BGer 2D 86/2007 vom 21. Februar 2008

Bundesgericht, 2008-02-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_86_2007

FR: TF 2D 86/2007 du 21 février 2008

IT: TF 2D 86/2007 del 21 febbraio 2008

Regeste

Examen d'avocat | Droit fondamental

Erwägungen

E. 1.1

En vertu de l'art. 83 lettre t LTF, le recours en matière de droit public n'est pas ouvert à l'encontre des décisions sur le résultat d'examens ou d'autres évaluations des capacités, notamment en matière de scolarité obligatoire et de formation ultérieure. Aux termes de l' art. 113 LTF , le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89.

E. 1.2

En l'occurrence, le recours est dirigé contre une décision par laquelle l'autorité intimée a confirmé le résultat insuffisant de l'examen du recourant. Il s'ensuit que la voie du recours en matière de droit public est fermée et que seule celle du recours constitutionnel subsidiaire peut être empruntée. Interjeté par une partie qui a succombé dans ses conclusions et qui a un intérêt juridique à l'annulation ou la modification de la décision (art. 115 LTF), le recours, déposé dans le délai (art. 117 et 100 al. 1 LTF) et dans la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi, est en principe recevable, puisqu'il est dirigé contre un jugement final (art. 117 et 90 LTF) rendu par une autorité cantonale de dernière instance (art. 114 LTF).

E. 1.3

Le recours ne peut être interjeté que pour violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF). La partie recourante doit indiquer quel droit constitutionnel aurait été violé et montrer, par une argumentation circonstanciée, en quoi consiste la violation (ATF 130 I 258 consid. 1.3 p. 261); si elle invoque la violation d'un droit constitutionnel en relation avec l'application du droit cantonal, elle doit préciser quelle est la norme cantonale qui est visée (ATF 110 Ia 1 consid. 2a p. 3). Le Tribunal fédéral ne peut examiner la violation d'un droit de rang constitutionnel ou un grief constitutionnel en relation avec l'application du droit cantonal ou intercantonal que si le grief a été invoqué et suffisamment motivé dans l'acte de recours (art. 117 et 106 al. 2 LTF). En outre, dans un recours pour arbitraire fondé sur l' art. 9 Cst. , l'intéressé ne peut se contenter de critiquer l'arrêt attaqué comme il le ferait dans une procédure d'appel où l'autorité de recours peut revoir librement l'application du droit. Il doit préciser en quoi cet arrêt serait arbitraire (cf. ATF 128 I 295 consid. 7a p. 312; 125 I 492 consid. 1b p. 495 et la jurisprudence citée).

E. 1.4

Selon la jurisprudence relative au recours de droit public, qui peut être reprise en relation avec le recours constitutionnel subsidiaire, le Tribunal fédéral revoit l'application des dispositions cantonales régissant la procédure d'examen - pour autant que les griefs soulevés satisfassent aux exigences rappelées ci-dessus - sous l'angle restreint de l'arbitraire. Il examine en premier lieu si l'examen s'est déroulé conformément aux prescriptions et dans le respect des droits constitutionnels. Il fait en revanche preuve d'une retenue particulière lorsqu'il revoit les aspects matériels de l'examen et n'annule 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 insoutenables, de telle sorte que celui-ci apparaît arbitraire. Il observe cette retenue aussi lorsqu'il revoit l'évaluation des résultats d'un examen portant sur l'aptitude à l'exercice d'une profession juridique (ATF 131 I 467 consid. 3.1 p. 473 et les références).

E. 2.1

S'agissant de l'épreuve écrite, le recourant reproche à l'autorité intimée d'avoir omis d'examiner si, dans l'abstrait, c'est-à-dire indépendamment de la façon dont il l'a formulée dans sa copie, la solution fondée sur l' art. 336 al. 2 lettre b CO était juridiquement valable et cela sous prétexte qu'il s'agissait d'un problème d'évaluation de l'examen. En réalité, il s'agirait d'un fait à établir, de sorte que l'autorité intimée aurait fait preuve d'"arbitraire dans l'établissement des faits" en n'élucidant pas cette question. A titre préalable, il demande donc que la cause soit renvoyée à l'autorité intimée afin qu'elle se prononce sur la validité de sa solution.

E. 2.2

Quoi qu'en dise le recourant, déterminer si sa solution entrait aussi en ligne de compte au vu de la donnée de l'examen, même en faisant abstraction de la manière dont il l'a formulée dans sa copie, relève bien de l'évaluation de son examen. L'autorité intimée n'est pas entrée en matière sur cette question en raison de son pouvoir d'examen limité. Or, son pouvoir d'examen est défini par le droit cantonal genevois et le recourant ne démontre pas qu'en agissant de la sorte l'autorité intimée aurait arbitrairement interprété ou appliqué les dispositions pertinentes, ce d'autant que les griefs constitutionnels soulevés en relation avec des dispositions de droit cantonal sont soumis à des exigences de motivation accrues (consid. 1.3). Partant, le grief est irrecevable faute de motivation suffisante. Au surplus, il n'y a pas lieu de déférer à la requête tendant à ce que la cause soit renvoyée à l'autorité intimée pour qu'elle se prononce sur la validité "dans l'abstrait" de la solution fondée sur la lettre b de l' art. 336 al. 2 CO .

E. 3.1

Le recourant critique le fait que la Commission d'examens a considéré comme seule valable la solution reposant sur la lettre c de l' art. 336 al. 2 CO , les candidats ayant retenu cette solution pouvant seuls obtenir le maximum de 3 points, alors que les candidats qui, comme lui, avaient invoqué le moyen tiré de la lettre b de cette disposition ne pouvaient recevoir qu'un point et demi à titre de bonus (lui-même avait obtenu un point). Ce faisant, la Commission d'examens aurait arbitrairement adopté deux barèmes différents, alors que les deux solutions étaient également valables. L'autorité intimée aurait, tout aussi arbitrairement, cautionné cette façon de procéder, en prétextant à tort que le recourant ne faisait qu'opposer sa solution à celle de la Commission d'examens, sans en démontrer la validité.

E. 3.2
Une décision est arbitraire lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité (ATF 132 III 209 consid. 2.1 p. 211). A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si elle apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain. De plus, il ne suffit pas que les motifs de l'arrêt attaqué soient insoutenables, encore faut-il que ce dernier soit arbitraire dans son résultat. Il n'y a en outre pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution que celle de l'autorité intimée paraît concevable, voire préférable (ATF 133 I 149 consid. 3.1 p. 153; 132 III 209 consid. 2.1 p. 211; 132 I 13 consid. 5.1 p. 17).

E. 3.3
La donnée de l'examen écrit exposait le cas d'un informaticien (G. B.) qui avait été licencié, avec quinze autres collaborateurs (soit environ un tiers de l'effectif), par une société anonyme qui voulait redéployer son activité en Inde. Dans l'intention de se mettre à son compte, G. B. avait demandé à la fondation de prévoyance du personnel de son ancien employeur de lui verser le montant de son deuxième pilier. Or, le montant de sa prestation de sortie lui paraissait inférieur à ce qu'il aurait pu escompter au regard des derniers relevés de prévoyance. Il disait n'y rien comprendre "en dépit du fait que son employeur lui avait demandé, il y a quelques années, de se porter volontaire pour siéger au sein du conseil de la fondation de prévoyance en qualité de représentant du personnel". Il avait "certes reçu confirmation par ladite institution de sa nomination à ce titre, mais n'avait jamais été convoqué à la moindre séance dudit conseil". Les candidats devaient entreprendre les démarches nécessaires pour défendre les droits de l'intéressé à l'égard de son ancien employeur et lui indiquer les mesures envisageables au plan de la prévoyance professionnelle. Il ressort du "corrigé" de l'examen écrit du recourant que la Commission d'examens attendait des candidats notamment qu'ils rédigent une demande en paiement à l'intention du Tribunal des prud'hommes. La demande devait conclure au versement d'une indemnité pour licenciement abusif au sens de l'art. 336 al. 2 lettre c CO, soit pour un congé donné sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs, à concurrence d'un montant correspondant à deux mois de salaire, voire à trois au vu de l'incertitude liée à la fin des rapports de travail. Lors de la correction, la Commission d'examens avait constaté que certains candidats - dont le recourant - avaient fondé leur demande exclusivement sur l' art. 336 al. 2 lettre b CO , disposition qui qualifie d'abusif - en l'absence d'un motif justifié de résiliation - le licenciement d'un représentant élu des travailleurs, membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise. De l'avis de la Commission d'examens, ce fondement juridique n'était pas correct au regard de l'énoncé. En effet, si celui-ci indiquait 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'y était pas fait mention d'une élection au sens de l'art. 51 al. 3 et 4 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40), ni d'une quelconque approbation tacite par les autres employés. D'ailleurs, aucun des candidats concernés n'avait indiqué dans l'état de fait de sa demande qu'une élection était intervenue. La Commission d'examens avait attribué des points (selon la qualité du raisonnement, mais au maximum un point et demi) aux candidats qui avaient retenu cette solution "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, la juridiction des prud'hommes instruisant d'office". A cet égard, le fait que le candidat avait mentionné le licenciement des autres employés soit dans l'état de fait de la demande, soit dans la lettre au client, revêtait une certaine importance et la Commission d'examens en avait tenu compte dans son appréciation. Le recourant - bien qu'il n'ait mentionné cette circonstance ni dans la demande, ni dans la lettre au client - avait pour sa part obtenu un point. Au demeurant, le fait que G. B. avait été désigné par son employeur et non élu par ses collègues signifiait que l'organe suprême de la fondation de prévoyance n'était pas constitué régulièrement. Il était possible de faire valoir ce moyen en adressant une plainte à l'autorité de surveillance des institutions de prévoyance, en contestant la validité de la modification du plan de prévoyance, modification qui était à l'origine de la réduction de la prestation de sortie de G. B.

E. 3.4

Quoi qu'en dise le recourant, la solution fondée sur la lettre c de l' art. 336 al. 2 CO et celle reposant sur la lettre b de la même disposition n'étaient pas équivalentes. Au vu de la donnée de l'examen, il était, en effet, à tout le moins douteux que G. B. avait été membre du conseil de la fondation de prévoyance comme représentant élu des travailleurs. Dans ces conditions, il était trop risqué de fonder l'action uniquement sur le moyen tiré du caractère abusif du licenciement d'un représentant élu des travailleurs. Il fallait en tout cas développer en parallèle l'autre moyen, comme certains candidats l'avaient fait. Du reste, l'avantage prétendu de la solution retenue par le recourant, à savoir qu'elle aurait permis d'obtenir une indemnité correspondant à six mois de salaire contre seulement deux mois en faisant valoir le moyen tiré du non-respect de la procédure de licenciement collectif, doit être relativisé: au vu de l'énoncé du cas et des critères jurisprudentiels applicables à la fixation de l'indemnité (effets économiques du licenciement, situation matérielle des parties, âge et difficultés de réinsertion du travailleur licencié, durée des rapports de travail, manière dont la résiliation du contrat a été signifiée), on peut exclure que le client fictif ait pu obtenir l'indemnité maximale prévue par la loi. Compte tenu de ce qui précède et au vu des lacunes du travail du recourant relevées dans le "corrigé", la façon de procéder de la Commission d'examens et l'évaluation qu'elle a portée sur ce travail n'apparaissent pas arbitraires. En particulier, on ne saurait dire que celle-ci se soit laissée guider par des considérations sans rapport avec l'examen, comme le recourant l'affirme sans toutefois étayer son propos autrement que par l'allégation réitérée selon laquelle la solution fondée sur la lettre b de l' art. 336 al. 2 CO serait tout aussi juste que celle attendue par la Commission d'examens. Dans ces conditions, à supposer qu'il soit suffisamment motivé - ce qui est douteux -, le grief d'arbitraire doit être rejeté.

E. 4.1

En relation avec l'examen oral, le recourant fait valoir que l'absence de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers constitue un vice de procédure qui a eu des conséquences sur le résultat de son examen. L'autorité intimée aurait admis arbitrairement le contraire. Serait également arbitraire l'affirmation de l'autorité intimée selon laquelle ce vice pouvait être réparé par un système de bonus.

E. 4.2

La donnée de l'examen évoquait le cas de A._____, qui était resté à Genève alors qu'il était sous le coup d'une expulsion judiciaire exécutoire. Celui-ci était hébergé par B._____, qui était au courant de sa situation irrégulière. Bien qu'il n'ait pas eu de permis de conduire, A._____ avait emprunté la voiture de son logeur - sans lui donner les vraies raisons de cet emprunt - pour se livrer à une course-poursuite à travers les rues de Genève. Il avait alors happé un piéton qui traversait la chaussée hors du passage protégé, en compagnie de sa femme et de son fils de 12 ans, avant de prendre la fuite. Le piéton était décédé par la suite. Les candidats devaient exposer ce que A._____ risquait d'un point de vue pénal, en indiquant les chefs d'inculpation retenus contre lui, et faire un résumé de la procédure. Ils devaient aussi traiter des conséquences financières de l'accident pour A._____ et "éclairer [ce dernier] sur le sort de B._____ dans cette dramatique affaire". Ainsi, comme la Commission d'examens l'a relevé dans sa détermination en procédure cantonale, l'examen portait essentiellement sur les conséquences pénales et civiles de l'accident de la circulation. Au plan pénal, il s'agissait en particulier d'établir les chefs d'inculpation retenus contre A._____. A cet égard, le fait que celui-ci se trouvait en situation irrégulière avait une importance, dans la mesure où il se rendait coupable de rupture de ban (art. 291 CP). La Commission d'examens n'a pas attendu des candidats qu'ils évoquent le problème des infractions à la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers et n'a donc retranché aucun point à ceux qui ne l'avaient pas fait. Dans ce sens, le texte de loi en cause n'était pas nécessaire pour résoudre le cas. En outre, les candidats pouvaient déduire de l'absence de ce texte qu'ils n'avaient pas à traiter le problème des infractions à la législation en question, ce d'autant que l'examen portait clairement sur les conséquences de l'accident. Cela relativise fortement l'effet déstabilisant de l'absence de ce texte. Dans ces conditions, il n'est pas arbitraire de considérer que le fait que la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers n'était pas mise à la disposition des candidats ne constitue pas un vice de nature à remettre en cause la validité de l'examen. Du reste, le recourant n'indique pas quelle disposition du droit cantonal - notamment du règlement d'application de la loi genevoise sur la profession d'avocat (du 5 juin 2002; RS/GE E 6 10.01) - la Commission d'examens aurait interprétée ou appliquée arbitrairement en procédant de la sorte.

E. 5

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours dans la mesure où il est recevable. Succombant, le recourant supporte les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF) et n'a pas droit à des dépens (art. 68 al. 1 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.