

GE_GERICHTE ATA/225/2010 vom 30. März 2010

GE Cour de justice, 2010-03-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_225_2010

FR: GE_GERICHTE ATA/225/2010 du 30 mars 2010

IT: GE_GERICHTE ATA/225/2010 del 30 marzo 2010

Erwägungen

E. 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 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

- 11/17 - A/1462/2009

E. 2

L'objet du recours est la notation du module 2 de l'examen du certificat subi par la recourante à la 196^{ème} session, à l'occasion de sa troisième tentative.

E. 3

Les examens permettant d'obtenir le certificat sont énumérés aux art. 19 et 20 RRDBH. Les connaissances du candidat sont appréciées par une note allant de 0 à 6. Pour obtenir le certificat, le candidat doit totaliser au moins 16 points avec une moyenne de 4 points dans chaque branche (art. 21 RRDBH).

E. 4

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les autorités de recours appelées à statuer en matière d'examens observent une certaine retenue en ce sens qu'elles ne s'écarterent 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 (Arrêt du Tribunal fédéral B_1621/2008 du 3 juillet 2008 et les réf. citées). Et le Tribunal fédéral de poursuivre « par ailleurs, dans le cadre de la procédure de recours, les examinateurs dont des notes sont contestées ont l'opportunité de se déterminer lors de l'échange d'écritures (...). Il faut toutefois que les examinateurs se déterminent sur tous les griefs pertinents dûment motivés par le recourant et que leurs explications soient compréhensibles et convaincantes.

Enfin, pour le Tribunal fédéral, la retenue dans le pouvoir d'examen n'est toutefois admissible qu'à l'égard de l'évaluation proprement dite des prestations. En revanche, dans la mesure où le recourant conteste l'interprétation et l'application de prescriptions légales ou s'il se plaint de vices de procédures, l'autorité de recours doit examiner les griefs soulevés avec un plein pouvoir de cognition sous peine de déni de justice formel.

E. 5

Au titre de grief formel, la recourante invoque une violation de son droit d'être entendue au motif notamment qu'elle n'a pas reçu, avant l'expiration du délai du recours, une explication détaillée relative aux notes contestées, qu'il n'y a pas eu de séance de correction et que les éléments fournis par la commission à l'appui de ses écritures devant le Tribunal administratif ne permettent pas de connaître point par point la manière dont son travail a été

apprécié.

a. Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) implique notamment 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'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (Arrêts du Tribunal fédéral 1C.33/2008 du 20 mai 2008 consid. 2.1 ; 1B.255/2007 du 24 janvier 2008 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/489 2008 du 23 septembre 2008 consid. 7). 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'art. 29 al. 2 Cst. si elle

- 12/17 - A/1462/2009 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 (ATA/142/2010 du 2 mars 2010).

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'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. 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'art. 29 al. 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 (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/31/2008 du 22 janvier 2008 et les réf. citées).

Par ailleurs, si le droit cantonal n'en dispose pas autrement, la Cst. n'exige pas que la motivation soit fournie par écrit ; selon les circonstances, elle peut être orale. De même, l'art. 29 al. 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).

c. Ni la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21), ni le RRDBH ne mentionne de règles sur la manière de corriger les épreuves du certificat.

En l'espèce, il n'y a pas eu de séance de correction organisée par la commission.

En revanche, dans le cadre de la procédure de recours, Mme J _____ a eu l'occasion de prendre connaissance de la manière dont ses examens ont été corrigés et toutes les explications utiles lui ont été données. Elle a pu s'exprimer par écrit en produisant des observations complémentaires conformément à l'art. 18 LPA.

Si donc il y a eu une violation de son droit d'être entendue à cet égard, force est de constater qu'elle a été réparée par la procédure de recours.

d. La recourante invoque également une violation de son droit d'être entendue dans la mesure où elle n'a été autorisée qu'à consulter partiellement son dossier.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit de consulter le dossier trouve sa limite dans les intérêts publics de l'Etat et dans les intérêts légitimes de tiers au maintien du secret (ATF 121 I 225 consid. 2a).

- 13/17 - A/1462/2009

Il convient donc d'examiner si les limites posées par la commission au droit de consulter le dossier dans le domaine des examens de cafetier sont compatibles avec les principes tirés du droit d'être entendu, respectivement si elles sont conformes aux exigences imposées par le principe de la proportionnalité sous l'angle des règles de l'aptitude et de la nécessité.

En l'espèce, la seule question déterminante est celle de savoir si les intérêts publics ou privés invoqués pour limiter le droit de consulter le dossier peuvent être qualifiés d'importants au point d'imposer que le secret soit gardé.

Dans un arrêt concernant les examens de médecine selon un système QCM, le Tribunal fédéral a retenu qu'une comparaison entre les différentes sessions d'examens serait tronquée s'il était possible à des candidats d'accéder librement aux questionnaires des examens précédents et de s'exercer avec, voire de les apprendre par cœur, pour préparer la session à venir. Le même raisonnement peut s'appliquer mutatis mutandis au cas d'espèce. Il faut dès lors admettre que les limites posées en l'espèce au droit de consulter le dossier d'examens sont dictées par un intérêt public important et prépondérant. Il sied de relever qu'en tout état, les pièces du dossier mises à la disposition de la recourante sont de nature à lui permettre de vérifier l'appréciation de son travail d'examens et de se déterminer dans le cadre de la procédure de recours. Cette mesure apparaît conforme au principe de proportionnalité sous l'angle de l'aptitude et de la nécessité, elle n'est ainsi pas, dans son principe constitutive d'une violation du droit d'être entendu (Arrêt du Tribunal fédéral B-1621/2008 du 3 juillet 2008).

Dans la mesure susdécrite, la consultation du dossier est également compatible avec le principe de la proportionnalité au sens étroit. Comme l'a retenu le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité, toutes les questions d'un examen peuvent en principe constituer de potentielles questions d'ancrage dans des sessions d'examens ultérieures. Il est dès lors normal et cohérent qu'aucune question ne puisse devenir publique. Pour les mêmes motifs, l'interdiction de recopier entièrement les questions de manière manuscrite ou en recourant à l'usage d'un procédé mécanique comme le dictaphone ou la photocopie n'apparaît pas critiquable. Au demeurant, la recourante n'a nullement été empêchée de prendre des notes synthétiques pour faire valoir ses droits. Dans le cadre de l'instruction menée par le tribunal de céans, la recourante a pu consulter ses copies d'examens, n'étant toutefois pas autorisée à en faire des copies. Dès lors qu'aucune autre mesure moins restrictive permettant d'atteindre le but recherché n'est envisageable, l'interdiction de reproduire intégralement les questions d'examens ne viole pas le principe de la proportionnalité au sens étroit.

E. 6

La recourante ne conteste pas tant les points qui lui ont été attribués que ceux qui auraient dû l'être, selon elle. Ce faisant, Mme J_____ oppose sa propre appréciation de ses prestations à celle des examinateurs en demandant que ses notes soit réévaluées.

- 14/17 - A/1462/2009

En ce qui concerne l'examen « connaissances de droit », la recourante admet qu'elle a apporté plusieurs réponses partielles aux questions posées et que dès lors, elle avait droit à

des points supplémentaires. Ainsi par exemple à la question 3 du groupe A, elle avait répondu de manière juste à toutes les questions sauf à une. Cette question valait 4 points alors qu'elle s'en était vu attribuer 3,5. La seule erreur qu'elle avait commise ne justifiait pas l'abaissement d'un demi- point.

S'agissant du groupe B question 2, elle avait répondu que le contrat était nul car il était immoral de vouloir liquider sa belle-mère alors que la réponse attendue était que le contrat était nul car son objet était illicite. Or, le but de la question posée n'était pas tant de savoir si une telle action était immorale ou illicite mais bien de tester les connaissances du candidat sur la question de la nullité et l'annulabilité d'un contrat d'une part, et les différentes causes de nullité du contrat, d'autre part.

De la même manière, la recourante conteste la manière dont son examen « assurances sociales - salaires », partie « décomptes salaires » a été apprécié. Or, il apparaît que pour les quatre cas soumis aux candidats, la recourante a donné certaines réponses correctes et d'autres réponses fausses, en particulier et dans tous les cas, elle a fait une mauvaise utilisation du barème LPP. Elle a également donné des réponses fausses concernant le calcul de l'impôt à la source (salaires A et B). Elle s'est encore fourvoyée dans des réponses concernant le salaire fixe et le délai d'attente dans le calcul du salaire d'une personne en arrêt maladie (salaire C) et enfin elle a donné des réponses inexactes concernant le calcul des vacances et des jours fériés et du 13ème salaire concernant le salaire D.

L'expert entendu par le Tribunal administratif a clairement précisé qu'au vu des réponses données, la recourante ne maîtrisait pas son sujet.

C'est le lieu de rappeler ici que le Tribunal administratif, qui ne peut pas statuer en opportunité (art. 61 al. 2 LPA), n'est pas compétent pour modifier une note d'examen, soit parce qu'elle n'apparaît pas justifiée, soit en utilisant la pratique du « coup de pouce » qui permet de rehausser une note. Le tribunal de céans ne peut, en cas d'admission d'un tel recours, qu'annuler la décision qui lui est soumise avec pour conséquence, soit le renvoi du dossier à l'autorité inférieure pour qu'elle statue à nouveau, soit l'annulation de l'examen et la possibilité pour le candidat de se soumettre à une nouvelle épreuve (ATA C. du 9 septembre 1997 ; K. du 6 octobre 1992 ; K. du 6 mars 1991).

En d'autres termes, il n'appartient pas au Tribunal administratif de substituer son appréciation à celle de la commission, ni de refaire l'examen.

Le tribunal de céans ne peut que constater que les deux correcteurs ont non seulement justifié l'attribution des points à la recourante, mais encore que la

- 15/17 - A/1462/2009 présence de deux experts pour les épreuves écrites offre au candidat des garanties très sérieuses d'objectivité (ATA/249/2000 du 18 avril 2000).

Il résulte de ce qui précède que le Tribunal administratif ne saurait qualifier d'arbitraire le nombre de points attribués à la recourante, sous réserve de 2 points supplémentaires que la commission accepte de lui accorder pour la réponse à la question 15, groupe de questions B de l'épreuve « connaissances de droit ». Il s'ensuit que le total des points obtenus par la recourante est de 86 sur 180 soit une moyenne de 47,8 % ce qui reste malgré tout insuffisant.

E. 7

La recourante allègue que l'examen de cafetiers violerait la liberté économique garantie par l'art. 27 al. 1 Cst. En vertu de cette disposition fondamentale, cette liberté « comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice ». De façon générale, cette disposition constitutionnelle a pour but de protéger toute activité économique privée tendant à la production d'un gain, soit toute activité exercée par une personne dans un but lucratif (A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, volume II, les droits fondamentaux, 2ème édition 2006, n° 876 et ss). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'exigence d'un certificat pour l'exploitation des cafés et des restaurants est conforme à la liberté économique (Arrêt du Tribunal fédéral du 6 juillet 1999 in semaine judiciaire 2000, p. 177). En droit genevois, celle-là est consacrée aussi bien dans la LRDBH que le RRDBH et fait partie des restrictions de police compatibles avec l'exercice de la liberté en cause pour autant qu'elle repose sur une base légale. Or, tel est le cas en l'espèce.

Outre que le grief soulevé par la recourante n'est pas fondé dans son principe, le fait d'exiger des futurs tenanciers d'un établissement public un minimum de connaissances dans les domaines du droit du travail, des contrats, des étrangers, des assurances sociales répond à un intérêt public évident, ne serait-ce que pour assurer la protection des travailleurs concernés.

E. 8

Enfin, la recourante n'a pas démontré que la commission aurait pour pratique de procéder à des cas de repêchage. Au contraire, l'un des experts a confirmé qu'il n'avait jamais assisté à une telle pratique (témoin M_____). Quant à l'autre expert, il a expliqué que lors de la séance plénière la commission discutait des cas limites en examinant cas échéant s'il était possible d'attribuer davantage de points que ceux qui avaient été octroyés (témoin C_____).

E. 9

Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 250.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe. Les frais de procédure, soit CHF 560.- de taxes témoins, seront également mis à la charge de la recourante. Il ne lui sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 LPA). * * * * *

- 16/17 - A/1462/2009

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