RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/53/2007-DI **ATA/365/2007**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 31 juillet 2007

dans la cause

Mme S_____
représentée par Me Claude-Alain Boillat, avocat

contre

COMMISSION D'EXAMENS DES AVOCATS

EN FAIT

1. Mme S_____, domiciliée à Onex (Genève), s'est présentée pour la troisième fois à la session de novembre 2006 organisée par la commission d'examens des avocats (ci-après : la commission). Elle a obtenu à l'épreuve écrite du 4 novembre 2006 la note de 2 et un total de 16,25 points alors que le minimum requis est de 20 points (art. 30 al. 2 du règlement d'application de la loi sur la profession d'avocat - RLPAV - E 6 10.01).

   Mme S_____ a été informée de ces faits par courrier du 5 décembre 2006 portant la mention que cet échec étant le troisième, il était définitif. De plus, une séance de correction collective était organisée le 14 décembre 2006 à laquelle l'intéressée s'est rendue.

2. Par acte posté le 5 janvier 2007, Mme S_____ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif en concluant préparatoirement à ce que la commission produise le "dossier complet y compris les barèmes retenus par elle pour la correction de l'épreuve écrite" et à ce qu'il lui soit donné la possibilité de se prononcer sur tout document qui serait ainsi produit.

   Principalement, elle a conclu à l'admission du recours et à l'annulation de la décision attaquée en ce qu'elle concernait l'épreuve écrite du 4 novembre 2006. Cela fait, le tribunal de céans devait l'autoriser à se représenter à l'épreuve écrite lors d'une prochaine session.

   Sur le fond, elle faisait valoir qu'elle avait, dans l'intérêt de son client et conformément aux directives de la commission, développé la solution la plus favorable à son mandant, à savoir les moyens tirés de l'article 336 alinéa 2 lettre b de la Loi fédérale complétant le code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220) de préférence au moyen tiré du non-respect de la procédure de licenciement collectif. La solution qu'elle avait adoptée était valable juridiquement, "n'en déplaise à la commission", et cette dernière avait excédé son pouvoir d'appréciation et fait preuve d'arbitraire en ne lui attribuant aucun point pour la solution développée.

   Au cours de la séance de correction collective, M. Eric Maugué avait indiqué que lors de la correction de l'épreuve écrite, aucun point n'avait été attribué aux candidats qui avaient traité la question du licenciement sous le seul angle de l'article 336 alinéa 2 lettre b CO.

   La commission avait émis des directives à l'intention des candidats mais elle devait également les respecter. La commission aurait dû accorder des points à la candidate même si celle-ci avait fondé tout son raisonnement sur l'article 336

alinéa 2 lettre b CO. Le choix de la recourante avait été guidé par l'intérêt de son client, dès lors que la solution proposée était plus avantageuse pour ce dernier que celle fondée sur le licenciement collectif. De plus, les autres candidats ayant opté pour cette dernière solution n'avaient pas été pénalisés pour avoir omis de développer la solution retenue par la recourante de sorte que par souci d'égalité de traitement, elle devait être également créditée d'un certain nombre de points pour son argumentation.

En conséquence, elle devait être autorisée à représenter l'épreuve écrite.

3. La commission a conclu au rejet du recours le 21 février 2007.

Mme S_____ ne contestait que la note de son examen écrit. Les épreuves écrites avaient été remises pour correction à une sous-commission formée de Mme Dominique Henchoz et de MM. Eric Maugué et Philippe Neyroud.

La séance de correction collective avait eu lieu le 14 décembre 2006 et M. Maugué avait exposé pour l'épreuve écrite les réponses attendues des candidats ainsi que les barèmes appliqués.

Par ailleurs, la commission a contesté avoir fait preuve d'arbitraire ou excédé son pouvoir d'appréciation dans l'évaluation de l'épreuve écrite de Mme S_____. Elle a fait valoir en substance que la recourante considérait qu'il existait deux moyens de droit valables pour la défense des intérêts du client et que, conformément aux directives diffusées par la commission, elle avait choisi de développer la solution la plus avantageuse pour la personne venue la consulter.

Ce faisant, la recourante opposait sa propre version à celle des examinateurs alors que seule une réponse était exacte. Elle ne démontrait pas en quoi la commission se serait laissé guider par des motifs sans rapport avec l'examen ou d'une autre manière manifestement insoutenables. Un document rédigé par les trois correcteurs de l'épreuve écrite était produit (ci-après : note de correction). L'analyse de l'examen écrit de Mme S_____ était détaillée de même que les points qui lui avaient été attribués. Il en résultait que la candidate avait reçu 0,75 point sur 1 pour l'analyse de la clause de non-concurrence et du devoir de fidélité, 1 point sur 3 pour l'action auprès du Tribunal des prud'hommes et 0,25 point sur 2 pour l'analyse de la question concernant la prévoyance professionnelle.

Mme S_____, comme d'autres candidats, avait fondé la demande exclusivement sur l'article 336 alinéa 2 lettre b CO, soit le licenciement abusif d'un représentant élu des travailleurs, ce qui était contraire à l'énoncé même de la question. Il en résultait que la partie en fait n'était pas cohérente avec les développements en droit.

Il résultait de cette note de correction que les examinateurs avaient attribué des points (avec un maximum de 1,5) en fonction de la qualité du raisonnement

dans la mesure où l'on pouvait admettre que l'avocat rectifie son argumentation par la suite et que son client puisse éventuellement obtenir gain de cause par substitution de motifs. Dans ce contexte, la mention du licenciement des autres collègues, soit dans l'état de fait de la demande soit dans la lettre au client, était prise en compte dans l'appréciation.

A l'appui de sa réponse, la commission a produit ses directives relatives aux modalités d'examens, le cas de l'épreuve écrite, la copie de Mme S_____, les notes obtenues par celle-ci et l'appréciation de cette copie par la sous-commission, comme indiqué ci-dessus.

4. Le conseil de la recourante a adressé au tribunal le 14 mars 2007 une écriture spontanée en relevant que la réponse de la commission était contraire aux indications données aux candidats lors de la séance de correction collective, à savoir qu'aucun point n'avait été attribué pour un développement fondé sur le licenciement abusif.

La recourante concluait derechef à l'ouverture d'enquêtes.

5. Sur quoi, le tribunal a convoqué une audience de comparution personnelle et d'enquêtes le 26 avril 2007.

a. Mme S_____ a confirmé avoir traité de manière délibérée une seule solution, dont elle maintenait qu'elle était juste juridiquement et qu'elle pouvait être construite à partir de la donnée. C'était la plus favorable au client.

b. M. Maugué, membre de la commission, a exposé que la note de correction avait été établie après le dépôt du recours afin de synthétiser les explications des membres de la sous-commission. Elle était établie par les trois correcteurs sur la base de leurs notes respectives qui ne figuraient pas sur la copie écrite. Chacun des trois correcteurs recevait la totalité des copies anonymisées et les corrigeait séparément, puis lors de la séance dite de "réconciliation" la note destinée à chaque copie était attribuée par la sous-commission en charge de l'épreuve.

La commission s'opposait formellement à la demande de production des notes personnelles des trois correcteurs.

M. Maugué a admis avoir déclaré lors de la séance de correction qu'aucune fraction de point n'avait été attribuée aux candidats qui avaient analysé le cas sous le seul angle des articles 336 alinéa 2 lettre b et 336a alinéa 2 CO. La sous-commission avait fait preuve de mansuétude en se montrant plus généreuse dans la correction. Il ne lui avait pas paru opportun de faire état lors de la séance de correction collective des bonus qui avaient pu être accordés, car ce n'était pas l'objet de cette séance. Le principe selon lequel la solution présentée par la recourante était fausse était maintenu.

Plusieurs candidats avaient exposé les deux possibilités, soit le licenciement collectif et le licenciement au sens des articles 336 ss CO.

c. La secrétaire de la commission a indiqué que lors de la session de novembre 2006, il y avait eu 87 candidats.

d. M. T_____ a été entendu en qualité de témoin. Il avait passé son brevet à la session de novembre 2006. Il s'était néanmoins rendu à la séance de correction collective en raison de la mauvaise note qu'il avait obtenue. Il avait développé les deux solutions et avait été étonné d'apprendre qu'aucun point n'avait été attribué, ni bonus ni malus, pour la solution reposant sur les articles 336 et ss CO.

6. Le 1er juin 2007, Mme S_____ a déposé des observations après enquêtes et s'est déterminée sur la note de correction.

La solution qu'elle avait choisie était valable juridiquement. La commission avait attribué des points par mansuétude aux candidats ayant analysé la question sous l'angle de l'article 336 alinéa 2 lettre b CO. Toutefois, lors de la séance de correction, elle aurait décidé de ne pas faire mention de l'attribution de ces points et aurait indiqué de manière erronée qu'aucun point n'avait été attribué aux candidats précités. Cette argumentation était curieuse. Cela d'autant plus que lors de cette séance, le bonus attribué aux candidats à l'épreuve orale avait été mentionné. C'est pourquoi, il était important que le tribunal ordonne la production des notes manuscrites des correcteurs afin de compléter la note de correction.

7. Le 1er juin 2007, la commission a produit ses observations. Les griefs invoqués par la recourante portaient sur l'évaluation de son épreuve écrite et non pas sur une violation des directives de la commission. La recourante n'avait pas démontré en quoi il serait arbitraire de considérer comme erroné au regard de l'énoncé de fonder la demande exclusivement sur le licenciement abusif d'un représentant élu des travailleurs. L'énoncé indiquait clairement que l'employeur avait demandé à son employé de se "porter volontaire pour siéger au sein du conseil de la fondation de prévoyance en qualité de représentant du personnel". Il n'était fait mention ni d'élection ni d'une quelconque approbation tacite par les autres salariés. De plus, la candidate n'avait pas formulé l'état de fait de sa demande en indiquant qu'une élection était intervenue ou que l'employé avait été désigné par ses collègues. Exceptés Mme S_____ et deux autres candidats ayant également fait recours, tous les autres candidats avaient évoqué le licenciement collectif.

Les notes prises par les correcteurs étaient des éléments strictement personnels et n'étaient jamais versés au dossier du candidat mais restaient en possession des examinateurs.

8. Le 5 juin 2007, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

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. 50 de la loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 - LPAV - E 6 10).

2. Le recours porte sur l'examen écrit présenté par la recourante pour l'obtention du brevet d'avocat.

3. a. La commission d'examens se subdivise en sous-commissions de deux membres pour apprécier les épreuves orales de l'examen final et de trois membres pour en apprécier l'épreuve écrite (art. 18 al. 3 RLPAV).

b. L'organisation de la commission et les modalités d'examens de fin de stage sont fixées par le règlement d'application (art. 32 al. 3 LPAV). L'article 21 RLPAV donne compétence à la commission de fixer les modalités de l'examen.

Le 1er septembre 2006, la commission a adopté de nouvelles directives relatives au stage d'avocat et à l'obtention du brevet d'avocat (ci-après : directives). Celles-ci précisent que l'examen final "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." Il est attendu du candidat "qu'il montre avoir compris et maîtriser l'état de fait; qu'il repère les problèmes et les traduise en termes juridiques; qu'il identifie les moyens d'action appropriés; qu'il sache utiliser ces moyens d'action; qu'il soit capable de développer une argumentation; qu'il manie avec aisance les sources du droit et qu'il soit toujours capable de fonder en droit les solutions qu'il propose; que, dans toutes ses démarches, il garde présent à l'esprit les intérêts qu'il est chargé de défendre". S'agissant du matériel à disposition, outre certaines lois annotées, les directives précisent que "la commission détermine librement les autres textes mis à disposition des candidats".

La commission est composée de spécialistes expérimentés. Une moitié de la commission est constituée d'avocats inscrits au registre cantonal genevois (art. 12 al. 1, 14 et 17 al. 3 LPAV).

4. a. Le recours en matière d'examen final pour l'obtention du brevet d'avocat peut être formé pour motif d'illégalité ou d'arbitraire (art. 31 al. 2 RLPAV). Une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 128 I 177 consid. 2.1 p. 182 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4P.149/2000 du 2 avril 2001, consid. 2 et les arrêts cités).

b. Appelé à examiner le caractère arbitraire d'une décision, le Tribunal administratif suit le raisonnement du Tribunal fédéral en la matière.

Le Tribunal fédéral ne revoit l'évaluation des résultats d'un examen qu'avec une retenue particulière, parce qu'une telle évaluation repose non seulement sur des connaissances spécifiques mais également sur une composante subjective propre aux experts ou examinateurs ainsi que sur une comparaison des candidats. En principe, il n'annule donc le prononcé attaqué que si l'autorité intimée s'est laissée guider par des motifs sans rapport avec l'examen ou, d'une autre manière manifestement insoutenable (ATF 121 I 225 consid. 4d p. 230 ; ATF 118 Ia 488 consid. 4c p. 495).

Le Tribunal fédéral s'impose cette retenue même lorsqu'il possède les connaissances spécifiques requises qui lui permettraient de procéder à un examen plus approfondi de la question, comme c'est le cas en matière d'examens d'avocats ou de notaires (ATF 131 I 467 consid. 3.1 ; 121 I 225 consid. 4a p. 230 ; 118 IA 488 consid. 4a p. 495).

c. Conformément à cette jurisprudence du Tribunal fédéral, le tribunal de céans a considéré que l'évaluation des résultats d'examens entre tout particulièrement dans la sphère des décisions pour lesquelles l'administration ou les examinateurs disposent d'un très large pouvoir d'appréciation et ne peut donc faire l'objet que d'un contrôle judiciaire limité (ATA/343/2006 du 20 juin 2006; ATA/785/2005 du 22 novembre 2005 et les références citées).

5. La recourante conclut préalablement à ce que le tribunal ordonne à la commission de produire les notes de corrections personnelles des membres de la sous-commission ayant corrigé son épreuve écrite. Elle n'indique pas en quoi ces documents permettraient d'étayer ses arguments.

Aux dires de la commission, ces documents ne sont pas versés dans les dossiers des candidats ; ils représentent des documents de travail personnels, utilisés lors de la séance au cours de laquelle la sous-commission attribue une note à chaque copie. Une note de correction, synthétisant les explications des différents examinateurs a été établie après le dépôt du recours, pour les besoins de l'instruction de la cause.

a. Tel qu'il est garanti par l'article 29 alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne pourraient l'amener à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.200/2003 du 7 octobre 2003, consid. 3.1 ; 2P.77/2003 du 9 juillet 2003 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004 ; ATA/39/2004 du 13 janvier 2004 consid. 2). Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge discute ceux qui lui paraissent pertinents (Arrêts du Tribunal fédéral 1P.32/2004 du 12 février 2004 consid. 6 ; 1P.24/2001 du 30 janvier 2001 consid. 3a et les arrêts cités ; ATA/292/2004 du 6 avril 2004).

b. Ce droit implique également l'obligation pour l'autorité de motiver ses décisions, afin que le justiciable puisse les comprendre et exercer ses droits de recours à bon escient. Il suffit cependant, selon la jurisprudence, que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressée puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (Arrêts du Tribunal fédéral 1P.729/2003 du 25 mars 2004 consid. 2 ; 1P.531/2002 du 27 mars 2003 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/560/2000 du 14 septembre 2000). Conformément à ces principes, lorsque la décision porte sur le résultat d'un examen et que l'appréciation des experts est contestée, l'autorité satisfait aux exigences de l'article 29 alinéa 2 Cst. si elle indique au candidat, de façon même succincte, les défauts qui entachent ses réponses et la solution qui était attendue de lui et qui eût été tenue pour correcte.

Par ailleurs, si le droit cantonal n'en dispose pas autrement, la Constitution n'exige pas que la motivation soit fournie par écrit ; selon les circonstances, elle peut être orale. De même, l'article 29 alinéa 2 Cst. ne permet pas à un candidat d'exiger des corrigés-types et des barèmes (SJ 1994 161 consid. 1b p. 163;

ATA/56/2002 du 29 janvier 2002). Le Tribunal fédéral a confirmé, s'agissant toutefois d'examens oraux, que le système mis en place dans le canton de Genève dans lequel il n'y avait pas d'exigence de produire les aide-mémoire relatifs aux différents candidats respectait le droit d'être entendu (Arrêt du Tribunal fédéral 2P. 205/2006 du 19 décembre 2006 consid. 2.3).

c. Ni la LPAV, ni le règlement sur la profession d'avocat ne mentionnent de règle sur la manière de corriger les épreuves. Il n'y a notamment pas d'obligation pour les trois examinateurs de la sous-commission de tenir un procès-verbal ou de justifier sous une forme particulière de leurs appréciations.

En l'espèce, la recourante a assisté à la séance de correction organisée par la commission. Elle a ainsi eu l'occasion de prendre connaissance des exigences de la commission et du barème appliqué. Elle a pu s'exprimer par écrit en cours de procédure à ce sujet et par la suite au sujet de la note de correction détaillée établie par la sous-commission. Les parties ont pu donc s'exprimer par écrit conformément à l'article 18 LPA.

L'attribution effective de la note de l'épreuve est une décision collégiale élaborée par la sous-commission puis validée par la commission et les notes personnelles de chacun de ses membres doivent être considérées comme des documents internes soustraits à la consultation. En conséquence, le Tribunal administratif renoncera à exiger la production des notes de correction personnelles des examinateurs.

6. Le recours porte sur l'évaluation faite par la commission de l'épreuve écrite de la recourante, cette dernière ayant opté pour la solution qu'elle estime être la meilleure et juridiquement exacte.

En l'espèce, la recourante ne relève aucun vice de procédure quant au déroulement de l'examen écrit. Elle tire argument d'une contradiction entre les déclarations faites lors de la séance de correction publique et les points de bonus finalement attribués. Cette "contradiction" n'est pas pertinente, car si la commission a estimé que le raisonnement tenu par la recourante et certains autres candidats pouvait être admis dans certaines circonstances bien précises, non réalisées en l'espèce, l'attribution de points de bonus, même non mentionnée lors de la séance de correction, n'est pas susceptible de prétériter la recourante.

La note de correction produite par la commission permet d'établir qu'une évaluation précise de l'examen de la recourante a été faite et cela sur toutes les questions soulevées par l'état de fait soumis aux candidats. Elle relève clairement les lacunes qui peuvent être reprochées à la recourante. En outre, celle-ci ne démontre pas que la solution juridique qu'elle a choisie était correcte, elle se contente de l'affirmer. L'argumentation de l'intimée est quant à elle étayée et confortée par la note de correction.

Le tribunal de céans retiendra donc que les examinateurs ont fixé leur note en fonction de la prestation de la recourante. Rien n'indique qu'ils se seraient laissé guider par des considérations sans rapport avec l'examen ou avec l'évaluation des réponses fournies.

En conséquence, l'appréciation des prestations de la recourante lors de l'épreuve écrite n'est pas arbitraire. De plus, le tribunal de céans ne peut substituer son appréciation à celle de la commission, car il ne dispose pas du même pouvoir d'examen qu'elle.

7. En tous points mal fondé, le recours sera rejeté et un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 5 janvier 2007 par Mme S_____ contre la décision de la commission d'examens des avocats du 5 décembre 2006 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 500.- ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature de la recourante ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession de la recourante, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Claude-Alain Boillat, avocat de la recourante ainsi qu'à la commission d'examens des avocats.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, juges, M. Grodecki, juge suppléant

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. a.i. :	la vice-présidente :
P. Pensa	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :