en bas). L'on ignore, il est vrai, le contenu précis de cette entrevue (les notes prises à cette occasion par l'intéressé

ne sont pas validées par la Commission des examens; dossier recourant [dos. rec.] 25 et duplique p. 1), respectivement dès lors si celui-ci a été convenablement informé, lors de la séance, des aspects sur lesquels était critiqué son écrit et des motifs à l'appui (voir à ce sujet également: arrêt TF 2P.21/1993 du 8 septembre 1993 c. 1b, publié in: SJ 1994 p. 161 ss). Le contenu du recours apparaît néanmoins très détaillé et semble attester du fait que le recourant a été mis en mesure d'apprécier correctement la portée de la décision contestée (feuille des notes) et de déférer celle-ci à bon escient au TA. En tout état de cause, dans sa réponse au recours, la Commission des examens a exposé de manière circonstanciée les lacunes qu'accusait l'épreuve concernée, ainsi que leurs répercussions sur l'attribution des points dans la grille de correction. Le recourant a ensuite eu la possibilité (exploitée) de se prononcer sur cette motivation détaillée lors d'un deuxième échange d'écritures et a encore spontanément réagi le 25 avril 2018. Certes, il allègue qu'une communication antérieure de ces explications aurait pu influencer sur sa décision de former ou non recours. Quoi qu'il en soit à ce stade de cette question (voir à ce sujet: c. 7.2 infra), il faut s'attendre à un effort de motivation moindre dans les contestations liées aux examens et le recours peut en tous les cas être retiré lorsque le candidat exerce son droit d'être entendu par rapport à la motivation ultérieure apportée par l'autorité d'examen (voir à ce sujet aussi: arrêt TF 2C_1004/2017 du 29 mai 2018 c. 4.1 infra). Dans ce prolongement, il n'est pas non plus déterminant qu'une remise avant la séance orale des documents relatifs à l'épreuve de droit privé aurait pu permettre au recourant de questionner à meilleur escient l'examinatrice sur les divergences de notation entre elle et son collègue. En effet, comme exposé précédemment (c. 3.2.3 supra), vu la nature particulière des décisions en matière de notation, l'autorité d'examen est habilitée à rétablir au plus tard dans sa réponse au recours la lisibilité de son appréciation. Cela étant, peu importe que l'examinatrice, en se fondant, semble-t-il, par erreur lors de l'entrevue sur les notes du second examinateur qu'elle avait reportées sur son corrigé, ait pu délivrer au recourant des renseignements non ajustés à sa propre évaluation de l'écrit. Si une discussion d'emblée intelligible et non faussée dans ses prémisses aurait bien sûr été préférable, l'instance inférieure a en l'occurrence de toute façon comblé devant le TA les

éventuelles lacunes de départ, l'intéressé ayant ensuite pu s'exprimer sur ces éclaircissements.

Il s'ensuit que la Commission des examens n'a pas violé le droit d'être entendu du recourant. Sa façon de procéder ne contrevient pas non plus au principe général de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.) qui exige des organes de l'Etat un comportement loyal à l'égard des particuliers, à savoir exempt de contradiction et de tromperie.

3.3 Plusieurs critiques d'ordre formel ont également été formulées en lien avec l'épreuve de droit public.

3.3.1 Le travail concerné portait sur un cas de résiliation des rapports de service et donnait comme tâche aux candidat(e)s de rédiger le jugement ou la décision sur recours de l'autorité compétente. A l'instar de ce qui était prévu pour l'écrit de droit privé, un schéma de correction fixait le nombre de points au maximum possibles pour chaque rubrique spécifique (rubrum, conditions de recevabilité [divisées en thèmes], droit matériel [détaillé en sous-rubriques] et dispositif). Le même schéma arrêtait ensuite par mots-clefs, dans chaque rubrique, les réponses (partielles) souhaitées et les points attribués au maximum à celles-ci. Au total, 48, respectivement 49 points pouvaient être obtenus et l'échelle de notes indiquait que 21 à 24,5 points débouchaient sur la note de 4, respectivement que 25 à 28,5 points donnaient celle de 4,5 (dos. Comm. 1.2.3).

Il ressort de la feuille de correction (en langue allemande) de cette épreuve écrite que le recourant a reçu un total de 23,5 points par chacun des deux experts correcteurs et qu'il a donc obtenu la note de 4. Une séance de corrigé collective tenue par le premier expert a eu lieu le 18 décembre 2017.

3.3.2 Dès l'abord, l'intéressé souligne (recours art. 6 p. 11) que la séance d'explication précitée s'est déroulée "uniquement en allemand" pour l'ensemble des candidat(e)s alémaniques et francophones concerné(e)s. Certes, il n'est nul besoin de démontrer que, sauf à maîtriser parfaitement l'allemand, en particulier juridique, les candidat(e)s francophones ont pu passer à côté de certaines subtilités ou nuances lors de cette séance et

qu'un corrigé en français leur aurait été plus accessible. Comme déjà relevé, on ne peut cependant s'attendre à ce que l'autorité d'examen motive au même moment où elle les prononce ses décisions en matière de notation, et il lui est offert de produire ses explications - données au cas particulier en français - au plus tard au stade de sa réponse au recours (voir c. 3.2.3 supra), ce qu'elle a fait en l'espèce.

Aucune violation du droit - d'être entendu - ne peut dès lors être retenue sous cet aspect.

3.3.3 Il est ensuite fait grief à l'examinatrice ayant fonctionné comme seconde experte de n'avoir "pas pris une décision indépendante évaluant le travail du recourant individuellement, directement et de manière complète". Selon l'intéressé, cette correctrice se serait en effet contentée de "quittancer le premier expert" en apposant des signes sous forme de vagues dans sa colonne de correction ainsi que ses initiales en bas de chaque page. Il estime que cette façon de procéder n'est guère compatible avec la volonté du législateur bernois, exprimée à l'art. 14 al. 2 OExA, d'exiger l'avis de deux expert(e)s pour chaque examen écrit (recours, art. 6 p. 12; réplique p. 13 et 14).

D'emblée, l'on relèvera que le seul fait que la seconde examinatrice se soit ralliée par un simple symbole graphique sous forme de vague à l'appréciation de son collègue, sans attribution de points propre sur le papier, ne permet pas de conclure qu'elle n'a pas lu attentivement le travail du recourant, ni qu'elle s'est refusée à une notation indépendante de celui-ci. La méthode d'évaluation ici en cause, par définition standardisée en vue d'une appréciation autant que possible égalitaire des prestations, ne permet de toute façon pas de rendre compte de l'entier du travail de correction des expert(e)s. Une (grande) partie de cette tâche intervient en effet en amont (lecture, réflexions personnelles, prise de notes), de sorte que la notation finale ne représente qu'un aspect du travail des examinateurs. Pour autant, leur schéma correctif détaillé de l'écrit de droit public permettait ici de mettre immédiatement en évidence les potentielles divergences d'appréciation, et une colonne spéciale était de plus destinée aux éventuelles remarques. La seconde examinatrice a du reste fait usage de cette colonne réservée aux observations, en mentionnant que le travail

du recourant apparaissait sur le fond plutôt pauvre ("Materielles eher dürftig"; p. 2 de la feuille de correction au dos. Comm. 1.2.2). Le fait qu'il n'y ait pas eu de réel désaccord entre elle et son collègue ne suffit pas à affaiblir leur notation commune, ni à laisser entendre qu'ils n'ont pas interagi en vue de prévenir ou de compenser de possibles lacunes. Si la pratique judiciaire prohibe de conclure à une appréciation sans autre contraire au droit lorsque les expert(e)s divergent dans leurs évaluations individuelles (c. 3.1 supra), a fortiori ne saurait-il en aller autrement lorsque ceux-ci au contraire s'entendent sur la notation finale. Dans son jugement VGE 2018/2 du 2 mai 2018, le TA n'a du reste pas jugé problématique que les attributions de points décidées par les expert(e)s selon le schéma correctif se recoupent très largement entre elles, mais a bien davantage examiné si leurs discordances - qui portaient sur un seul point de notation - apparaissaient objectivement fondées et résistaient au contrôle du droit - ce qu'il a admis (c. 5 et 6 dudit jugement).

Le recours s'avère en conséquence mal fondé sous cet angle. La requête tendant à ce qu'un(e) autre second(e) expert(e) évalue l'examen de droit public du recourant doit donc être rejetée.

3.4 Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la méthode d'évaluation à deux experts prévue à l'art. 14 al. 2 OExA a été correctement appliquée au cas d'espèce. Les écrits de droit privé et de droit public contestés ont été corrigés sur la base d'une grille de solution détaillée et d'un schéma d'attribution de points suffisamment compréhensible. La procédure d'évaluation s'avère ainsi transparente et ne prête le flanc à aucune critique d'un point de vue formel.

4.

Se pose ensuite la question de l'évaluation matérielle des écrits en droit privé et en droit public.

4.1 Au préalable et s'agissant du travail de droit privé uniquement, le recourant invoque que l'examinatrice l'ayant reçu personnellement le 19 décembre 2017 n'a pas suffisamment motivé les positions individuelles

de sa correction d'épreuve notées moins généreusement que son collègue (voir recours art. 5 p. 8 à 11). On rappellera d'emblée que l'autorité (ici d'examen) n'est pas tenue de discuter de manière détaillée l'ensemble des arguments soulevés par les parties ni à statuer séparément sur chaque conclusion et qu'elle peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 136 I 229 c. 5.2, 129 I 232 c. 3.2 avec références citées). En l'occurrence, la grille de correction de l'écrit de droit privé remise au recourant lors de la séance précitée a à tout le moins permis à ce dernier de prendre connaissance des points d'achoppement entre les experts et de ses propres lacunes par rapport aux éléments de réponse préalablement listés par eux. Quoi qu'il en soit du contenu de cette entrevue, l'intéressé a ainsi été en mesure d'apprécier sur la base de ce document la portée de la décision de notation et de l'attaquer à bon escient. Le fait qu'une motivation circonstanciée, en rapport avec chacune des positions contestées, n'ait été rendue accessible qu'après le dépôt du recours devant le TA ne viole pas l'obligation de l'autorité de motiver sa décision, ni partant le droit d'être entendu du recourant (voir c. 3.1 supra).

4.2 On relèvera au surplus ce qui suit s'agissant des attributions de points contestées pour l'épreuve de droit privé.

4.2.1 L'intéressé qualifie de "considérable" l'écart de 5 points qui sépare les évaluations (à respectivement 32 et 37 points sur les 47 disponibles) des experts et considère que cet écart s'élèverait même à 5,5 points en raison d'une soi-disant erreur d'addition portant à 37,5 le total du second correcteur (c. 3.2.2 supra). Il apparaît toutefois que le second expert ne s'est nullement fourvoyé dans ses calculs et que c'est l'examinatrice officiant comme première experte, lors du report final des résultats sur son propre canevas de correction remis au candidat, qui a mal retranscrit un élément de notation de son collègue (total de deux points au lieu de 2,5 points reporté dans la rubrique "structure, systématique, bonne pondération des problématiques, langue"; dos. Comm. 1.3.3 p. 4; réponse p. 2). La feuille de correction personnelle du second examinateur ayant servi à ce report de points confirme du reste cette erreur de retranscription, puisqu'il en ressort que deux points ont été effectivement attribués pour la rubrique précitée (dos. Comm. 1.3.4 p. 4). En aucun cas, cette feuille justificative

déposée pour la première fois devant le TA ne représente ainsi une appréciation nouvelle de l'écrit du recourant produite, au mépris du principe général de la bonne foi (c. 3.2.3 supra), pour les seuls besoins de la cause.

Au final, les correcteurs se sont entendus sur un total de 34 points, après que la première experte, élevant de 32 à 34 points sa notation de départ, eut accordé un demi-point en plus pour l'énumération supplémentaire de conditions de recevabilité, un point additionnel dans la rubrique "dispositif" et un demi-point encore du fait que le candidat avait mentionné l'art. 98 LTF dans les voies de recours. A cette fin, l'examinatrice concernée s'est soit ralliée à l'appréciation de son confrère, soit fondée sur une prise de décision de l'ensemble des experts correcteurs des écrits autorisant l'octroi de points supplémentaires non prévus dans la grille correctrice (voir email du 28 octobre 2017 émanant de l'expert responsable de l'examen de droit privé; réponse p. 3; dos. Comm. 1.3.5). Si cette nouvelle notation n'a été motivée qu'au stade de la réponse, le recourant en a toutefois reçu connaissance lors de la remise de la grille correctrice (voir en-tête de celle-ci en p. 1) à la séance du 19 décembre 2017 (recours art. 3 p. 5 et 6). En fin de compte, les experts diffèrent donc de trois points (34 à 37) dans leurs évaluations respectives de l'écrit du recourant. Or, le Tribunal de céans a jugé qu'un écart d'appréciation de 2,5 points (sur les 29 alors offerts dans l'espèce concernée) s'avérait insuffisant pour admettre que le principe d'examen à deux experts n'avait pas atteint son but, à savoir celui d'objectiver les prestations fournies par les candidat(e)s (JAB 2016 p. 445 c. 3.2.2 et 3.4.2). A l'évidence, il ne saurait en aller autrement au présent cas où, avec trois points de divergence sur un disponible de 47 points, les discordances entre experts s'avèrent proportionnellement même moindres que dans le précédent judiciaire évoqué ci-dessus.

4.2.2 A l'appui de son recours (art. 5 p. 8 à 11), l'intéressé conclut à ce que 36 points au minimum lui soient attribués pour son épreuve de droit privé et pointe du doigt plusieurs désaccords entre les experts, en demandant à pouvoir bénéficier de l'appréciation (du second) qui lui est la plus favorable. Ces discordances d'opinion ont été davantage spécifiées dans sa réplique et, pour certaines, même évoquées pour la première fois à l'appui de celle-ci (p. 4 à 13). Elles portent sur quatre points de notation

(écart entre les 32 points attribués par le premier expert avant consolidation et les 36 points revendiqués dans le recours; voir dans le détail c. 4.2.2 infra).

Ces points de divergences ont été énumérés comme suit dans la réplique en suivant l'ordre de la grille de correction (dos. Comm. 1.3.3):

p. 2, point 7: Mesures provisionnelles ad droit de la concurrence déloyale (conclusions n° 1 à 3 et n° 5 de la donnée d'examen)

Selon le schéma correcteur, les candidat(e)s devaient traiter les problématiques suivantes (énumérées par mots-clefs) pour obtenir un point (maximum prévu): préjudice particulièrement grave, fait que la mauvaise presse puisse avoir de lourdes conséquences, perte de confiance du marché, problématique de la prophétie auto-réalisatrice. Le recourant allègue avoir fait référence dans son écrit à la marche des affaires de l'entreprise ainsi qu'à la gravité de l'atteinte subie. Il critique le fait qu'aucun point ne lui ait été attribué et requiert un demi-point (recours art. 5 p. 8 en bas; réplique p. 9 et 10). La Commission des examens a considéré que le recourant s'était borné à rappeler des aspects très généraux de la donnée, sans se pencher sur les implications concrètes d'une diffusion de faits erronés, que les indications fournies n'allaient pas plus loin que celles figurant dans la donnée de l'examen et que la discussion menée par l'intéressé au sujet du préjudice irréparable s'était limitée à la seule conclusion n° 2 (réponse p. 4, duplique p. 2). Les examinateurs n'avaient ici à disposition qu'un seul point pour récompenser l'ensemble des éléments de réponse attendus de leur part. Dans ces limites, compte tenu de l'accent mis dans la grille de correction sur le caractère particulièrement grave du préjudice et du reproche d'analyse factuelle trop superficielle insuffisamment subsumée juridiquement, il apparaît à l'évidence que la question de savoir si l'octroi d'un demi-point entrerait en considération ne ressortit pas au contrôle du droit (voir en ce sens également: VGE 2017/211 du 23 mars 2018 c. 3.3). Une violation du droit commise dans l'exercice du pouvoir d'appréciation est exclue. De telles questions d'appréciation relèvent entièrement du contrôle de l'opportunité (c. 1.3 supra).

p. 3, points 9 et 10: Droit de la concurrence déloyale ad discussion de la proportionnalité et de l'urgence temporelle

La Commission des examens a admis que trois points au total (sur les six offerts) avaient été accordés pour ces deux aspects, s'écartant des quatre points de l'évaluation du second expert correcteur. Cette autorité s'est il est vrai fourvoyée dans ses explications relatives à sa notation en laissant entendre que le recourant avait obtenu quatre points (au total) pour ces deux aspects (voir sa réponse p. 4 et 5). En réalité, le total de 7 points (incontesté) indiqué en bas de la p. 3 de la grille correctrice, résultant de l'addition des points ici litigieux ainsi que des quatre points accordés en rapport avec le droit de réponse (voir c. 4.2.2 infra), ne laisse pas subsister le moindre doute à ce sujet (dos. Comm. 1.3.3 p. 3). L'intéressé ne soulève du reste aucun grief circonstancié à l'encontre de sa notation touchant aux aspects ici concernés de la proportionnalité et de l'urgence temporelle, s'en prenant surtout à la manière dont l'instance inférieure a rendu compte de ses griefs ainsi que du contenu de l'entretien du 19 décembre 2017.

Il n'y a dès lors pas lieu de s'écarter de l'évaluation confirmée par la Commission des examens quant à ces deux aspects.

p. 3: Droit de réponse (conclusion n° 4), point 1, 3^e tiret ad art. 28g al. 1 CC/ discussion des conditions posées à un tel droit et point 2 ad art. 28 h CC/motif de refus

Concernant cette thématique pondérée à raison de six points au maximum, il est fait grief à la Commission des examens d'avoir corroboré l'attribution des quatre points (par la première experte) et de s'être ainsi distanciée de l'évaluation du second expert en décernant cinq au total (recours art. 5 p. 9 et 10). Le premier aspect ici contesté à hauteur d'un demi-point a trait à l'une des conditions posées à l'octroi du droit de réponse, à savoir celle d'être directement touché dans sa personnalité (art. 28g al. 1 CC). Selon le corrigé de l'épreuve, pour obtenir le point maximal accordé, le candidat, hormis le fait d'évoquer cette condition en tant que telle, devait préciser que la partie concernée était personnellement touchée, que la déclaration (faite par l'autre partie) était propre à porter atteinte à un bien protégé par les droits de la personnalité telle la réputation professionnelle ou sociale (selon

ATF 114 II 388 c. 2) et que la fermeture représenterait un résultat négatif aux conséquences graves pour l'entreprise. Dans sa réponse (p. 5), la Commission des examens explique qu'à ce propos, le passage de son épreuve écrite que le recourant cite dans son recours (p. 9) est formulé de façon générale, omet de distinguer deux notions, ne traite pas concrètement un argument et se contente d'une conclusion peu juridique d'information diffusée pas exacte. N'en contredise l'intéressé, même s'il qualifie les arguments avancés par l'autorité d'examen de "résultat d'un raccourci" (réplique p. 11), l'appréciation de cette dernière selon laquelle l'argumentation fournie dans l'épreuve écrite est lacunaire et ne vaut pas un point, mais un demi-point, ne saurait être taxée d'abusives ni, partant, d'illégales. La correction par le TA d'une appréciation s'exerçant dans des marges aussi étroites reviendrait en réalité à revoir l'opportunité de la décision contestée (c. 4.2.2 supra).

Quant au second aspect litigieux du droit de réponse, il se rapporte à l'art. 28h CC en lien avec lequel le canevas correcteur indique qu'il ne doit pas y avoir de motif de refus du droit de réponse et qu'en cas de besoin, le tribunal peut raccourcir la réponse selon l'ATF 130 II c. 3.2 (référence manquante dans la grille à la page dudit ATF). Ainsi que le souligne la Commission des examens (réponse, p. 5), le recourant n'a fait aucune mention dans son épreuve écrite de cette jurisprudence et s'est au surplus limité à reproduire le texte de la loi ainsi que les allégués présentés dans la donnée (dos. Comm. 1.3.2 p. 6 et 7; recours p. 9 et 10). Il n'a à cet endroit donc pas non plus livré d'appréciation juridique propre, de sorte que la première experte ne s'est pas montrée sévère à son endroit, ni n'a a fortiori violé le droit en ne lui attribuant que la moitié du point maximal possible. Du reste, l'écart de points à nouveau très minime ici contesté n'était pas réellement susceptible d'un contrôle du droit (voir c. 4.2.2 supra).

Il s'ensuit qu'il n'y a pas non plus lieu de revoir l'appréciation de la Commission des examens quant à ces deux éléments du droit de réponse.

p. 3: Menace de la sanction pénale prévue à l'art. 292 CP

Selon le canevas de correction, en cas d'admission des conclusions n° 1 et 2 (partiellement), le recourant aurait dû faire mention par rapport aux

mesures provisionnelles de la menace pénale prévue en cas d'insoumission à une décision de l'autorité (texte de l'art. 292 CP reproduit à la conclusion n° 6 de la donnée). Or, dans son travail écrit, l'intéressé a assorti la sanction précitée aux mesures requises sous ch. 1 à 5 de la donnée (conclusions n° 1 à 5; dos. Comm. 1.3.2 p. 10). Quoi qu'il en soit du demi-point attribué par le second correcteur, le recourant ne saurait ainsi valablement critiquer l'absence de (demi-)point décidée par la Commission des examens, cette évaluation n'étant à nouveau à tout le moins pas critiquable sous l'angle du contrôle du droit (voir c. 4.2.2 supra).

Sur cet aspect également, le recours s'avère donc mal fondé.

p. 4: Structure/systématique; bonne pondération des problématiques; langue

En dernier lieu, le recourant estime que deux points (sur les trois au maximum réalisables) auraient dû lui être attribués pour la structure de son travail écrit. La Commission des examens a pourtant dûment exposé ce qui l'avait amenée à n'accorder au final qu'un seul point pour cette rubrique, à savoir le fait, comme déjà relevé (c. 4.2.2 supra), que l'intéressé a certes accompli sa tâche avec des connaissances juridiques suffisantes, mais qu'il s'est surtout attaché à reproduire des textes de lois ou des éléments de la donnée, sans s'investir suffisamment dans la subsomption (réponse p. 3 en bas). Ces lacunes sont du reste aisément retraçables à partir des annotations apportées par la première experte dans la rubrique "Autres remarques/Bonus/Malus" à la même p. 4 du canevas correcteur ("Trop théorique. Manque d'argumentations spécifiées. En partie contradictoire. Structure en ordre"). Contrairement à ce qu'affirme le recourant (réplique p. 12), la Commission des examens ne se contredit pas lorsqu'elle affirme par ailleurs que la rubrique concernée n'a qu'un lien indirect avec le raisonnement juridique à faire par le candidat (réponse p 3). Il ne prête en effet nullement à discussion qu'il ne s'agit à cet endroit pas d'apprécier la pertinence du raisonnement juridique exposé, mais bien davantage la logique d'ensemble du travail, en particulier le point de savoir s'il se dégage de ce dernier une appréciation juridique propre, structurée et de prime abord convaincante du candidat.

Partant, la Commission des examens n'a pas non plus outrepassé son pouvoir d'appréciation quant à ces aspects de l'épreuve écrite.

4.2.3 Sur le vu des divergences énumérées ci-avant, il apparaît que la Commission des examens ne s'est pas laissé guider par des réflexions dénuées de toute objectivité ou de pertinence en défendant la notation concertée, qui a encore été confirmée dans la procédure judiciaire, de l'épreuve de droit privé. Bien au contraire, elle a motivé par des critères appropriés son évaluation ainsi que la sanction sous l'angle de la notation des lacunes constatées - consistant essentiellement dans le fait que le recourant n'a pas suffisamment ciblé son travail sur les thématiques concrètes concernées. L'appréciation de cette autorité a qui plus est été consolidée après une discussion entre experts fondée sur l'impression d'ensemble de ce travail écrit (c. 3.2.2 et 4.2 supra; réponse p. 2 et 3). Dans ce contexte, il a été tenu compte du fait que l'intéressé n'a pas fondamentalement compris le régime des mesures provisionnelles, ni la problématique de la récidive, et qu'il n'a pas non plus examiné si l'effacement irrévocable du fichier audio sur le site internet de la partie requise était conforme au principe de la proportionnalité, ni encore distingué, sous l'angle du droit de réponse, entre la présentation des faits et le jugement de valeur (réponse p. 4 et 5). Une telle évaluation globale, non limitée aux seuls griefs du recours, ressortissait bien aux attributions de la Commission des examens et il n'appartient pas au TA, même s'il disposait de connaissances dans la matière d'examen concernée, d'examiner si cette appréciation aurait pu être rendue différemment (voir à ce sujet aussi: VGE 2015/50 du 26 novembre 2015 c. 5.4). Admettre le contraire reviendrait à revoir l'opportunité des décisions de notations (c. 1.3 supra; voir également: réponse p. 6 en haut; contra: recours art. 4 p. 8 en haut). Les griefs matériels du recours concernant l'examen écrit de droit privé s'inscrivent tout au plus dans le contrôle de l'opportunité, tout excès ou abus du pouvoir d'appréciation ayant été exclu, il ne saurait, à plus forte raison, être fait grief à la Commission des examens d'avoir prononcé lors de sa notation de l'épreuve en droit privé une décision arbitraire dans son résultat (recours art. 2 p. 5; voir à ce sujet: ATF 141 I 49 c. 3.4; AUER/MALINVERNI/ HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, *Les droits fondamentaux*, 2013, vol. II, n. 1136 ss, en particulier n. 1147-1153).

Il s'ensuit que l'évaluation de l'écrit de droit privé attribuant à l'intéressé la note de 4 n'est pas sujette à critique.

4.3 Compte tenu du résultat auquel parvient le TA, il n'y a en principe pas lieu d'examiner si le recourant peut prétendre à un rehaussement d'un demi-point (de 4 à 4,5) du résultat de son écrit de droit public. En effet, même si le TA devait consentir à une telle élévation de note, l'intéressé, avec ses scores respectifs de 3 et 4 aux écrits de droit pénal et de droit privé, n'atteindrait de toute façon pas la moyenne d'au minimum 4,0 donnant accès aux épreuves orales (c. 2.1 supra). Il n'y a pas place dès lors pour une nouvelle évaluation, même partielle, par un(e) second(e) autre expert(e) (voir conclusion subsidiaire retenue en réplique; c. C supra).

A toutes fins utiles, l'on précisera néanmoins ce qui suit en rapport avec l'épreuve de droit public évaluée à 4 avec un total de 23,5 points, et pour laquelle l'intéressé revendique quatre points supplémentaires débouchant sur la note de 4,5 (c. 3.3.1 supra). Sous l'angle tout d'abord de la discussion des conditions de recevabilité, le recourant ne saurait prétendre à 2,5 points en plus en raison de ses développements liés à la problématique du recours "omisso medio" en droit bernois (voir dos. Comm. 1.2.3 p. 1, § 1.2.1 point 9 de la grille de correction). Si l'intéressé est certes parvenu à cette solution, la Commission des examens a relevé qu'il n'a en revanche mentionné ni l'absence de base légale, ni les normes pertinentes quant à la récusation ou à la partialité, ni encore le caractère exceptionnel d'un tel recours (réponse p. 6 et 7). Contrairement aux attentes des examinateurs, bien qu'ayant ensuite correctement désigné le TA comme autorité compétente pour traiter dudit recours (et obtenu pour cela les deux points maximum prévus au § 1.2.1 point 8 de la grille), il n'a pas su dire que le TA, afin d'éviter à la partie recourante tout désavantage du fait de la perte d'une instance, devait appliquer les règles de la procédure interne devant la POM (grille § 1.2.1 point 10). Même dans l'hypothèse où cette subtilité procédurale n'aurait pas été abordée dans le cadre de l'enseignement dispensé aux avocat(e)s-stagiaires bernois(e)s, les correcteurs n'étaient pas tenus de limiter le nombre de points susceptibles d'être accordés aux candidat(e)s qui connaissaient la réponse (et qui en apparaissaient donc d'autant plus méritants). Contrairement à ce

qu'il prétend, l'erreur du recourant à ce sujet n'a ensuite pas été prise en compte à plusieurs reprises en contradiction avec les explications du premier expert qui, lors de la séance de corrigé collective, avait exclu une telle pénalisation multiple pour la même faute ("Folgefehler"; voir à ce sujet: JAB 2010 p. 49 c. 3.3.2; VGE 2017/157 du 6 février 2018 c. 4.1). Les explications de l'expert ne visaient en effet que les cas de cumuls d'erreurs automatiques - ainsi, par exemple, ceux où une indication erronée de la compétence de l'autorité se répercute sur le rubrum du jugement (réponse p. 7 et 8). En l'espèce cependant, l'application irrégulière des règles relatives à la procédure de recours devant le TA ne pouvait impacter les autres thématiques liées à la cognition et au sort des frais judiciaires. Chacune d'entre elles touche effectivement à des aspects spécifiques et indépendants des conditions de recevabilité (ch. 1.2.4 et 3; voir au surplus: réponse, p. 6 à 8). La Commission des examens n'a donc pas outrepassé son pouvoir d'appréciation ni violé le principe de la confiance en évaluant séparément ces aspects.

Pour le surplus, il n'est nul besoin d'examiner dans le détail les rubriques du droit matériel (conditions posées à la résiliation; contenu des déclarations) et procédural (dispositif; voies de droit) encore contestées dans le recours (art. 8 et 9 p. 15 à 17; grille § 1 2.1, 2.2.1 et 4). Les explications fournies dans sa réponse (p. 8 et 9) par la Commission des examens, confirmées à l'appui de la duplique (p. 3 et 4), démontrent en tout état de cause que la notation finale adoptée repose sur des motifs excluant un excès ou un abus de pouvoir d'appréciation contraire au droit. A titre d'exemple, le fait de poser des exigences précises quant à la terminologie à utiliser en droit du personnel (récusation et non remplacement du chef de service; obligation de loyauté au lieu de devoir de fidélité) ne saurait dépasser la marge d'appréciation dont elle dispose quant à ces thématiques. Il en va de même lorsque la Commission des examens décide de récompenser par des points supplémentaires les candidat(e)s ayant été à même de citer des motifs de résiliation non énumérés dans la loi (voir également à ce sujet: c. 6.2 infra).

5.

5.1 Le recourant fait encore grief à la Commission des examens de ne pas l'avoir fait bénéficier, lors de la séance de fixation des notes (art. 17 al. 2 OExA), de sa pratique dans les cas-limite et les cas de rigueur ("Grenzfallpraxis"). Selon cette pratique, une note peut être rehaussée pour des motifs d'équité dans des cas limites. Un tel cas de rigueur est donné, lorsque l'examen serait réussi en cas d'élévation d'un demi-point au maximum d'une note d'examen. Même dans cette hypothèse, le résultat n'est pas automatiquement arrondi vers le haut, mais l'arrondissement doit encore apparaître objectivement fondé et défendable. Il n'existe aucun droit à prétendre à un rehaussement de la note et on peut seulement déduire de cette pratique que des résultats d'examen serrés seront à nouveau examinés. Il appartient toutefois aux expert(e)s de décider si, au vu des prestations fournies par les candidat(e)s, une élévation entre ou non en considération. La Commission des examens statue sur une éventuelle requête (VGE 2018/2 du 2 mai 2018 c. 7, 2017/211 du 23 mars 2018 c. 5, 2017/157 du 6 février 2018 c. 5 - à chaque fois avec références citées). A l'appui de sa réponse (p. 10 et 11), l'instance inférieure a laissé ouverte la question de savoir si la pratique précitée était en l'état toujours en vigueur. Elle a néanmoins précisé que cette dernière était réservée aux cas de rigueur, à savoir ceux où un(e) candidat(e) passait son examen pour la deuxième fois et ne ratait que de peu celui-ci.

5.2 En l'espèce, le recourant a échoué lors de sa première tentative aux épreuves écrites de l'examen d'avocat bernois et ne remplit ainsi pas les prévisions de la pratique dans les cas-limite censée atténuer les rigueurs d'un échec définitif aux examens d'avocat. Dans l'intérêt de l'égalité de traitement, de telles constellations n'ont de plus été discutées dans le passé que sur requête préalable des expert(e)s et n'ont jamais porté sur l'adaptation d'une note entière ou de deux demi-notes comme ici revendiqué (réponse p. 10). Cela étant, le recourant ne saurait être suivi lorsqu'il affirme qu'"on pouvait légitimement attendre de la Commission des examens d'avocat, compte tenu de son très large pouvoir d'appréciation, qu'une demande de rehaussement de notes soit soumise à la conférence des notes" (recours art. 12 p. 20). Certes, le principe de la proportionnalité

qui sous-tend la pratique dans les cas-limite et qui est exprimé de manière générale à l'art. 5 al. 2 Cst. exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé (aptitude), que l'on choisisse entre plusieurs moyens adaptés celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés (nécessité) et que l'on mette en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et sur le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (proportionnalité au sens étroit; ATF 143 I 310 c. 3.4.1, 140 II 194 c. 5.8.2; JAB 2016 p. 402 c. 7.1). Comme le souligne l'instance inférieure, une discussion systématique des résultats d'examen à la Conférence des notes irait cependant à l'encontre même de ce principe constitutionnel, puisque chaque expert(e) se penche personnellement déjà sur les travaux soumis à sa correction. Cette façon de procéder mettrait en outre à mal le système de milice à la base du travail de la Commission des examens, lequel n'exige en effet pas que ses membres disposent de connaissances approfondies dans d'autres domaines juridiques que le leur (voir sur ces aspects: réponse p. 10).

Toujours sous l'angle de la proportionnalité, l'intéressé ne saurait non plus valablement opposer qu'une pratique fondée sur le nombre de points manquants s'avérerait plus appropriée pour juger de la réussite ou non à l'examen d'avocat. En effet, les points attribués aux épreuves écrites sont tributaires tant de la matière d'examen que du cas concret soumis aux candidat(e)s, respectivement du schéma correctif établi pour l'épreuve concernée (voir également: duplique p. 4). Cela étant, le point de notation ne représente pas une valeur de référence suffisamment sûre et son adoption pourrait aboutir à des appréciations d'examen purement abstraites, sans lien suffisant avec les prestations d'examen fournies et matériellement donc inexactes. Une telle pratique s'avérerait également problématique sous l'angle du principe de l'égalité de traitement déduit de l'art. 8 al. 1 et 2 Cst., à mesure qu'elle aurait pour effet de comparer des prestations d'examen qui ne sont pas comparables entre elles, car extraites de leur contexte concret et spécifique (session, matière et thème d'examen concernés; ATF 141 I 235 c. 7.1; JAB 2011 p. 368 c. 5; A. GRISEL, *op. cit.*, p. 358-359).

5.3 Contrairement à ce qu'allègue encore le recourant (art. 12 p. 21), l'appréciation de la Commission des examens n'est pas non plus remise en cause par le jugement paru in JAB 2016, p. 97 ss, ni par le commentaire de ce dernier à partir des p. 102 ss de ladite publication (BENJAMIN SCHINDLER, *Urteil des Verwaltungsgerichts [Verwaltungsrechtliche Abteilung] vom 5. November 2015 i.S. X. gegen Anwaltsprüfungskommission [VGE 100.2015.177]*). Si l'auteur précité recommande une pratique cohérente des cas-limite au moyen de mesures propres à garantir ou à vérifier la qualité de l'appréciation (l'appel à un expert externe mentionné dans le recours ne représentant qu'une option parmi d'autres), il ne considère en revanche pas qu'il faille arrondir systématiquement ces cas vers la prochaine note la plus élevée puisque l'OExA ne prévoit pas d'appréciation globale lors de résultats d'examens se trouvant à la limite. De plus, il ne retient pas que les experts ou la Commission des examens ont, dans l'espèce concernée, outrepassé leur pouvoir d'appréciation en refusant à un candidat se présentant en dernière tentative aux épreuves écrites d'élever vers un 4 son résultat final insuffisant (JAB 2016 p. 102 ss). Ainsi que le rappelle le TA à l'appui de ce jugement (JAB 2016 p. 97 c. 5.3 avec références citées), il est en effet dans la nature même des examens d'instaurer une limite stricte entre les prestations suffisantes et celles insuffisantes, et chaque valeur de seuil induit inévitablement une certaine rigueur puisque les candidat(e)s n'atteignant tout juste pas le score requis ne réussissent pas. Le fait d'échouer de justesse à un examen ne constitue toutefois pas automatiquement un cas de rigueur donnant droit à une augmentation ultérieure des notes. Si tel n'était pas le cas, l'autorité d'examen devrait pour des motifs d'égalité de traitement élever les notes dans tous les cas comparables, ce qui entraînerait un décalage du barème des notes et de nouveaux problèmes de rigidité (VGE 2018/2 du 2 mai 2018 c. 7.3; voir également: duplique p. 6).

Il s'ensuit que l'intéressé ne peut tirer argument de la jurisprudence et de la doctrine précitées, à la suite desquelles la Commission des examens a du reste décidé d'appliquer avec grande retenue sa pratique dans les cas-limite - réservant celle-ci aux cas d'erreurs manifestes lors de la correction ou d'erreurs de calcul de points (voir réponse p. 10 et 11).

6.

Par un dernier grief, le recourant invoque une violation de sa liberté économique par le fait que le canton de Berne aurait récemment durci les conditions d'obtention du brevet d'avocat et, de fait, limité l'accès à la profession (recours art. 13 p. 22 à 24).

6.1 L'art. 27 Cst. garantit il est vrai la liberté économique (al. 1), qui comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (al. 2). Cette disposition légale ne confère cependant pas le droit de prétendre que certaines professions puissent être choisies et exercées par chacun et chacune indépendamment de ses aptitudes individuelles. L'examen d'avocat a pour but d'apprécier les capacités en vue de l'exercice de la profession d'avocat des candidat(e)s concerné(e)s. Il importe à cet effet de savoir si la personne à examiner possède les aptitudes nécessaires. Les autorités cantonales disposent d'un très large pouvoir pour fixer les exigences en vue de la réussite d'un examen. Sous l'angle du principe de la proportionnalité, celles-ci doivent être aptes à atteindre le but visé par l'examen. La réglementation concernée ne doit pas poser d'exigences inutiles ou exagérées, mais doit néanmoins tenir suffisamment compte des besoins de protection du public (VGE 2016/181 du 16 février 2017 c. 5.3 avec références citées).

6.2 Contrairement à ce que défend l'intéressé, le durcissement des exigences d'aptitude des candidat(e)s à l'examen d'avocat résultant de l'introduction au 1^{er} octobre 2014 d'une notation séparée pour les parties écrite et orale dudit examen s'avère conforme au droit. Cette restriction repose en premier lieu sur une base légale suffisante, en l'occurrence l'art. 10 al. 1 OExA en lien avec l'art. 4 let. b LA. Elle tend par ailleurs à l'amélioration de la qualité des connaissances juridiques des futur(e)s avocat(e)s et poursuit ainsi un intérêt de police. En dernier lieu, elle est proportionnée au but visé consistant à protéger la bonne foi, par le fait d'empêcher que des prestations insuffisantes dans les travaux écrits puissent être compensées par de bons résultats dans les épreuves orales, respectivement lors de la plaidoirie (VGE 2016/181 du 16 février 2017 c. 5.2). Or, ce risque ne pourrait de toute évidence pas être aussi bien

contré par le système d'examens préconisé par le recourant (réplique p. 24 et 25), dans lequel les épreuves écrites et orales seraient pondérées différemment, mais continueraient à faire l'objet d'une notation jointe. Seul un système éliminatoire aux épreuves écrites permet en effet d'atteindre le but de police visé. D'autres cantons tel celui de Fribourg ou du Jura connaissent du reste un système d'examen semblable à celui ici en cause où la réussite des épreuves écrites (moyenne minimale de 4) conditionne l'accès aux oraux et à la plaidoirie (voir art. 19i de l'ordonnance fribourgeoise du 1^{er} juillet 2003 sur la profession d'avocat, OAv, RS FR 137.11; art. 24 du règlement jurassien du 30 janvier 2004 sur le stage et les examens d'avocat, RS JU 188.211).

Dans ce prolongement, l'intéressé ne saurait non plus invoquer un durcissement inadmissible au regard de l'art. 27 Cst. des nouvelles exigences posées quant au contenu des épreuves écrites. Selon lui, il n'est pas rare que 20% des points seulement des écrits soient dévolus à la procédure et 80% au droit matériel (contre antérieurement, selon lui, $\frac{3}{4}$ des points, voire plus parfois, à la procédure; recours art. 13 p. 22). Suite à sa révision au 1^{er} octobre 2014, l'art. 10 al. 2 OExA - en lien avec l'art. 4 let. c LA - prévoit toutefois clairement que le droit matériel énuméré à ses let. a à c constitue un objet d'interrogation pour les écrits, et non seulement le droit procédural. N'en contredise le recourant (réplique p. 26), une base légale suffisante était dès lors cette évolution, si tant est que cette dernière doive être confirmée dans les épreuves écrites ou dans certaines d'entre elles. Etant donné son très large pouvoir d'appréciation en matière d'organisation des examens, il était au surplus du seul ressort de la Commission des examens de déterminer le mode de contrôle des connaissances et le choix des thématiques d'examen (voir à ce sujet aussi: JAB 2016 p. 387 c. 5.1). La nouvelle réglementation introduite à l'art. 10 al. 2 OExA poursuit de plus un intérêt public évident, puisque la vérification des connaissances juridiques fondamentales, que ce soit en droit matériel ou procédural, permet un "exercice compétent et consciencieux de la profession d'avocat" (duplique p. 5). A cet égard, il n'est du reste pas paradoxal que la Commission des examens invoque un besoin de protection du public alors même que les avocat(e)s exerçant en Suisse ne sont ensuite soumis(es) à aucune obligation en matière de formation continue (réplique p. 28). Cette

dernière question se distingue en effet de celle de savoir si les avocat(e)s concerné(e)s, juste avant d'être patenté(e)s, ont démontré posséder les aptitudes nécessaires en vue d'un exercice qualifié et sans risque pour la clientèle de leur profession. Si tel est le cas, ils disposeront avec d'autant plus de certitude des qualités requises pour s'adapter aux changements (législatifs ou jurisprudentiels) qui se présenteront, inéluctablement, dans leur activité d'avocat(e) par définition soumise à constante évolution.

Le fait, par ailleurs, que les participant(e)s aux examens écrits bernois n'aient accès à aucun moyen auxiliaire (ouvrages, articles de doctrine, bases de données en ligne) ne laisse pas non plus apparaître ces nouvelles exigences comme disproportionnées. Certes, d'autres systèmes sont envisageables, tel celui, en vigueur dans le canton de Fribourg, où les candidat(e)s peuvent emporter avec eux certains recueils de lois annotés, voire même des livres de doctrine (consulter à ce sujet le lien www.fr.ch/sites/default/files/2018-09/liste_ouvrages_autorises_fr_0.pdf).

Contrairement à ce qu'allègue le recourant, il n'était toutefois pas attendu de sa part "de maîtriser la totalité du droit matériel sans aucune source à disposition" (réplique p. 26). Les textes légaux nécessaires sont fournis aux candidat(e)s avec les données d'examen, ainsi que les listes qui y figurent l'attestent. En outre, l'examen écrit de droit public portait sur une matière faisant aussi l'objet d'un examen oral séparé (droit administratif bernois; art. 10 al. 3 let. a OExA), ce qui présupposait donc certaines connaissances matérielles plus approfondies. Sur la base de ces sources législatives, l'intéressé a en tout état de cause été en mesure d'exposer succinctement les principes de base applicables aux domaines juridiques concernés, obtenant au reste une note suffisante à chacune des dites épreuves écrites. Ce qui importe est que les moyens auxiliaires à disposition soient accessibles de façon à respecter le principe d'égalité de traitement et le recourant ne soulève du reste aucun grief à ce sujet.

6.3 Le recourant ne saurait non plus voir une violation de sa liberté économique dans le fait que six candidat(e)s francophones sur neuf ont échoué à la session d'automne 2017 à laquelle il s'est présenté, et qu'une candidate parmi les trois ayant réussi l'examen se soumettait pour la seconde fois à celui-ci. Si l'on prend en considération les seul(e)s

candidat(e)s qui ont décroché leur brevet d'avocat à la première tentative lors de la dite session, l'on aboutit, il est vrai, à un taux d'échec de 75% chez les candidat(e)s francophones (recours art. 13 p. 22). Comme le souligne l'instance inférieure, les chiffres concernés doivent cependant être appréhendés avec une grande prudence. Etant donné le nombre restreint de candidat(e)s francophones à chaque session d'examen d'avocat (huit en moyenne), chaque échec influe en effet de manière importante, voire considérable, sur la statistique (réponse p. 11). La distinction entre candidat(e)s francophones et alémaniques, respectivement entre candidat(e)s se présentant pour la première fois et ceux en dernière tentative ne repose en outre sur aucune justification valable. A suivre néanmoins cette distinction, l'on constate que le taux d'échec à la session du recourant (75%) et celui aux quatre précédentes sessions (50%, 30%, 50% et 0%) s'élève à 41% en moyenne (voir duplique p. 6 et courrier de l'intéressé du 25 avril 2018 p. 4 ne contestant pas ces données). Or, dans ses travaux préparatoires liés à la révision de l'art. 10 al. 1 OExA, la Commission des examens anticipait un taux d'échec d'environ 40% (réponse p. 11) et le Tribunal de céans a lui-même jugé qu'un taux d'échec (arrondi) de 47% ne violait pas l'art. 27 Cst. (VGE 2016/181 du 16 février 2017 c. 5.2). Cela étant, il n'y a pas lieu d'accéder aux mesures probatoires requises par le recourant en vue d'établir le taux d'échec aux examens avant la révision de l'OExA (réplique p. 25 en haut).

En dernier lieu, l'intéressé ne saurait non plus se prévaloir avec succès d'une discrimination à rebours, par le fait que les acteurs économiques locaux seraient désavantagés par rapport aux acteurs économiques provenant de l'extérieur (recours art. 13 p. 23). Dès l'abord, ce grief n'apparaît guère circonstancié, n'étant étayé par aucun élément de comparaison concret. Il tombe de plus manifestement à faux, dès lors que le droit fédéral impose aux commissions des examens de chaque canton au registre duquel un avocat membre de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange souhaite être inscrit d'évaluer les compétences professionnelles de l'avocat lors d'un entretien de vérification (art. 32 de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats [LLCA; RS 935.61]; voir en droit bernois: art. 5 LA en lien avec les art. 26 ss OExA). Le TF a du reste confirmé, dans un arrêt rendu le

8 juin 2017 (arrêt TF 2D_14/2017 c. 2.2), que le durcissement des exigences d'aptitudes posées à l'égard des candidat(e)s au brevet d'avocat bernois ne consistait pas en une régulation inadmissible du marché. N'en contredise l'intéressé (courrier du 25 avril 2018 p. 3), l'autorité précitée, dans le cadre de son examen d'éventuelles entraves à la liberté économique, a ainsi bien eu à connaître d'aspects similaires à ceux invoqués dans son cas. Le fait que la Commission des examens tende toujours davantage vers une amélioration des aptitudes des futur(e)s avocat(e)s se trouve au reste être dans l'intérêt de ces dernier(ère)s qui pourront en effet d'autant se démarquer par la suite sur le marché de l'emploi. Un nombre important de candidat(e)s francophones et alémaniques sont d'ailleurs patenté(e)s chaque année dans le canton de Berne et il existe un nombre élevé de candidat(e)s en provenance d'autres cantons qui optent pour la formation au barreau bernoise.

6.4 Il suit ainsi de l'ensemble de ces considérations que les restrictions évoquées ci-dessus ne violent aucun droit fondamental (art. 36 en lien avec l'art. 95 Cst.) et s'inscrivent dans les limites du pouvoir d'appréciation reconnu à l'instance inférieure.

7.

7.1 Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté.

7.2 Vu l'issue de la procédure, les frais judiciaires pour la présente instance, fixés forfaitairement à Fr. 2'500.-, doivent en principe être mis à la charge du recourant (art. 108 al. 1 LPJA), sous réserve de l'assistance judiciaire (limitée aux frais) qui lui a été accordée, et il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (art. 108 al. 3 LPJA). Des circonstances particulières peuvent néanmoins justifier une répartition différente (art. 101 al. 1 et 3 LPJA), ainsi notamment en cas de violation du droit d'être entendu. Au cas présent, la manière dont se sont déroulées les séances privée et collective de corrigé des examens en droit privé et public n'a, il est vrai, pas été optimale. Comme déjà relevé (c. 3.2.3 et 4.1 supra), la motivation très rudimentaire (notes) des décisions en matière d'examens n'est en soi toutefois pas déjà constitutive d'une violation du droit d'être entendu - ce

droit étant en tout cas respecté lorsque l'autorité d'examen produit une motivation circonstanciée au stade de sa réponse au recours et que le candidat a ensuite l'occasion de s'exprimer sur celle-ci (droit de réplique; voir notamment arrêt TF 2C_1004/2017 du 29 mai 2018 c. 3.1). L'on relèvera encore qu'il aurait été à l'époque loisible au recourant de demander des éclaircissements s'il considérait que des points demeurés obscurs après les explications orales données par les expert(e)s s'avéraient déterminants pour la motivation de son recours, respectivement pour son choix d'en former un ou non. Une fois connus les arguments exposés dans le mémoire de réponse, il a du reste maintenu son recours et s'est limité à développer dans sa réplique les griefs formulés à l'appui de celui-ci. Il en découle que son insatisfaction éprouvée au sortir des séances de corrigé n'a pas pour autant été causale dans sa décision d'interjeter, puis de maintenir son recours.

Il ne se justifie par conséquent pas de s'écarter de la règle de répartition des frais et dépens prévue en cas de succombance.

7.3 Aux termes de l'art. 111 al. 1 LPJA, sur requête, l'autorité administrative ou de justice administrative dispense du paiement des frais de procédure et de l'obligation éventuelle de fournir des avances ou des sûretés la partie qui ne dispose pas de ressources suffisantes (let. a) et dont la cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (let. b).

Au vu de l'octroi d'une assistance judiciaire partielle (décision incidente du 9 février 2018; c. C supra), les frais de la procédure par Fr. 2'500.- mis à la charge du recourant sont provisoirement supportés par le canton au titre de l'assistance judiciaire. Le recourant doit être rendu attentif à son obligation de remboursement envers le canton, aux conditions de l'art. 123 du code fédéral de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC, RS 272), par renvoi de l'art. 112 al. 2 LPJA.

8.

Aux termes de l'art. 83 let. t de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), le recours en matière de droit public est

irrecevable contre les décisions sur le résultat d'examens ou d'autres évaluations des capacités, notamment en matière de scolarité obligatoire, de formation ultérieure ou d'exercice d'une profession. L'art. 83 let. t LTF vise non seulement le résultat d'examens au sens étroit, mais encore toutes les évaluations de capacité qui reposent sur une appréciation des aptitudes intellectuelles ou physiques du candidat. Le recours en matière de droit public est, ainsi, notamment exclu lorsqu'il s'agit d'évaluer les compétences acquises par la pratique professionnelle ou l'équivalence d'un certificat. A l'inverse, il y a lieu d'entrer en matière lorsqu'il est en particulier question de revoir les conditions légales de refus ou de délivrance d'un diplôme, ou d'examiner des questions d'ordre organisationnel en rapport avec un examen (ATF 138 II 42 c. 1, 136 II 61 c. 1; TF 2C_738/2013 du 27 novembre 2013 c. 1.2). L'évaluation de deux épreuves d'examen faisant principalement l'objet du litige, c'est la voie de droit du recours constitutionnel subsidiaire qui est indiquée en l'espèce.

Par ces motifs:

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais de la présente procédure, fixés forfaitairement à Fr. 2'500.-, sont mis à la charge du recourant. Il est renoncé à leur perception au vu de l'octroi de l'assistance judiciaire (limitée aux frais). L'obligation de restituer prévue par l'art. 123 CPC est réservée.
3. Il n'est pas alloué de dépens.
4. Le présent jugement est notifié (R):
 - au mandataire du recourant,
 - à la Commission des examens d'avocat du canton de Berne.

La présidente:

La greffière:
e.r. C. Wagnon-Berger,
greffière

Voie de recours

Dans les 30 jours dès sa notification écrite, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours constitutionnel subsidiaire auprès du Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, au sens des art. 39 ss, et 113 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).