RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2486/2005-JPT **ATA/752/2005**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 8 novembre 2005

dans la cause

Madame O._____
représentée par Me Yaël Hayat, avocate

contre

COMMISSION D'EXAMENS DES AVOCATS

EN FAIT

1. Après avoir obtenu sa licence en droit, Madame O._____ (ci-après : la candidate ou la recourante) a effectué un stage d'avocat auprès d'une étude d'avocats de la place du 20 juin 2002 au 30 septembre 2004.

   Afin d'obtenir le brevet d'avocat dans le canton de Genève, elle s'est déjà présentée à la session d'examen de novembre 2004. Suite à un premier échec, elle s'est présentée une nouvelle fois à la session d'examen de mai 2005.

2. La candidate a pris connaissance des modalités de l'examen final annexées à la confirmation d'inscription qui lui a été adressée par la commission d'examens des avocats (ci-après : la commission) le 6 avril 2005.

   Celles-ci sont fixées par une directive de la commission du 1er janvier 2003, modifiée le 18 mars 2005, les dispositions régissant l'examen final étant toutefois restées inchangées. Elle expose qu' « il s'agit d'un examen professionnel. Il n'a pas pour unique objet de tester les connaissances théoriques des candidats, mais aussi et surtout leurs compétences professionnelles en matière de pratique du barreau. Dans leurs réponses écrites ou orales, les candidats sont donc invités à se placer dans la situation où ils se trouveraient s'ils intervenaient dans une cause réelle ».

   Elle prévoit que les candidats se munissent des éditions annotées des codes fédéraux (SCYBOZ/GILLIERON : CC et CO annotés ; FAVRE/PELLET/ STOUDMANN : CP annoté ; JAEGER/ KRAUSKOPF/ STOFFEL : LP annotée) et précise : « si la solution des questions posées implique le recours à des dispositions légales autres que celles publiées dans les ouvrages précités, les textes utiles sont remis aux candidats au début de la préparation de l'examen ».

3. L'épreuve écrite a eu lieu le 3 mai 2005.

   L'énoncé de celle-ci comportait une atteinte aux droits de la personnalité (sous la forme d'une atteinte au droit à l'oubli) du fait de la parution d'un article de presse, sous la plume d'une journaliste nommément désignée. Il était demandé aux candidats d'agir judiciairement et de faire parvenir à leur client un projet d'assignation assorti de brefs commentaires quant à ses chances de succès et des mesures probatoires que l'avocat entendait éventuellement solliciter dans la procédure.

   Concernant les personnes susceptibles d'avoir la légitimation passive, il était précisé, à la fin de l'énoncé, qu'en avril 2005 la société détenant le journal en cause avait été rachetée par une autre société, domiciliée à la même adresse à Genève, avec une reprise totale des actifs et des passifs de la première. Quant à la

journaliste ayant rédigé l'article, elle résidait en France ; l'adresse complète était indiquée en toutes lettres.

4. Lors de cette épreuve, la commission a distribué aux candidats les textes de lois suivants :

- la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05)

- la loi de procédure civile du 10 avril 1987 (LPC – E 3 05)

- la loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 mars 2000 (LFors – RS 272)

Pour le surplus il avait été indiqué aux candidats qu'ils pouvaient librement disposer de leur exemplaire personnel du CC/CO annotés, édition 1999 ou 2004 au choix du candidat, ce que la commission a admis.

5. En revanche, n'ont pas été distribués les deux textes légaux suivants :

- la convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL – RS 0.272.11)

- la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (LFus – RS 221.301).

Les candidats qui avaient choisi de se munir de l'édition 2004 du CC/CO annotés disposaient de ce dernier texte, celui-ci faisant partie des annexes.

6. A l'issue du délai de cinq heures, la candidate a remis sa copie.

7. La candidate a subi les deux épreuves orales les 11 et 18 mai 2005.

8. Par pli du 7 juin 2005, la commission a communiqué à la candidate le résultat de son examen. Elle avait obtenu les notes suivantes : épreuve écrite (coefficient 2) : 4,00 ; épreuve orale 1 : 2,25 ; épreuve orale 2 : 3,00 ; moyenne des épreuves de procédure et de déontologie : 4,50, soit un total de 17,75. Selon l'article 30 alinéa 2 du règlement d'application de la loi sur la profession d'avocat du 5 juin 2002 (RLPAv – E 6 10.01), l'examen final est réussi si le total des points est égal ou supérieur à 20. N'ayant pas obtenu la moyenne requise, la candidate avait échoué.

La décision indiquait les voies de recours ouvertes. Enfin, une séance de correction collective était annoncée.

9. Le 15 juin 2005 s'est déroulée la séance de correction collective. Selon la commission, à cette occasion, ses délégués ont exposé, pour les épreuves écrites et orales, les réponses attendues des candidats ainsi que les barèmes appliqués.

Aucun point n'a été attribué aux candidats qui connaissaient la CL de mémoire et qui ont assigné la journaliste en l'invoquant.

Selon la candidate, au cours de cette séance, les correcteurs ont indiqué que l'absence du texte de la CL ne consistait pas en un oubli car on n'attendait pas des candidats qu'ils assignent la personne domiciliée en France, puisqu'il est notoire que les journalistes sont mal rémunérés. De même, pour ce qui avait trait à la cession de patrimoine d'une société anonyme à l'autre, il suffisait de mentionner l'article 181 CO, la commission n'étant pas experte en la matière.

10. Le 4 juillet 2005, le premier secrétaire du comité du jeune barreau (ci-après : le comité), s'est adressé par lettre au président de la commission pour l'informer de la position du comité concernant l'examen de fin de stage. Il a exposé que, vu le haut niveau de compétence espéré des candidats, il était légitime d'attendre que l'examen se déroule dans des conditions irréprochables et conformes aux exigences légales. Il a également considéré que lorsque l'examen était entaché d'un problème qui perturbait son déroulement de manière significative, il était approprié de donner aux candidats la possibilité de repasser l'épreuve.

Il invitait en conséquence la commission à organiser une nouvelle épreuve écrite au plus vite afin de donner la possibilité à l'ensemble des candidats ayant échoué lors de la dernière session d'examens de pouvoir le repasser.

11. Par acte du 11 juillet 2005, la candidate a interjeté recours contre la décision du 7 juin 2005. Elle conclut principalement à l'annulation de la décision précitée tant pour l'examen écrit que pour les examens oraux et à ce que lui soit octroyée l'autorisation de se représenter à l'entier de l'examen final. Subsidiairement, elle conclut uniquement à l'annulation de l'examen écrit et à ce qu'elle soit autorisée à se représenter à l'épreuve écrite.

Elle a insisté sur le fait qu'elle avait perdu, de façon totalement inutile et injustifiable, un temps considérable à tenter de résoudre le dilemme dans lequel les omissions de la commission l'avaient plongée. Cette situation était d'autant plus intolérable qu'elle était dans un état exceptionnel de stress lié à l'enjeu que représentait le succès de cet examen qui constituait sa deuxième tentative. S'appuyant sur la jurisprudence fédérale et cantonale en la matière, elle a fait valoir que le fait d'avoir omis de remettre aux candidats tant la CL que la LFus était constitutif d'un vice de procédure grave et inguérissable. Elle a également estimé que l'appréciation de sa prestation écrite avait été arbitraire. Enfin, elle s'est prévalue du principe de l'insécabilité de l'examen final pour obtenir de repasser l'examen en entier.

12. Dans son écriture du 16 septembre 2005, la commission a contesté les griefs avancés par la recourante.

S'il était vrai qu'elle devait mettre à disposition les textes utiles, l'obligation de la commission ne pouvait ni ne devait s'étendre à tous les textes qui pourraient trouver une éventuelle application au cas donné. La commission n'avait que l'obligation de mettre à disposition des candidats les textes leur permettant de trouver une solution au cas donné.

Ainsi, dans le cas d'espèce, il ne se justifiait pas de remettre aux candidats la CL parce qu'il suffisait que le candidat dirige l'assignation contre les deux sociétés. Il pouvait expliquer dans la lettre qu'une action contre celles-ci, *a priori* plus solvables suffisait et permettait de sauvegarder les droits du client et qu'il n'était pas nécessaire d'agir contre la journaliste. Dans une cause réelle, un tel choix était vraisemblable et se justifiait, par exemple si l'adresse de la personne était inconnue ou encore si sa solvabilité était faible.

L'examen de la copie de la recourante révélait par ailleurs que l'absence du texte de la CL n'avait pas eu d'impact négatif sur l'appréciation de son travail, laquelle n'était donc pas arbitraire, et qu'en conséquence elle n'avait subi aucun préjudice.

Enfin, seuls le déroulement et l'appréciation de l'épreuve écrite avaient été contestés par la recourante. En conséquence, l'annulation de celle-ci, si tant est qu'elle soit ordonnée, suffirait à rétablir la légalité.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, la commission conclut au rejet du recours.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 31 alinéa 1 RLPAv).

2. En vertu de l'article 31 alinéa 2 RLPAv, le recours peut être formé pour motif d'illégalité ou d'arbitraire. La recourante soulève plusieurs griefs à l'encontre de la décision attaquée, en premier lieu la violation des dispositions légales déterminant les modalités de l'examen.

3. L'article 32 LPAv prévoit que l'examen de fin de stage est subi devant une commission d'examens et il renvoie au RLPAv pour l'organisation de la commission et les modalités de l'examen. L'article 21 alinéa 2 RLPAv donne à la commission la compétence de fixer les modalités de l'examen.

Le 1er janvier 2003, la commission a adopté des directives réglant notamment les modalités de l'examen final qu'elle a modifiées le 18 mars 2005. Il s'agit d'un examen professionnel qui n'a pas pour unique objet de tester les connaissances théoriques des candidats, mais aussi et surtout leurs compétences professionnelles. Les candidats sont donc invités à se placer dans la situation où ils se trouveraient s'ils intervenaient dans une cause réelle.

Les directives donnent la liste des ouvrages dont les candidats doivent se munir et précisent que si la solution des questions posées implique le recours à des dispositions légales autres que celles publiées dans les ouvrages mentionnés, les textes utiles seront remis aux candidats au début de la préparation de l'examen.

En l'espèce, il s'agit de déterminer si la solution des questions posées à l'examen du 3 mai 2005 impliquait le recours à la CL et à la LFus, et les conséquences de l'omission de remise de ces lois aux candidats.

4. Selon l'avis de l'autorité intimée, il était attendu du candidat un projet d'assignation et non pas un acte définitif ou une consultation exhaustive sur le sujet. Le candidat devait argumenter ses choix, la lettre d'accompagnement étant prévue à cet effet.

Théoriquement, le candidat avait le choix d'agir contre la journaliste, contre la société propriétaire du journal au moment des faits et la société reprenante. Pratiquement, selon la commission, le candidat devait diriger son projet d'assignation contre les deux sociétés en expliquant dans la lettre qu'une action contre celles-ci, *a priori* plus solvables, était suffisante pour sauvegarder les droits de son client. Les éléments qui justifiaient cette conclusion étaient d'une part le terme « inopinément », relatif à l'adresse de la journaliste qui permettait de penser que cette information n'était pas totalement fiable et l'absence de la CL qui empêchait le candidat de déterminer le for. La question de la solvabilité de la journaliste se posait également en regard de celle des sociétés.

Or, en introduisant à la fin de l'énoncé des indications très précises quant à la reprise de la société propriétaire d'une part et au domicile de la journaliste d'autre part, l'accent était clairement mis sur la problématique de la légitimation passive. On a ainsi du mal à comprendre pourquoi la commission d'examen a introduit un élément d'extranéité (le domicile de la journaliste à l'étranger) si c'était pour ne pas en tenir compte. Les explications de la commission à cet égard ne sont pas convaincantes. En l'absence d'une mention quelle qu'elle soit quant à l'insolvabilité de la journaliste dans l'énoncé de l'examen, le candidat n'avait aucun motif valable pour renoncer à l'assigner. Il devait à tout le moins avertir son client qu'il était possible de l'assigner de manière conjointe avec les sociétés et pour cela il devait invoquer la CL et par conséquent disposer de son texte.

Il en est de même de la LFus. Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, l'article 181 alinéa 4 CO y renvoie pour ce qui concerne la cession d'un patrimoine ou d'une entreprise appartenant à des sociétés commerciales. Il s'ensuit que pour justifier l'assignation des deux sociétés, il convenait de citer la LFus et en particulier l'article 75 alinéa 1er LFus prévoyant que les anciens débiteurs restent solidairement obligés pendant trois ans avec le nouveau débiteur de l'exécution des dettes nées avant le transfert de patrimoine. Là encore, tous les candidats ne disposaient pas du texte de la loi puisqu'elle n'avait pas été distribuée et que la commission avait admis que les candidats se munissent de l'exemplaire du CC/ CO annoté de 1999 qui ne comportait pas le texte de cette loi.

5. Comme le précisent les directives du 1er janvier 2003, le but de l'examen ne consiste pas tant à tester les connaissances théoriques que les compétences professionnelles des futurs avocats, qui doivent en conséquence rédiger leur examen "comme s'ils intervenaient dans une cause réelle". A cet effet, la directive relève que les textes légaux nécessaires à la solution des problèmes posés sont mis à la disposition des candidats.

A ce propos le Tribunal administratif a déjà eu l'occasion de dire qu'en situation réelle, les avocats peuvent en tout temps consulter toutes les lois qu'ils jugent nécessaires. En ne donnant qu'une partie des textes légaux utiles, la commission déplace l'objet de l'examen sur les connaissances théoriques des candidats et ne respecte pas le but qu'elle a elle-même assigné à celui-ci (ATA/6/2004 du 6 janvier 2004 consid. 5).

Ce raisonnement est d'autant plus fondé dans le cas d'espèce que, de l'aveu même de la commission, l'un des indices qui, selon elle, devait dissuader les candidats d'assigner la journaliste était l'absence de mise à disposition du texte de la CL. Or, dans la réalité, l'absence du texte de loi ne peut en aucun cas constituer le fondement d'un raisonnement juridique.

En conséquence, en omettant de fournir aux candidats la CL et la LFus, la commission a violé les directives qu'elle a elle-même émises pour régler les modalités de l'examen de fin de stage. Le grief de violation du droit est donc fondé.

6. Selon la jurisprudence, se rapportent à des questions de procédure tous les griefs qui concernent la façon dont l'examen ou son évaluation se sont déroulés (ATF 106 Ia 1, JT 1982 I 227). Un vice de procédure ne justifie cependant l'admission d'un recours et l'annulation ou la réforme de la décision attaquée que s'il existe des indices que ce vice ait pu exercer une influence défavorable sur les résultats de l'examen. Un vice purement objectif ne saurait, faute d'intérêt digne de protection de celui qui s'en prévaut, constituer un motif de recours (ATA/6/2004

du 6 janvier 2004 consid. 6 décision du Conseil fédéral du 27 mars 1991, in JAAC 56/I, 1992, p. 131).

En l'espèce, le vice de procédure a eu diverses conséquences sur les résultats de l'examen. D'abord l'impossibilité d'attraire la journaliste française devant la juridiction genevoise compétente ainsi que le fait de n'être pas en mesure de citer les dispositions légales adéquates fondant la légitimation passive des deux sociétés propriétaires du journal. Ensuite, objectivement pour tous les candidats, une importante perte de temps à se demander si les omissions de la commission étaient ou non volontaires, soit s'il fallait ou non y voir un signe quant aux attentes des examinateurs et en conséquence un temps réduit pour résoudre les autres questions de l'examen. Enfin, pour tous les candidats, et notamment pour la recourante qui se présentait pour la deuxième fois à l'examen, une tension supplémentaire conduisant à la perte de sa concentration et de ses moyens.

7. Reste à déterminer si le vice constaté peut être réparé, notamment en prenant en considération lors de la correction des travaux l'absence de la CL et de la LFus.

La commission de recours du département fédéral de l'économie publique, statuant sur l'absence, lors d'un examen, du matériel nécessaire à la résolution des problèmes soumis, a considéré qu'il n'était pas possible de déterminer quelle prestation aurait été fournie si le matériel nécessaire avait été distribué. En conséquence, l'examen ne devait pas être évalué, pas même avec un autre barème, et l'étudiant devait pouvoir le refaire (décision de la commission de recours du département fédéral de l'économie publique du 14 mai 1996, in JAAC 61/I, 1997, p. 336).

Cette argumentation est également applicable en l'espèce. Vu les circonstances, il a été retenu que la CL et la LFus étaient nécessaire à la résolution du cas. Or, il est impossible de déterminer quelles réponses la recourante aurait pu développer si elle n'avait pas perdu son temps et ses moyens à cause de l'absence des dites lois. Ne pas pénaliser des réponses erronées sur un seul aspect de l'examen ne suffit pas. Ainsi, le fait de ne pas attribuer de point supplémentaire pour les candidats qui connaissaient la CL par cœur ou l'avaient recopiée dans leurs codes ne prend pas en considération le fait que l'ensemble de la prestation du candidat, c'est-à-dire l'élaboration du raisonnement juridique dans sa totalité, a pâti des circonstances dans lesquelles s'est déroulé l'examen.

Les mesures prises par la commission ne permettent donc pas de réparer le vice de procédure constaté. Pour les mêmes raisons, il n'est pas possible au tribunal de céans d'attribuer à la recourante une autre note que celle que lui a fixée la commission, ce que la recourante, au demeurant, ne sollicite pas. Le seul remède possible consiste à refaire en tout cas l'examen écrit.

8. Au vu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner le grief d'arbitraire soulevé par la recourante.

9. La recourante soutient encore que l'examen a un caractère insécable et qu'en conséquence, elle doit pouvoir repasser l'entier de l'examen final, tant l'épreuve écrite que les deux épreuves orales.

a. C'est ici le lieu de rappeler que la recourante ne soulève aucun grief quant au déroulement et à la notation des épreuves orales.

b. Le Tribunal fédéral a déjà été appelé à se prononcer dans un cas similaire. A cette occasion il a estimé que « contrairement à ce que soutient le recourant, les deux épreuves ne constituent pas un tout indivisible, mais sont indépendantes, le fait que la législation cantonale se réfère essentiellement à « l'examen », au singulier, n'étant pas à cet égard déterminant » (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.161/1998 du 11 août 1998 consid. 3 b *in fine*).

Certes, depuis la rédaction de cet arrêt la RLPAv a changé puisque les dispositions actuelles régissant les examens de fin de stage sont entrées en vigueur le 1er janvier 2003. Cependant si le nombre des épreuves a augmenté et la nature des épreuves a été précisée, la notion d'examen est restée identique. Il n'y a donc pas de raison de s'écarter du raisonnement tenu par le Tribunal fédéral.

c. Toujours dans la même jurisprudence, le Tribunal fédéral a considéré que

> « le second système, adopté par l'autorité intimée, selon lequel l'épreuve viciée doit être représentée et la note de l'épreuve régulière maintenue est préférable, dans la mesure où il n'existe pas de raison impérative de faire répéter une épreuve en soi conforme. Certes, cette méthode est rigoureuse si la note conservée est mauvaise, mais avantageuse si celle-ci est bonne. De plus, même dans la première hypothèse, elle trouve une certaine justification sous l'angle du principe de l'égalité de traitement, puisque les candidats dont aucun examen n'a été vicié n'ont pas droit à une tentative supplémentaire. Ainsi, il est vrai que le maintien de la note 3 sanctionnant l'épreuve orale astreint le recourant à réussir un 5 à l'épreuve écrite pour obtenir la moyenne requise ; cependant, il aurait été tout autant discutable de l'obliger à répéter l'épreuve orale si celle-ci avait été suffisante. Enfin, si ce système s'oppose à une appréciation globale du candidat, celui-ci étant examiné lors de deux sessions distinctes par des sous-commissions pouvant être différentes, cet élément ne suffit pas à rendre la décision attaquée inconstitutionnelle, d'autant qu'il n'est pas établi qu'il

soit défavorable au recourant » (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.161/1998 du 11 août 1998 consid. 3 c in fine).

Cette pratique est celle qui a été suivie de manière constante par le Tribunal administratif également dans les décisions postérieures à la dernière modification de la RLPAv (ATA/4/2004 et ATA/5/2004 du 6 janvier 2004). A la lumière des considérations qui précèdent, le Tribunal de céans ne voit aucune raison de modifier sa jurisprudence. Il s'ensuit que la thèse de la recourante sur l'insécabilité de l'examen de fin de stage doit être rejetée.

10. Le recours sera ainsi partiellement admis et la décision de la commission d'examens des avocats annulée. Les examens oraux n'étant contestés ni dans leur déroulement, ni dans leurs résultats, il n'y a pas de motif justifiant d'autoriser la recourante à les représenter. Cette dernière sera donc autorisée à repasser l'épreuve écrite de l'examen de fin de stage. La note obtenue sur la base des examens oraux présentés à la session de mai 2005 et de l'examen écrit qui sera refait suite à l'admission du présent recours sera considérée comme la deuxième tentative de la candidate au sens de l'article 30 alinéa 4 RLPAv.

11. Une indemnité de procédure de CHF 1'000.-, à la charge de l'Etat, sera allouée à la recourante qui obtient en partie gain de cause (art. 87 LPA).

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 300.- sera mis à la charge de l'administration. Ce changement de pratique est la conséquence logique de celle adoptée par chacun des pouvoirs de l'Etat de Genève qui facture dorénavant ses propres prestations. Il est également cohérent avec le principe de l'autonomie du Pouvoir judiciaire et la tenue de comptes distincts entre le pouvoir exécutif d'une part et le Pouvoir judiciaire d'autre part. Il est enfin conforme à la LPA, laquelle ne contient pas d'ancrage à l'exonération systématique de l'Etat de Genève de tout émolument de procédure (ATA/423/2005 du 14 juin 2005).

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 11 juillet 2005 par Madame O._____ contre la décision de la commission d'examens des avocats du 7 juin 2005 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision de la commission d'examens des avocats du 7 juin 2005 en tant qu'elle concerne le résultat de l'épreuve écrite de l'examen de fin de stage ;

autorise la recourante à se représenter à l'épreuve écrite de l'examen de fin de stage au titre de la deuxième tentative ;

alloue à la recourante une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à la charge de l'Etat ;

met à la charge de l'intimée un émolument de CHF 300.- ;

communique le présent arrêt à Me Yaël Hayat, avocate de la recourante ainsi qu'à la commission d'examens des avocats.

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Thélin, juges, M. Bonard, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :	le président :
C. Del Gaudio-Siegrist	F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :