

100.2022.154
TIC/ANP/EGC

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

Jugement du 19 septembre 2022

Droit administratif

C. Tissot, président
N. Stohner et A.-F. Boillat, juges
P. Annen-Etique, greffière

A. _____
représenté par Me B. _____
recourant

contre

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

relatif à un résultat d'examens d'avocat (feuille des notes I/2022 du
3 mai 2022; APK 21 300 LUK)



En fait:

A.

A._____ s'est présenté aux trois épreuves écrites de l'examen d'avocat bernois pour la deuxième fois en mars 2022. Il a obtenu la note 4 à l'examen écrit de droit constitutionnel, administratif ou fiscal, la note 4 à l'examen écrit de droit pénal et la note 3.5 à l'examen écrit de droit national privé et de droit international privé (droit de la poursuite pour dettes et de la faillite et arbitrage compris). Avec une moyenne de 3.83 (feuille de notes du 3 mai 2022), l'intéressé n'a pas réussi la partie écrite de l'examen et n'a pas été admis à se présenter à la partie orale de celui-ci.

B.

Par acte du 30 mai 2022, A._____, représenté par un mandataire professionnel, forme un recours de droit administratif contre la décision du 3 mai 2022 de la Commission des examens d'avocat du canton de Berne (ci-après: la Commission). Il demande, sous suite de frais et dépens, l'annulation de cette décision et l'octroi des notes 4.5 à l'examen de droit administratif et 4 à l'examen de droit privé. Subsidiairement, il conclut à l'annulation de la décision précitée, en tant qu'elle concerne la note obtenue à l'examen de droit privé, et au renvoi de la cause à l'autorité précédente, afin que celle-ci l'autorise à repasser sans frais cet unique examen en deuxième essai. Plus subsidiairement, il requiert le renvoi de la cause à l'autorité précédente pour que ses membres examinent une possible augmentation des notes obtenues en droit administratif et en droit privé, puis rende une nouvelle décision.

La Commission conclut au rejet du recours dans un mémoire du 14 juillet 2022. Le 29 juillet 2022, le mandataire du recourant fait parvenir au Tribunal administratif une note d'honoraires pour son activité dans la présente cause.

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 Tribunal administratif 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]). L'intéressé, qui a pris part à la procédure devant l'autorité précédente, est particulièrement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à l'annulation ou la modification de cette décision, a qualité pour recourir (art. 79 LPJA). Le recours, qui a au surplus été interjeté en temps utile et dans les formes prescrites par un mandataire dûment légitimé (art. 15, 32 et 81 LPJA), est dès lors recevable.

1.2 Le pouvoir d'examen du Tribunal administratif porte sur le contrôle du droit (art. 80 let. a et b LPJA; voir également art. 6 al. 2 LA). Lorsqu'il s'agit de contrôler l'évaluation des prestations d'un candidat à des examens, le Tribunal administratif 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 Tribunal administratif 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). Celui-ci 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 des vices de procédure invoqués, le Tribunal administratif exerce un pouvoir d'examen complet quant à la conformité au droit (JAB 2012 p. 152 c. 1.2 et les références; RUTH

HERZOG, in Herzog/Daum [éd.], *Kommentar zum bernischen VRPG*, 2^e éd. 2020, ad art. 80 n. 16, ad art. 66 n. 20).

2.

2.1 Dans le canton de Berne, l'examen d'avocat se compose d'une partie écrite et d'une partie orale. Les candidats 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]). L'art. 10 al. 2 OExA prévoit que la partie écrite, qui comporte du droit matériel et du droit procédural, consiste en la rédaction de jugements ou de pièces de procédure, notes complémentaires comprises, dans les matières du droit constitutionnel, droit administratif ou droit fiscal (let. a), du droit pénal (let. b), ainsi que du droit national privé et droit international privé, droit de la poursuite pour dettes et de la faillite et arbitrage compris (let. c). L'examen d'avocat est organisé par une commission des examens qui décide également de la réussite de l'examen (art. 3 al. 1 phr. 1 LA). Les prestations suffisantes sont notées selon l'échelle suivante: 6 = excellent, 5.5 = très bien, 5 = bien, 4.5 = satisfaisant, 4 = suffisant (art. 16 al. 1 OExA). Les prestations insuffisantes sont notées selon l'échelle suivante: 3.5; 3; 2.5; 2; 1.5; 1 (art. 16 al. 2 OExA). A la fin de la partie écrite et de la partie orale, le secrétariat de la Commission récapitule les notes des différentes matières. Les notes sont fixées par la Commission sur proposition des experts ayant fait passer les examens ou des juges de la Cour suprême qui ont assisté à la plaidoirie d'épreuve (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 D'après l'art. 14 al. 2 OExA, deux experts notent chaque épreuve. Il est ainsi inhérent au 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. D'autre part, un examen juridique ne peut pas être apprécié selon une méthode scientifique menant

à un résultat exact. Si des divergences apparaissent entre les responsables de l'examen dans leur évaluation des prestations individuelles, on ne peut dès lors conclure sans autre à une notation juridiquement erronée. L'interaction entre plusieurs experts doit prévenir des lacunes d'appréciation ou compenser celles-ci (JAB 2016 p. 445 c. 3.4.1 et les références). Chaque expert 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, dans la mesure où il est appelé à rendre une évaluation sous sa propre responsabilité (JAB 2016 p. 445 c. 3.4.1 et les références). Le principe des deux experts au sens de l'art. 14 al. 2 OExA implique cependant qu'à l'issue de leur appréciation individuelle, ceux-ci, dans le but de consolider le résultat de l'évaluation en vue de la proposition commune des notes (art. 17 al. 2 OExA), se penchent sur les éventuelles divergences d'évaluation et, le cas échéant, examinent aussi si une élévation de note entre ou non en considération (JAB 2016 p. 445 c. 3.4.1 et les références; voir récemment sur l'ensemble de cette thématique VGE 2019/426 du 19 février 2021 c. 5.2, 2018/2 du 2 mai 2018 c. 5.3).

3.

Le recourant a obtenu la moyenne de 3.83 à la partie écrite de l'examen d'avocat. Ce résultat l'a empêché de se présenter à la partie orale de l'examen et, s'agissant d'une deuxième tentative, constitue un échec définitif, l'examen ne pouvant être repassé. L'intéressé conteste l'évaluation de ses prestations dans les branches de droit administratif et de droit privé. A titre principal, il demande que les deux notes obtenues dans ces branches soient augmentées d'un demi-point chacune, passant ainsi à 4.5, respectivement à 4 et à ce qu'il soit autorisé à se présenter à la partie orale de l'examen. Subsidiairement, il demande à pouvoir repasser l'examen écrit de droit privé et que le résultat obtenu soit inclus dans la moyenne des deux autres examens déjà effectués en mars 2022 (4 en droit administratif et 4 en droit pénal). A titre plus subsidiaire, il requiert que la cause soit renvoyée à l'autorité précédente, afin que les experts examinent la possibilité d'augmenter ses notes, dans la mesure où, selon lui, il s'agit de

la pratique de la Commission lors de cas-limites, et rendent une nouvelle décision. Il invoque essentiellement une violation des principes de la bonne foi et de l'égalité de traitement. Plus particulièrement, le recourant conteste la note obtenue en droit administratif, estimant que pour les questions 1 et 3 de l'examen, les experts ne se sont pas tenus à la grille de correction et ne lui ont pas attribué l'entier des points, malgré des réponses exhaustives de sa part. Quant à l'examen écrit de droit privé, l'intéressé se plaint de ce que les experts ne l'ont pas correctement noté sur trois éléments de réponse. Il constate en bref avoir amené les éléments attendus et listés dans la grille de correction, sans que cela ait été pris en compte. Finalement, le recourant affirme que la Commission a adopté depuis plusieurs années une pratique voulant que, lors de cas-limites, les experts en charge de la correction puissent soumettre une demande d'augmentation de note à la Commission. Il estime ne pas avoir bénéficié à tort de cette pratique, en violation du principe de l'égalité de traitement.

4.

Le recourant élève tout d'abord plusieurs critiques à l'encontre de l'évaluation de ses prestations dans son écrit de droit administratif, estimant avoir correctement répondu aux questions 1 et 3 de cet examen. Il invoque en particulier une appréciation contraire à l'égalité de traitement de plusieurs positions de son écrit.

4.1 Le principe général de l'égalité de traitement (art. 8 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101] et art. 10 al. 1 de la Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 [ConstC, RSB 101.1]) inclut le principe de l'égalité des chances. Ce principe guide l'organisation de l'examen en ce sens qu'il faut créer des conditions aussi égales que possible pour tous les participants (JAB 2016 p. 387 c. 5.2, 2012 p. 165 c. 5.1.1 et les références). S'il existe un schéma de correction, les experts doivent l'appliquer de manière uniforme à tous les candidats (voir TF 2D_68/2019 du 12 mai 2020 c. 6.1; JAB 2010 p. 49 c. 3.3.1, les deux cas concernant l'examen d'avocat). Néanmoins, même lors d'examens écrits avec un schéma de correction, lesdits experts

conservent régulièrement une certaine marge d'appréciation et d'évaluation. Un pouvoir d'appréciation leur est reconnu pour déterminer quelles parties de la solution modèle ou du schéma de correction doivent être évaluées et avec combien de points, et si des points supplémentaires doivent être attribués pour des réponses qui ne figurent pas dans la solution modèle (JAB 2016 p. 445 c. 3.2.1 avec référence). La manière dont des réponses manquantes ou (qualifiées de) fausses doivent être évaluées est ensuite nécessairement liée à un certain pouvoir d'appréciation (VGE 2019/426 du 19 février 2021 c. 6.1, 2018/160 du 25 janvier 2019 c. 3.1 et les références). En fin de compte et comme déjà relevé (c. 2.2 ci-dessus), un examen juridique ne peut pas être évalué selon une méthode scientifique menant à un résultat exact (BVR 2016 p. 445 c. 3.2.1, 2016 p. 97 c. 5.4). Dans le cadre de l'examen d'avocat qui a pour but d'évaluer les aptitudes professionnelles des candidats à la profession d'avocat, il importe toujours de déterminer si ceux-ci possèdent les aptitudes requises (voir ATF 121 I 225 c. 2c; VGE 2019/426 du 19 février 2021 c. 6.1, 2018/159 du 18 octobre 2018 c. 5.2.1, 2016/181 du 16 février 2017 c. 5.3 [confirmé par l'arrêt TF 2D_14/2017 du 8 juin 2017]).

4.2 Il ressort du dossier que l'examen de droit administratif du 9 mars 2022 consistait en un cas de droit politique. En résumé, une personne (M. A.) venait consulter le candidat, afin de savoir ce qu'elle pouvait entreprendre contre un conseiller communal de sa commune de domicile (M. Z.) qui, selon elle, vivait en réalité dans une autre commune et un autre canton. La question 1 était libellée de la façon suivante: "Que doit entreprendre M. A s'il désire obtenir la radiation de M. Z. du registre des électeurs de la commune de Musterdorf?". Selon la grille de correction, cinq points pouvaient être obtenus pour cette question, répartis en trois éléments de réponse (deux fois deux points et une fois un point). Le recourant a obtenu 4.5 points, dès lors que, pour le premier élément de réponse, son travail a été évalué avec 1.5 point sur les deux points possibles. Pour cet élément de réponse, la grille de correction mentionne "*Auseinandersetzung mit den verfahrensrechtlichen Grundlagen: Eintragung im Stimmregister; Eintragungen und Löschungen von Amtes wegen; Anspruch auf Bereinigung gemäss Art. 15 Abs. 1 Stimmregisterverordnung*". Quant à la question 3, son libellé était "En cas

de radiation du registre des électeurs, Z. devrait-il également renoncer à son mandat de conseiller communal? Cas échéant, comment cette conséquence juridique pourrait-elle être imposée?". Six points pouvaient être obtenus pour cette question, répartis en trois éléments de réponse (une fois deux points, une fois un point et une fois trois points). Le travail du recourant en lien avec la question 3 a été apprécié avec deux points. Au premier élément de réponse, l'intéressé a obtenu un point sur les deux possibles. Pour cet élément de réponse, la grille de correction prévoit "*Gemäss Art. 35 Abs. 1 Bst. a GG sind die in der Gemeinde Stimmberechtigten in den Gemeinderat wählbar. In der Gemeinde stimmberechtigt sind alle Personen, die in kantonalen Angelegenheiten stimmberechtigt sind und seit 3 Monaten in der Gemeinde wohnen (Art. 114 KV). Mit dem Wegzug aus der Gemeinde Musterdorf verliert Z. seine Stimmberechtigung in der Gemeinde und im Kanton und ist nicht mehr in den Gemeinderat wählbar*".

4.3

4.3.1 En lien avec la question 1, le recourant estime avoir droit à l'entier des points, dans la mesure où les éléments attendus figurent tous dans son écrit d'examen. Il relève que selon l'un des deux experts, 0.5 point a été retiré, car il n'avait pas mentionné le délai de l'art. 15 al. 2 de l'ordonnance cantonale du 10 décembre 1980 concernant le registre des électeurs (ORE, RSB 141.113), ce que d'autres candidats auraient fait. Or, il fait observer que la grille de correction ne traite pas de cet art. 15 al. 2 ORE. Il estime ainsi que les candidats qui ont indiqué ce délai n'auraient pas dû obtenir l'entier des points, mais davantage de points, car ceux-ci auraient outrepassé les exigences requises par la Commission. En lien avec cette absence de bonification accordée aux candidats les plus méritants, il invoque une inégalité de traitement et un comportement contradictoire de la Commission.

4.3.2 Dans sa détermination adressée au Tribunal administratif, la Commission constate également que le recourant n'a pas fait mention du délai prévu par l'art. 15 al. 2 ORE, pas plus que de celui figurant à l'art. 16 al. 2 ORE relatif au droit d'être entendu du tiers concerné par la rectification du registre des électeurs. Tout en rappelant que la grille de correction ne

peut pas être appliquée de manière mathématique, elle démontre ainsi que les explications du recourant étaient incomplètes quant aux principes procéduraux, ce qui excluait l'octroi du nombre maximum de points.

4.3.3 Il convient en premier lieu de rappeler (voir c. 1.2 ci-dessus) que, s'agissant d'apprécier les prestations du recourant, le Tribunal administratif ne s'écarte pas sans nécessité des avis des experts, ceux-ci disposant en outre d'une importante marge de manœuvre dans l'application de la grille de correction. En l'occurrence, l'intéressé, à raison, ne conteste pas ne pas avoir abordé le délai prévu à l'art. 15 al. 2 ORE. Force est en outre de constater que la grille de correction ne fait effectivement pas référence à l'art. 15 al. 2 ORE. Toutefois, la question du délai qui est prévu par cette disposition constitue un point de procédure. Or, il était attendu des candidats qu'ils expliquent les principes procéduraux en lien avec la rectification du registre des électeurs ("*Auseinandersetzung mit den verfahrensrechtlichen Grundlagen*"), la question du délai faisant justement partie de ces principes. Il n'est donc à tout le moins pas insoutenable de ne pas avoir donné le maximum de points au recourant pour cette question. Quant aux candidats qui ont cité l'art. 15 al. 2 ORE, ceux-ci ne méritent pas de points supplémentaires, dès lors qu'ils n'ont fait qu'exposer la procédure applicable à la rectification du registre des électeurs. N'en contredise l'intéressé, il n'est par conséquent nullement question de violation du principe d'égalité de traitement par la Commission ni de comportement de celle-ci contrevenant 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.

4.4

4.4.1 S'agissant de la question 3, le recourant est d'avis qu'il méritait plus que l'unique point obtenu au premier élément de réponse (voir c. 4.2 *in fine* ci-dessus). Il relève avoir indiqué en page 6 de son travail écrit que, selon l'art. 35 al. 1 let. a de la loi cantonale du 16 mars 1998 sur les communes (LCo, RSB 170.11), sont notamment éligibles au conseil communal les personnes jouissant du droit de vote dans la commune. De plus, il constate qu'en remarques introductives de son avis de droit, en page 1 de son travail écrit, il a mentionné qu'au niveau cantonal, l'art. 114 ConstC dispose

que le droit de vote appartient à toute personne qui a le droit de vote en matière communale et qui réside dans la commune depuis trois mois au moins. Finalement, en page 9 de son travail, le recourant explique avoir conclu qu'en quittant son lieu de résidence, M. Z., qui perd ainsi son droit de vote dans ladite commune, doit également renoncer à son siège au Conseil communal dans la commune de Musterdorf. Il estime dès lors avoir répondu de manière complète et précise et avoir rempli les exigences de la grille de correction, si bien qu'il devait obtenir trois points.

4.4.2 Pour sa part, la Commission considère que les réponses du recourant à l'épreuve écrite sont contradictoires. Celui-ci expliquait en page 7 de son examen que dans le cas de sa radiation du registre électoral, M. Z. ne devrait pas automatiquement et d'emblée renoncer à son mandat de conseiller communal, affirmant plus loin, en page 9, que M. Z. perdrait très probablement son droit de vote et devrait donc également abandonner son siège d'élu s'il quittait la commune. La Commission relève donc le manque de précision dans les déclarations du candidat concerné dans sa rédaction d'examen, ajoutant que les bases légales n'ont été traitées que superficiellement et que des éléments sans pertinence pour la solution ont également été apportés. Rappelant la jurisprudence publiée dans la JAB 2016 p. 97 c. 5.4, qui veut notamment que les candidats doivent également posséder la capacité de s'exprimer de manière structurée, la Commission en conclut que le nombre de points maximal n'était pas adapté à la réponse donnée par ledit candidat.

4.4.3 En l'occurrence, force est effectivement de constater que le recourant a commencé par répondre à la question 3 en donnant des informations sur la commune d'origine, ce qui est sans rapport avec la cause qu'il avait à traiter. En outre, il faut également relever qu'il a bel et bien donné des réponses contradictoires, dans la mesure où il a expliqué en page 7 de son travail que "même en cas de radiation du registre des électeurs, M. Z. ne devrait pas automatiquement et d'entrée de jeu, renoncer à son mandat au conseil communal" (*sic*), alors que plus loin dans son écrit, en page 9, il a indiqué exactement le contraire. En outre, il faut mentionner que si le recourant cite bel et bien l'art. 114 ConstC, il le fait à la page 1 de son examen, sans lien concret avec la question 3. Dans ces

conditions, et compte tenu de l'impression générale qui se dégage de la réponse à la question 3 faisant montre de contradictions et d'un manque de structure, on ne saurait faire grief aux experts de ne pas avoir attribué le nombre de points maximum pour le premier élément de réponse. On ajoutera à ce propos que les experts ont tous deux donné un point sur deux, ce qui prend valablement en compte les éléments corrects cités par le recourant dans son travail écrit. Il ne saurait être question d'une quelconque violation du principe d'égalité de traitement, dans la mesure où la grille de correction a été suivie par les experts.

4.5 Sur le vu de ce qui précède, les experts n'ont pas contrevenu au principe d'égalité de traitement, mais dûment appliqué leur grille de correction, dans les limites de la marge d'appréciation qui leur est reconnue. Les griefs du candidat concerné en lien avec son examen écrit de droit administratif doivent ainsi être écartés.

5.

Le recourant forme ensuite plusieurs autres critiques à l'encontre de l'évaluation de ses prestations dans son écrit de droit privé.

5.1 L'examen écrit de droit privé consistait en la rédaction d'un jugement relatif à une action fondée sur le droit des contrats, plus particulièrement une action pour les défauts dans l'accomplissement d'un contrat d'entreprise. Selon la donnée de l'examen, les candidats pouvaient renvoyer à celle-ci pour ce qui avait trait à l'historique de la procédure et à l'état de fait. En outre, dans la partie formelle du jugement à rédiger, ils devaient en particulier déterminer l'autorité compétente pour statuer et, dans la partie matérielle, il était attendu d'eux qu'ils qualifient le contrat passé entre les parties et qu'ils examinent si les conditions générales de vente applicables audit contrat étaient contraires à l'art. 8 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD, RS 241). Il ressort de la grille de correction que la détermination de l'autorité compétente à raison de la matière pouvait rapporter jusqu'à deux points, si le candidat relevait qu'il ne s'agissait pas du tribunal de commerce, dès lors que le recours en matière civile au Tribunal fédéral était exclu et que la

compétence émergeait de ce fait au juge unique du tribunal régional. Le recourant n'a obtenu aucun point pour cette réponse. S'agissant de l'état de fait, il ressort de la grille de correction que trois points étaient accordés si le candidat relevait les trois éléments incontestés entre les parties, respectivement deux points pour les deux éléments contestés et l'appréciation de ces éléments de fait. L'intéressé n'a obtenu aucun point sur les cinq possibles. En lien avec la partie matérielle du jugement, deux points étaient octroyés aux candidats qui relevaient que le contrat en cause était un contrat d'entreprise contenant certaines dispositions divergentes par rapport à la loi, notamment par des renvois à des conditions générales et à la norme SIA 118. Le recourant a obtenu un point sur les deux possibles. Toujours en lien avec la partie matérielle du jugement à rédiger, les candidats avaient la possibilité d'obtenir quatre points s'ils mentionnaient l'art. 8 LCD. La grille de correction relève à ce propos "*UWG 8 verlangt die Schaffung eines erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses in Treu und Glauben verletzender Weise. Die Verkürzung einer Verjährungsfrist auf zwei Jahre erfüllt diese Voraussetzung nicht. OR 210 IV Bst. a (gemäss OR 371 III im Werkvertragsrecht sinngemäss anwendbar) erklärt bloss eine Verkürzung auf weniger als zwei Jahre für ungültig, was nicht über das UWG ausgehebelt werden soll. Im Übrigen ist fraglich, ob in casu gemäss Gesetz die fünfjährige Verjährungsfrist gelten würde, da diese voraussetzt, dass ein bewegliches Werk in ein unbewegliches integriert wurde und eine Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werks verursacht hat. Ansonsten beträgt die Verjährungsfrist schon nach Gesetz zwei Jahre (OR 371 I Satz 1)*". Le recourant a obtenu deux points sur les quatre disponibles.

5.2

5.2.1 En premier lieu, s'agissant de la détermination de la compétence à raison de la matière du tribunal dont il fallait rédiger le jugement, le candidat concerné est d'avis qu'il a expressément relevé que la compétence du tribunal de commerce n'avait pas été examinée, dès lors que la donnée faisait état d'une procédure de conciliation préalable, ce qui selon lui n'est pas possible dans les cas soumis au tribunal de commerce. Le recourant a également déterminé les critères fixant la compétence du

tribunal de commerce. Il estime avoir implicitement traité la question de l'absence de compétence de ce tribunal en ayant reconnu la compétence matérielle du tribunal régional et en ayant expressément indiqué les motifs dans une notice séparée. Il requiert au moins un point pour sa réponse.

5.2.2 A propos de cette question de compétence matérielle de l'autorité saisie, la Commission relève que les experts ont effectivement constaté que ce point avait été traité dans une note séparée par le recourant. Ceux-ci ont toutefois considéré que la discussion relative à la compétence devait figurer dans la motivation du jugement. La Commission estime par ailleurs que l'explication du candidat concerné, voulant que l'existence d'une tentative de conciliation excluait la compétence du tribunal de commerce, outre d'être fautive, était incompréhensible, la compétence de cette autorité ne pouvant être écartée du seul fait de l'introduction d'une tentative de conciliation. Pour le surplus, la Commission mentionne encore que, dans sa note séparée, le recourant a expliqué que la compétence du tribunal de commerce était donnée, pour autant que les conditions de l'art. 6 du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC, RS 272) soient remplies, conditions qu'il n'a ensuite pas examinées.

5.2.3 En l'occurrence, force est de constater que l'intéressé n'a pas procédé à un examen de la compétence du tribunal de commerce dans le jugement qu'il avait à rédiger pour son travail de droit privé, admettant celle du tribunal régional sans autres considérations. Quant à la note séparée, dans laquelle il a fait référence au tribunal de commerce (p. 12 de son écrit), il a expressément mentionné ne pas avoir examiné la compétence de ce tribunal en raison de l'existence d'une conciliation entre les parties, élément qui n'est toutefois pas déterminant pour statuer sur cette question. De plus, relevant les conditions de l'art. 6 CPC posées à cette compétence, et contrairement à ce que fait valoir l'autorité précédente qui estime que le recourant n'a pas traité de ces conditions, celui-ci arrive à tort à la conclusion que celles-là sont toutes réunies (activité commerciale, valeur litigieuse de plus de Fr. 30'000.- et inscription de la défenderesse au registre du commerce), alors que l'une des trois conditions ne l'est pas puisque la valeur litigieuse était de Fr. 28'000.-. Cela étant, même si le recourant a admis la compétence de la bonne autorité, ses explications à

ce propos, qui ne figurent à tort pas dans le jugement, mais dans une note séparée, démontrent qu'il n'a aucunement saisi les raisons de la compétence du tribunal régional. En présence d'un raisonnement doublement faux (conciliation donc absence de compétence du tribunal de commerce et conditions de l'art. 6 CPC toutes remplies en l'espèce), aboutissant toutefois à un résultat correct, il n'est en rien insoutenable de refuser tout point au recourant pour cet élément de réponse, comme l'ont fait les deux experts chargés de la correction. Une telle absence de points pour une réponse fautive ne viole en rien l'égalité de traitement avec un candidat qui n'aurait par exemple pas abordé le sujet de la compétence.

5.3

5.3.1 En lien avec l'état de fait du jugement à rédiger, le recourant estime que, selon la donnée d'examen, les candidats n'avaient pas à revenir sur les faits admis et ceux qui étaient contestés, ni sur l'appréciation des preuves. D'après lui, les candidats devaient uniquement, dans leur motivation, se fonder sur les éléments de faits pertinents pour trancher le cas qui leur était soumis. Le recourant ajoute que, pour cette raison, il s'est contenté de renvoyer à la donnée d'examen, mais qu'à sa grande surprise et en contradiction avec cette donnée, il était attendu des candidats selon la grille de correction qu'ils citent les faits admis et contestés. Il estime qu'il s'agit d'une erreur dans la donnée et que celle-ci l'a conduit à ne pas traiter de la question des faits, l'empêchant d'obtenir cinq points lors de la correction. Il ajoute que s'il fallait ne pas lui octroyer les cinq points supplémentaires, il conviendrait à tout le moins de lui donner la possibilité de repasser l'examen. De plus, il constate que sur les différents éléments de fait attendus des candidats dans le jugement, tel que cela ressort de la grille de correction, il en a cité trois en page 9 de son examen. Il conclut ainsi ce point en invoquant une inégalité de traitement, respectivement un comportement contradictoire de la part des experts.

5.3.2 Dans sa détermination, la Commission considère que la possibilité donnée aux candidats de renvoyer à l'énoncé pour l'historique de la procédure et l'état de fait en général ne dispensait pas ceux-ci de reprendre certains éléments de fait importants pour l'appréciation et d'exposer les raisons pour lesquelles ces éléments étaient considérés comme prouvés

ou non prouvés. Elle ajoute que l'énoncé mentionnait que des éléments essentiels étaient contestés entre les parties, ce qui devait conduire les candidats à soulever la question de la preuve et y répondre. La Commission est en outre d'avis qu'il ne suffit pas d'évoquer les éléments en question quelque part dans la décision, mais qu'il faut bien plus exposer les raisons pour lesquelles on peut s'y référer ou non.

5.3.3 En l'espèce, il y a effectivement lieu de relever que l'énoncé de l'examen prévoit que "s'agissant de l'historique de la procédure et de l'état de fait, il peut être renvoyé à la donnée de l'examen". Comme l'a mentionné la Commission, une telle remarque doit conduire le candidat à procéder à un renvoi dans la partie "en fait" de son jugement. Le recourant l'a d'ailleurs bien compris, puisqu'à la page 1 de son examen, dans une partie intitulée "En fait et en procédure", il a intégralement renvoyé à la donnée. Toutefois, s'agissant de la partie "en droit", le candidat ne peut pas statuer sur la cause dont il est saisi, respectivement ne peut pas appliquer le droit sans avoir précédemment établi l'état de fait pertinent. Comme l'a également rappelé la Commission à ce propos, cet établissement des faits constitue un élément déterminant de tout jugement, *a fortiori* lorsque des faits sont contestés entre les parties et qu'il convient donc de procéder à une appréciation de ces faits et des moyens de preuve produits, ainsi que de déterminer quelle partie supporte une éventuelle absence de preuve. Dès lors, la simple citation par le recourant de trois éléments de fait à la page 9 de son examen, sans autre appréciation, n'est aucunement suffisante. Pour une application correcte du droit, il appartenait à l'intéressé de commencer par établir précisément les faits en constatant ceux qui n'étaient pas contestés entre les parties, puis en appréciant ceux qui l'étaient. En l'absence d'un tel examen, on ne saurait faire grief aux experts en charge de la correction de ne pas avoir octroyé de points au recourant pour cette question. Au demeurant, il ne saurait être question de permettre au candidat concerné de repasser l'examen de droit privé en raison de l'énoncé de la donnée de l'écrit de droit privé. Celle-ci était suffisamment claire et n'a en rien induit les candidats en erreur. Le recourant l'a d'ailleurs tout à fait comprise, puisque, comme on l'a vu, il a procédé à un renvoi à cette donnée dans la partie "en fait" de son jugement.

5.4

5.4.1 L'intéressé se plaint ensuite de ce qu'aux pages 6 à 9 de son travail écrit, il a qualifié le contrat, objet de l'examen, de contrat d'entreprise au sens des art. 363 ss CO, mais n'a toutefois obtenu qu'un point sur les deux possibles. Il relève avoir en outre mentionné aux pages 8 et 9 que des conditions générales s'appliquaient et avoir renvoyé aux normes SIA 118 à la page 9. Il requiert donc l'obtention du maximum de deux points pour cet élément de réponse.

5.4.2 Pour sa part, la Commission explique que le recourant n'a pas exposé de manière distincte le type de contrat dont il s'agissait, ni les bases légales qui s'y appliquaient, pas plus que les conditions générales qui en faisaient partie. Elle ajoute qu'il ne suffisait pas de parler d'un contrat d'entreprise pour pouvoir prétendre à la totalité des points, constatant qu'aux pages citées par le candidat concerné, celui-ci ne qualifie en rien le contrat en cause.

5.4.3 En page 6 de son examen, le recourant, dans un chapitre intitulé "généralités", a repris la lettre de l'art. 363 CO qui définit le contrat d'entreprise. Il a ensuite cité l'art. 364 al. 1 et 2 CO qui traite des obligations de l'entrepreneur, notamment de la responsabilité de celui-ci. Après ces éléments de citation, il a retenu, sans autres explications, qu'un "contrat d'entreprise au sens des art. 363 ss CO existe en l'espèce entre les parties. En effet, la production, la livraison et l'installation d'un système de sécurité complet est considéré comme un ouvrage au sens de ces dispositions". Il a ensuite désigné les parties au contrat. A ce stade, il n'a en rien parlé des conditions générales applicables au contrat d'entreprise, ni de la norme SIA 118. Il a certes fait référence à cette norme SIA un peu plus loin dans son examen, toutefois sans aucunement mettre celle-ci en relation avec le contrat d'entreprise, alors que sa teneur divergeait des dispositions légales. Il en va de même des conditions générales, traitées aux pages 8 et 9. A aucun moment, le recourant n'a examiné leur éventuelle discordance avec les dispositions du CO sur le contrat d'entreprise, ni n'a expliqué si des clauses contraires à la loi étaient envisageables, respectivement admissibles. Par conséquent, compte tenu du peu d'explications sur les raisons de l'application du contrat d'entreprise au cas soumis à l'examen

écrit, ainsi que de l'absence de développement sur l'existence et la validité des conditions générales et de la norme SIA 118 contenues dans le contrat, il n'est en rien justifié de s'écarter de l'appréciation des experts qui ont reconnu au recourant un point sur les deux possibles. Le fait que l'intéressé mentionne que les normes SIA 118 doivent prévaloir sur les dispositions du CO, sans autre développement, ne permet pas de se départir de cette notation.

5.5

5.5.1 Finalement, le recourant explique encore que tous les éléments attendus par les experts en lien avec l'art. 8 LCD figurent dans son examen, aux pages 7, 8, 9 et 12. Il demande ainsi à être crédité des quatre points possibles pour cette réponse et pas seulement des deux dont il a bénéficié lors de la correction.

5.5.2 A propos de ce grief, la Commission estime que le recourant veut reconstituer artificiellement une argumentation complète à partir de phrases isolées qui se trouvent à des pages différentes et dans un autre contexte. Quant à l'application de l'art. 8 LCD, elle relève que le candidat concerné cite cette disposition à la page 9 de son travail en se limitant à affirmer qu'un délai de prescription de deux mois (*recte* deux ans) n'est pas inhabituel. La Commission ajoute qu'aux pages précédentes (7 et 8), le recourant examine la question de la prescription en se référant à l'art. 210 CO, mais sans lien avec l'art. 8 LCD.

5.5.3 En l'occurrence, on doit commencer par relever que l'intéressé a bel et bien fait référence à l'art. 8 LCD à la page 9 de son examen. Cette citation de l'art. 8 LCD n'est toutefois pas surprenante, dans la mesure où il ressort de la donnée d'examen que l'avocat du demandeur a lui-même avancé que l'art. 15.1 des conditions générales violait cette disposition. Pour le surplus, et comme il l'explique, le recourant a également retenu à la page 9 de son travail écrit que la clause prévoyant un délai de prescription de deux ans n'est pas insolite. A ce propos, on doit néanmoins constater avec la Commission que cette explication a été donnée de manière péremptoire, sans autre motivation. Certes, à la page 12, et comme le fait valoir le candidat concerné, il est mentionné que "le raccourcissement du

délai ne constitue en rien une disproportion pour le consommateur, celui-ci étant prévu dans une réglementation spécifique" (*sic*). Toutefois, cette affirmation, qui est une fois de plus purement péremptoire et n'est fondée sur aucune motivation, a été énoncée sans qu'aucun lien avec l'art. 8 LCD ne soit fait. Pour le surplus, le recourant renvoie aux pages 7 et 8 de son travail, c'est-à-dire à un stade de son développement juridique antérieur à la citation pour la première fois de l'art. 8 LCD, à la page 9. Au demeurant, à la page 7, il se limite à évoquer la lettre de l'art. 371 CO, ainsi que celle de l'art. 210 al. 4 CO, ce qu'il effectue aussi à la page 8 s'agissant de cette dernière. Or, ici également, il ne traite aucunement d'une conformité du délai de prescription avec l'art. 8 LCD. En définitive, on peut donc relever que le recourant s'est limité, à divers endroits de son travail écrit, à citer des dispositions légales, sans en tirer aucunement des conséquences juridiques, notamment pas quant au fait de savoir si la limitation de la prescription à deux ans, telle que prévue par le contrat d'entreprise objet du jugement d'examen, était conforme à l'art. 8 LCD. Dans ces conditions, on ne saurait considérer l'octroi de deux points sur quatre comme n'étant pas justifié.

5.6 Sur le vu de ce qui précède, pour l'examen écrit de droit privé également, les experts n'ont pas violé le principe d'égalité de traitement, mais dûment appliqué leur grille de correction, dans les limites de la marge d'appréciation qui leur est reconnue. Les griefs du recourant en lien avec son examen écrit de droit privé doivent également être écartés.

6.

En conclusion, on peut ajouter qu'aussi bien pour l'examen de droit administratif que pour celui de droit privé, le recourant a manqué de structure et de rigueur dans son travail, ce qui se constate par le fait qu'il a été obligé à maintes reprises dans son recours de faire référence à différentes pages de ceux-ci pour tenter de démontrer qu'il avait répondu correctement à une seule question. Ainsi, et en rappelant que le Tribunal administratif n'examine les prestations d'un candidat qu'avec une certaine

retenue, on ne peut qu'écartier les griefs du recourant relatifs aux deux travaux écrits précités.

7.

En dernier lieu, le recourant fait encore valoir que la Commission, contrairement à sa pratique constante dans les cas-limite, n'a pas discuté d'une éventuelle augmentation de sa note. Il se plaint de violation du principe de l'égalité de traitement et plus particulièrement d'égalité dans l'illégalité, dès lors que cette pratique n'est pas codifiée.

7.1 Ainsi que le recourant l'a justement relevé, la législation sur les examens d'avocat ne prévoit pas de procédure particulière pour les cas-limite. Selon l'ancienne pratique de la Commission, qui a notamment été rappelée dans le VGE 2019/426 du 19 février 2021 c. 7.2, une note d'examen pouvait être augmentée dans les cas où la réussite de la session d'examen ne dépendait que de l'augmentation d'un demi-point au maximum et que cette augmentation paraissait objectivement justifiable. Par "objectivement justifiable", il fallait comprendre que l'augmentation de la note pouvait être justifiée sur le vu de la prestation d'examen concrète, c'est-à-dire compte tenu de l'aptitude des candidats dans la matière juridique. Il n'existait néanmoins pas de droit à une augmentation de note. Cette pratique avait pour seule conséquence que les résultats d'examen serrés devaient être réexaminés. Le point de savoir si une augmentation de la note entrait en ligne de compte était laissé à l'appréciation des experts en charge de la correction, qui, le cas échéant, faisaient une proposition dans ce sens à la Commission (voir JAB 2016 p. 97 c. 5.4; VGE 2019/426 du 19 février 2021 c. 7.2). Depuis le jugement publié dans la JAB 2016 p. 97, la Commission a changé sa pratique et fait preuve, dorénavant, d'une extrême retenue, se limitant en règle générale aux cas d'erreurs de correction et/ou d'addition manifestes (voir VGE 2018/2 du 2 mai 2018 c. 7.2). Le Tribunal administratif a jugé cette nouvelle pratique appropriée et légitime (VGE 2019/426 du 19 février 2021 c. 7.2, 2018/2 du 2 mai 2018 c. 7.3).

7.2 En l'occurrence, le recourant se trouve certes dans une situation limite, puisqu'avec un demi-point d'augmentation de l'une de ses notes, la partie écrite de son examen aurait été réussie et il aurait pu de ce fait se présenter à la partie orale dudit examen. Toutefois, et comme on vient de le voir, la "nouvelle" pratique de la Commission, telle qu'adoptée à la suite du jugement du Tribunal administratif publié dans la JAB 2016 p. 97, ne permet de revoir une note que lorsqu'il existe une erreur manifeste de correction ou d'addition. Or, dans le cas du recourant, force est de constater qu'il n'existe aucune erreur de ce type. L'intéressé ne le fait d'ailleurs pas valoir et rien de ce qui a été examiné précédemment ne peut le laisser penser (voir c. 4 et 5 ci-dessus). On peut bien plus constater que les experts, que ce soit pour l'examen de droit administratif ou pour celui de droit privé, se sont consultés et ont dans les deux cas décidé de ne pas transmettre de proposition d'augmentation de note à la Commission (voir dossier de la Commission Act. 6 et pièce justificative du recourant 7). Celle-ci, contrairement à ce que semble penser le recourant, n'est pas d'office saisie de tous les cas-limite, mais, ainsi qu'elle l'explique dans sa détermination au Tribunal administratif et comme l'a retenu la jurisprudence précitée (voir c. 7.1), uniquement lorsque les experts chargés de la correction estiment qu'une augmentation de la note est envisageable, ce qui n'a pas été le cas s'agissant du recourant. En outre, il convient de relever qu'une augmentation systématique de note en raison d'un résultat serré, respectivement d'un cas-limite, conduirait, pour des raisons d'égalité de traitement, à devoir procéder de la même manière pour tous les candidats qui ont échoué de peu à l'examen. Or, cela ne ferait que déplacer le barème de celui-ci et entraînerait d'autres résultats d'examen juste insuffisants (JAB 2016 p. 97 c. 5.3; VGE 2018/160 du 25 janvier 2019 c. 4.3). Il n'est par conséquent aucunement question de violation du principe de l'égalité de traitement et encore moins d'un cas dans lequel il faudrait admettre une égalité dans l'illégalité. Comme on l'a vu, de pratique constante de la Commission, tous les candidats sont soumis à la même notation et ce n'est qu'en cas d'erreur manifeste de correction ou d'addition que les experts peuvent proposer à ladite Commission d'augmenter la note. Or, le recourant n'est pas dans cette situation.

8.

8.1 Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté.

8.2 Vu l'issue de la procédure, les frais de procédure, fixés forfaitairement à Fr. 2'500.-, sont mis à la charge du recourant qui succombe (art. 108 al. 1 LPJA). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (art. 104 al. 3 et 108 al. 3 LPJA).

9.

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 147 I 73 c. 1.2.1 et les références; TF 2D_50/2020 du 24 mars 2021 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 (voir art. 112 al. 1 let. d LTF).

Par ces motifs:

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais de procédure, fixés forfaitairement à Fr. 2'500.-, sont mis à la charge du recourant et sont compensés avec l'avance de frais fournie.
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.

Le président:

La greffière:

Voie de recours

Dans les 30 jours dès sa notification, 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).