

VD_OMNI GE.2014.0086 vom 17. November 2014

VD Tribunal cantonal, 2014-11-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2014.0086

FR: VD_OMNI GE.2014.0086 du 17 novembre 2014

IT: VD_OMNI GE.2014.0086 del 17 novembre 2014

Regeste

A. X. _____ c/Cour administrative du Tribunal cantonal | Recours contre un échec définitif aux examens d'avocat. Grief d'inégalité de traitement lié au déroulement de la phase précédant l'examen oral: contrairement aux autres candidats, le recourant n'aurait pas eu de transition entre la phase de préparation (20 minutes pour traiter le casus) et l'entrée en salle d'examen. Rejet du recours (aussi) sur ce point: cette inégalité prétendue n'a pu avoir une influence significative sur la prestation du recourant (consid. 2). Recours au TF rejeté par arrêt 2D_1/2015 du 4 mai 2015.

Erwägungen

E. 1

a) Aux termes de l'art. 98 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36), le recourant peut invoquer la violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) et la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). Le pouvoir d'appréciation du tribunal ne s'étend donc pas au contrôle de l'opportunité d'une décision. b) En matière de contrôle judiciaire des résultats d'examens, le Tribunal fédéral, dans le cadre du recours constitutionnel subsidiaire – le recours en matière de droit public étant irrecevable en vertu de l'art. 83 let. t de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110) –, ne revoit l'application des dispositions cantonales régissant la procédure d'examen que sous l'angle restreint de l'arbitraire et observe une retenue particulièrement marquée lorsqu'il revoit les aspects matériels de l'examen, même des épreuves portant sur l'aptitude à l'exercice d'une profession juridique, cela par souci d'égalité de traitement (ATF 136 I 229 consid. 6.2; 131 I 467 consid. 3.1; arrêt 2D_53/2009 du 25 novembre 2009 consid. 1.4). Même si elle dispose d'un libre pouvoir d'examen de la légalité en fait et en droit, plus large que celui du Tribunal fédéral restreint à l'arbitraire, la Cour de droit administratif et public, à la suite du Tribunal administratif, s'impose une certaine retenue lorsqu'elle est appelée à connaître de griefs relatifs à l'appréciation de prestations fournies par un candidat lors d'épreuves d'examens scolaires, universitaires ou professionnels. En effet, déterminer la capacité d'une personne à obtenir un grade ou à exercer une profession suppose des connaissances techniques, propres aux matières examinées, que les examinateurs sont en principe à même d'apprécier. Le contrôle judiciaire se limite dès lors à vérifier que les examinateurs n'ont pas excédé ou abusé de leur pouvoir d'appréciation, soit à s'assurer qu'ils ne se sont pas basés sur des considérations hors de propos ou de toute autre façon manifestement insoutenables. Cette réserve s'impose au tribunal quel que soit l'objet de l'examen et, en particulier, également si l'épreuve porte sur des questions juridiques. Ainsi, en d'autres termes, le choix et la formulation des questions, le déroulement de l'examen et surtout l'appréciation des connaissances scientifiques d'un étudiant ou d'un candidat relèvent avant tout des

examineurs, à moins cependant que les critères d'appréciation retenus par ceux-ci ne s'avèrent inexacts, insoutenables ou à tout le moins fortement critiquables, auquel cas l'autorité de recours doit pouvoir les rectifier et fixer librement une nouvelle note, comme l'a retenu la Cour plénière du Tribunal cantonal en admettant le recours en réforme d'un avocat-stagiaire contre son échec aux examens du barreau (arrêt non publié du 7 mars 2000, cité dans l'arrêt GE.2000.0135; cf. aussi arrêts GE.2011.0003 du 9 juin 2011; GE.2010.0222 du 29 février 2012 consid. 2a) . La Cour de droit administratif et public, compte tenu de la retenue particulière qu'elle s'impose par souci d'égalité de traitement, n'entre cependant en matière sur la demande de rectification d'une note pour en fixer librement une nouvelle que lorsque le recourant allègue un grief tel que la note attribuée apparaît manifestement inexacte, au regard de la question posée par l'expert et de la réponse donnée (arrêts GE.2013.0125 du 17 septembre 2013 consid. 2; GE.2011.0209 du 11 mai 2012 consid. 1d; GE.2011.0003 précité consid. 1c [arrêt confirmé par TF 2D_38/2011 du 9 novembre 2011]; GE.2008.0123 du 15 octobre 2009 consid. 2c et les références). La retenue dans l'examen n'est 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 se plaint de vices de procédure, l'autorité de recours doit examiner les griefs soulevés sans retenue. Selon le Tribunal fédéral, les questions de procédure se rapportent à tous les griefs qui concernent la façon dont l'examen ou son évaluation se sont déroulés (ATF 106 Ia 1 consid. 3c; cf. aussi arrêts GE.2012.0066 du 22 avril 2013 consid. 2; GE.2011.0002 du 16 mai 2011 consid. 2). Le Tribunal fédéral a considéré qu'en matière d'appréciation de travaux d'examens, l'autorité de recours cantonale disposant d'un plein pouvoir d'examen peut restreindre sa cognition à la question de l'arbitraire sans pour autant violer l'art. 4 de l'ancienne Constitution fédérale (art. 8 de la nouvelle Constitution fédérale), sauf lorsque le recours porte sur l'interprétation ou l'application de prescriptions légales ou si le recourant se plaint de vices de procédure, auxquels cas l'autorité de recours doit examiner les griefs soulevés avec pleine cognition, sous peine de commettre un déni de justice formel (ATF 106 Ia 1; cf. aussi ATF 136 I 229 consid. 5.4.1 et 6.2).

E. 2

En relation avec l'examen oral, le recourant soulève un grief formel, qu'il convient d'examiner en premier lieu. a) Le recourant expose que l'organisation de l'examen oral comporte trois phases: une période de préparation de vingt minutes, une période de transition de cinq minutes, où le candidat change de salle, et l'examen oral proprement dit qui dure vingt minutes. La phase de transition de cinq minutes permettrait aux candidats "de finaliser la préparation des affaires utiles à l'examen en fonction du cas qui leur est soumis" et de continuer éventuellement l'étude du cas; surtout, elle serait "essentielle pour leur concentration et mobilisation". Or, le recourant n'aurait pas pu bénéficier des cinq minutes intermédiaires de la même manière que les autres candidats, en violation du principe d'égalité. Il fait valoir ce qui suit: "A l'issue du temps de préparation, l'huissier a en effet demandé au recourant de bien vouloir patienter «un instant» debout devant la porte. Cette situation incongrue s'est prolongée pendant les cinq minutes de transition (le recourant croit savoir que l'huissier discutait avec la candidate précédente). A peine le recourant avait-il quitté la salle de préparation que la porte d'examen s'est ouverte et qu'un membre de la commission l'a invité à entrer en salle d'examen. Le recourant est entré dans la salle d'examen, de facto valise à la main. Confus, il s'est alors penché sur sa valise pour sortir ses affaires qui n'étaient pas préparées. Pour ne rien arranger, des feuilles ont glissé de sa valise pour se répandre par terre, contraignant le recourant à devoir s'agenouiller, donnant à coup

sûr une image de lui de quelqu'un de totalement désorganisé. Le recourant a finalement commencé sa présentation en retard et en plein désarroi. Il connaissait pourtant bien les modalités d'examen pour les avoir déjà passés deux fois précédemment. Le recourant a hésité à expliquer à la commission ce qui s'était passé; il s'en est toutefois abstenu, ne voulant pas créer de problèmes ou donner l'image d'un râleur. Mal lui en a peut-être pris dans la mesure où il n'a pas été à son affaire durant l'examen. [...] En se comportant comme il l'a fait in casu - certes de manière involontaire - l'huissier a créé une situation inégale et injuste. Les modalités de l'examen n'ont en effet pas été respectées. En n'avertissant pas le recourant que ce dernier allait passer cinq minutes debout derrière une porte en pleine expectative, l'huissier a empêché le recourant d'être en mesure de préparer les documents et ouvrages utiles, de continuer la préparation de son casus et de se concentrer, ou simplement d'attendre dans le calme. Le recourant n'est donc pas entré dans la salle d'examen dans les conditions normales et égales aux autres candidats. En outre, l'image donnée par le recourant a dû être désastreuse et lui porter préjudice. Par conséquent, la note obtenue est susceptible d'avoir été tronquée au détriment du candidat. Celle-ci doit donc être réévaluée tenant compte des circonstances qui ont largement péjoré sa prestation. La note est entachée d'arbitraire, dans la mesure où elle ne reflète ni les compétences ni la prestation qu'aurait effectuée le candidat s'il avait pu bénéficier de conditions normales." Dans sa réponse, l'autorité intimée a notamment relevé qu'à l'instar du recourant, plusieurs candidats étaient entrés dans la salle d'examen une valise à la main et qu'ils avaient pris quelques secondes pour en sortir les codes et lois utiles à la résolution du casus. Dans sa réplique, le recourant conteste que "plusieurs candidats" soient entrés en salle d'examen valise à la main et sans leurs affaires préparées. Il demande que ce point fasse l'objet d'une instruction, de même que la question de savoir ce que les autres candidats ont fait durant la phase de transition de cinq minutes. Le recourant a en outre précisé qu'il n'était pas sorti de la salle de préparation à 15h15, comme le prévoyait le programme, mais à 15h20. Il était alors immédiatement entré dans la salle d'examen. b) La protection de l'égalité (art. 8 Cst.) et celle contre l'arbitraire (art. 9 Cst.) sont étroitement liées (ATF 138 I 321 consid. 3.2 p. 324; 138 II 398 consid. 3.6.1 p. 419). Une décision est arbitraire lorsqu'elle ne repose pas sur des motifs sérieux et objectifs ou n'a ni sens ni but. Elle viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 136 II 120 consid. 3.3.2 p. 127; 133 I 249 consid. 3.3 p. 254/255; 131 I 1 consid. 4.2 p. 6 s.). c) En l'occurrence, il n'apparaît pas que le fait que le recourant ait passé les cinq minutes de transition devant la porte de la salle de préparation plutôt que devant celle de la salle d'examen se rapporte à une situation de fait importante, au sens de la jurisprudence précitée. L'important était en effet qu'il soit conscient de ce que la phase de préparation était terminée et qu'il allait incessamment passer à la phase de l'examen proprement dit. Si le fait qu'il restait à attendre devant la porte de la salle de préparation lui semblait étrange, notamment par rapport au déroulement des examens lors des deux tentatives précédentes, il lui appartenait d'en faire part à l'huissier qui lui avait demandé de patienter "un instant" debout devant la porte en question. Qu'il ne l'ait pas fait donne à penser qu'il n'était pas surpris outre mesure de la tournure des événements. Quoi qu'il en soit, il faut garder à l'esprit que la phase de transition faisait suite à la préparation

qui avait duré vingt minutes – le recourant ne se plaignant à aucun moment de ce qu'il n'aurait pas bénéficié du même temps de préparation que les autres candidats. Dans ces conditions, à supposer que l'enchaînement inattendu des événements ait jusqu'à un certain point décontenancé le recourant, les conséquences sur le déroulement de l'examen et sur sa prestation ont été limitées par le fait qu'il avait eu connaissance du casus auparavant et avait pu se préparer. L'effet éventuellement "destabilisant" de la façon dont les choses se sont succédées n'a pu, en effet, selon l'expérience de la vie, affecter l'attention et la concentration du recourant que pendant un temps limité au début de l'examen. Cela n'a pu avoir une influence significative sur la prestation du recourant. Il aurait éventuellement pu en aller différemment si le casus avait été exposé oralement au candidat durant les premières minutes de l'examen, mais tel n'était précisément pas le cas. En réalité, le recourant a admis lui-même que la piètre qualité de sa prestation n'était pas due à un effet de surprise lié au déroulement inattendu des événements avant de pénétrer dans la salle d'examen, lorsqu'il a déclaré à la commission, au terme de l'épreuve, n'avoir guère pratiqué le droit du divorce. Le recourant tente certes de lier ces propos tenus à l'issue de l'examen à l'embarras dans lequel il s'est trouvé au début (cf. mémoire de recours pt 3.3), mais cela ne paraît guère crédible. Du moment que l'inégalité de traitement dont le recourant fait état n'a pu avoir une influence significative sur sa prestation, le grief tombe à faux et il n'y a pas lieu d'instruire sur le point de savoir comment la phase de transition s'est déroulée pour les autres candidats.

E. 2.2

Corrigé du casus no 2 Le/a candidat/e doit pouvoir exposer la stratégie à adopter dans ce dossier comme suit: - Ouvrir action en complément du jugement de divorce pour obtenir une décision valable et exécutoire sur le partage de la LPP (son principe et les montants). - Parallèlement à cette action civile, il convient d'ouvrir une procédure pénale afin de faire constater que le titre présenté à la Caisse LPP par l'époux de la cliente est un faux. - En parallèle ou une fois le faux établi et le principe et la quotité du partage LPP établis, il conviendra alors de récupérer le montant dû à la cliente. Dans ce contexte, au vu du domicile à l'étranger de l'ex-mari et des inconnues quant à sa solvabilité, il serait éventuellement envisageable d'ouvrir action contre la Caisse LPP. A. Action en complément (ou complètement) du jugement de divorce en Suisse - La jurisprudence admet que, par une procédure de complément (ou complètement) du jugement de divorce, l'on puisse combler, par une procédure subséquente, les lacunes du jugement de divorce dues à une inadvertance, une erreur de droit ou l'ignorance d'un fait par le juge (ATF 108 II 381 c. 4, JT 1984 I 84; TF 5A_549/2011 c. 3.1, du 31 mai 2012). En matière internationale, une telle procédure peut intervenir pour procéder au partage des avoirs de prévoyance de l'un des époux ayant exercé une activité lucrative en Suisse (ATF 134 III 661, c. 3.2 ; ATF 131 III 289, c. 2.8, JT 2006 I 74; cf. Bohnet, Actions civiles, § 17, n. 5, p. 214 et les réf. cit.). Il y a une telle lacune lorsque l'époux étranger retourne dans son pays d'origine pour ouvrir action en divorce et obtenir un jugement de divorce qui s'abstient de disposer des avoirs de prévoyance en Suisse ou qui en dispose de manière incompatible avec le droit suisse (Bucher, Commentaire romand LDIP, n. 14 ad art. 64 LDIP, p. 523). - Les tribunaux suisses sont compétents s'ils ont prononcé le jugement de divorce ou s'ils sont compétents en vertu des art. 59 ou 60 LDIP (art. 64 al. 1 LDIP). En l'occurrence, les tribunaux suisses du domicile de la demanderesse sont compétents car la cliente demanderesse est domiciliée en Suisse (par hypothèse depuis plus d'un an), à Lausanne, ce qui suffit à créer un for en Suisse (art. 59 al. 1 let. b LDIP). - Le droit applicable à l'action en complément de divorce

est le droit applicable au divorce (art. 64 al. 2 LDIP). L'art. 15 al. 1 LDIP – qui prévoit qu'exceptionnellement, le droit désigné par la LDIP ne s'applique pas si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit – s'applique, si bien qu'en pratique c'est la loi qui détermine la prévoyance qui entre en ligne de compte (ATF 131 III 291; Bucher, op. cit., n. 18 ad art. 64 LDIP, p. 524). Ainsi, si le jugement étranger de divorce ne règle pas le sort de la prévoyance, il n'y a pas de raison de s'en remettre aux règles de conflit sur le divorce du for étranger; la solution serait donc la même que celle qui aurait prévalu si le divorce avait été prononcé en Suisse et selon le droit suisse (Bucher, op. et loc. cit.). C'est la raison pour laquelle la doctrine est d'avis qu'il faut suivre le droit applicable au rapport de prévoyance, et non au divorce, car en procédant de cette manière, tous les couples, suisses ou étrangers, qui disposent d'un avoir de prévoyance dans une institution suisse, seraient traités sur le même plan et bénéficieraient du partage selon l'art. 122 CC (Bucher, n. 19 ad art. 64 LDIP et les réf. cit.). En l'espèce, le droit du divorce était (vraisemblablement) le droit argentin; si tel était le cas, cela n'aura pas d'incidence car, au vu des principes rappelés plus haut, c'est le droit suisse qui s'appliquera au rapport de prévoyance, s'agissant d'avoirs accumulés en Suisse auprès d'une institution suisse. - La demanderesse à l'action est la cliente. - Le défendeur à l'action est son ex-époux. - La procédure est régie par les dispositions spécifiques au droit matrimonial (art. 274 ss CPC, par renvoi de l'art. 284 al. 3 CPC à la procédure de divorce sur requête unilatérale, qui s'applique par analogie; Tappy, in Bohnet et alii, CPC Commenté, n. 15 ad art. 284 CPC). La procédure ordinaire s'applique à titre supplétif (art. 219 ss CPC). - Les fardeaux de l'allégation et de la preuve sont en principe à la charge du demandeur. Il incombera donc à la cliente d'alléguer et de prouver l'existence de la lacune dans le jugement de divorce, en l'occurrence le fait que le sort des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés en Suisse durant le mariage n'a pas été réglé (Bohnet, op. cit., § 17, n. 9 p. 214 et n. 15 p. 216). - La cliente devra donc déposer une demande selon l'art. 290 CPC. La procédure en complément de divorce, à l'instar de la procédure de divorce unilatérale, n'est pas précédée d'une procédure de conciliation séparée devant une autorité de conciliation (art. 198 let. c CPC); la conciliation sera tentée par le juge saisi de la cause (art. 291 CPC). - La compétence locale est au domicile (art. 23 CC et 10-11 CPC) de l'une des parties (art. 23 al. 1 CPC), en l'occurrence celui de la demanderesse. Le juge matériellement compétent pour prononcer le divorce en Suisse l'est également pour procéder au complément (Bohnet, op. cit., § 17 n. 12, p. 215 et les réf. cit.). S'agissant de la compétence matérielle, l'art. 7 al. 1 ch. 5 CDPJ prévoit la compétence du Tribunal d'arrondissement. Ainsi, est compétent le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne. - Les conclusions de l'action pourraient être les suivantes: • Le jugement de divorce rendu le 1^{er} novembre 2013 par l'autorité judiciaire argentine est lacunaire (conclusion constatatoire facultative). • Partant le jugement de divorce rendu 1^{er} novembre 2013 est complété de la manière suivante: · Principalement, les avoirs LPP des parties sont partagés conformément à l'article 122 CC (I); · Subsidiairement, le défendeur est le débiteur de la demanderesse d'une indemnité équitable au sens de l'article 124 CC et lui doit immédiat paiement à ce titre d'un montant déterminé en fonction des précisions découlant de l'instruction, mais d'au moins CHF 45'000.- (II). - Le Tribunal d'arrondissement devra donc trancher à titre préalable le point de savoir si un cas de prévoyance est survenu. S'il estime qu'aucun cas de prévoyance n'est survenu, il admettra la conclusion I. Sur le principe, chaque époux a droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint, conformément à l'art. 122 CC ; si le tribunal admet que le montant des prestations de sortie est fixé, par

hypothèse aux montants ressortant de la donnée, la cliente aurait droit à la différence entre les deux créances réciproques (art. 122 al. 2 CC), soit CHF 45'000.- (CHF 150'000.- + CHF 60'000.-, divisés par deux, égale CHF 105'000.-; CHF 105'000.- - CHF 60'000.- = CHF 45'000.-); si au surplus les institutions de prévoyance concernées lui confirment le caractère réalisable du transfert du montant précité, le tribunal doit ordonner directement ce transfert (art. 280 al. 1 CPC); toutefois, en l'occurrence, il est très probable, au vu des circonstances, que l'institution de prévoyance de l'ex-mari ne fournisse pas cette attestation, auquel cas le juge du complément du divorce devra, à l'entrée en force de sa décision sur le partage, déférer d'office l'affaire au tribunal compétent en vertu de la LFLP (art. 281 al. 3 CPC), soit dans le canton de Vaud à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal (CASSO; art. 83b LOJV; art. 93 al. 1 let. d LPA); cette autorité devra exécuter d'office le partage sur la base de la clé de répartition déterminée par le juge du complément de divorce (art. 25a al. 1 LFLP); cependant, la CASSO pourrait encore constater que le partage des prestations de sortie est impossible et transmettre d'office la cause au juge du divorce pour qu'il statue sur une indemnité équitable, après avoir entendu les parties (ATF 136V 225, c. 5). Si le Tribunal d'arrondissement estime d'emblée qu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des époux (en l'occurrence pour le mari qui a quitté définitivement la Suisse pour un pays hors UE et AELE), et que le partage n'est de ce fait plus possible, il admettra la conclusion subsidiaire II. La cliente aura droit à une indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC, fixée en tenant compte de toutes les circonstances du cas concret (ATF 133 III 401, c. 3.2; ATF 131 III 1 c. 4.2: le TF dit que le juge doit la fixer en tenant compte de l'option du législateur, qui est de partager en deux les avoirs de prévoyance, mais qu'il peut adapter ce montant au vu du cas concret, notamment de la situation des parties après le divorce); à noter que, même dans un cas où le mari avait fait une fausse déclaration sur son état civil – omettant de préciser qu'il était marié –, si bien que le consentement de l'épouse de l'art. 5 al. 2 LFLP n'avait pas été requis par l'institution de prévoyance, le TF a jugé qu'un partage n'était plus possible (ATF 133 V 288 c. 4.3). - S'agissant des moyens de preuves, le/a candidat/e devrait penser à faire des réquisitions de production de pièces en mains de l'ancien employeur de l'ex-mari, de la caisse LPP de celui-ci, éventuellement de la Centrale du 2^{ème} pilier prévue par l'art. 24d LFLP, éventuellement de la Caisse cantonale de compensation AVS, ce afin d'obtenir toutes les informations sur les divers montants cotisés au titre du 2^{ème} pilier et sur le versement opéré à tort. - Dans le cadre de l'action déposée en Suisse en complément d'un divorce prononcé à l'étranger, des mesures provisionnelles peuvent être ordonnées en Suisse (ATF 116 II 97; Sprecher, in Spühler/Tenchio/Infanger (éd.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd., n. 19 ad Rem. prélim. art. 261-269), aux conditions de l'art. 276 CPC. Il est donc possible à la cliente de requérir à titre provisionnel et superprovisionnel du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne le blocage du compte bancaire en Suisse de l'ex-mari, sur lequel la caisse de pension a versé la prestation de sortie, en invoquant l'urgence à maintenir intact cet avoir et la vraisemblance du droit de la cliente sur une partie de celui-ci (art. 13 let. a CPC ; art. 43 al. 1 let. e CDPJ ; Bohnet, op. cit., § 17 n. 10, p. 214; Tappy, op. cit., n. 39 ad art. 276 CPC qui cite les restrictions au pouvoir de disposer selon l'art. 178 CC). B. Plainte pénale pour faux dans les titres, faux dans les certificats et escroquerie - Les infractions de faux dans les titres (art. 251 CP) et de faux dans les certificats (art. 252 CP) sont poursuivies d'office. Idem de l'escroquerie (art. 146 CP). Ces infractions, qui sont réprimées plus sévèrement que celle de l'art. 76 LPP, l'emportent sur celle-ci (art. 76 in fine LPP). Il convient toutefois que les faits en cause parviennent à la connaissance des autorités de poursuite pénale, ce que la cliente

peut faire par le biais du dépôt d'une plainte pénale (art. 30 ss CP); cette solution est préférable à une dénonciation car elle lui conférera la qualité de partie et lui permettra le cas échéant de réclamer à son ex-mari la réparation du dommage subi (art. 115 et 118 CP, la cliente étant lésée par l'infraction). - Le CP est applicable à l'ex-mari, la confection de la fausse signature, et l'usage de celle-ci, avec une éventuelle astuce, ayant eu lieu en Suisse; de même, le versement du montant, soit le résultat (art. 3 al. 1 et 8 CP). La plainte pénale doit être déposée selon les formes et devant les autorités prévues par l'art. 304 CPP. L'art. 31 al. 1 CPP déclare compétent pour poursuivre et juger l'infraction l'autorité du lieu où l'acte a été commis ; si les lieux de commission et du résultat sont différents, l'autorité compétente est celle des premiers actes (art. 31 al. 2 CPP). En l'occurrence, les lieux de commission et du résultat ne sont pas précisés, mais on pourra envisager celui de l'ancien domicile en Suisse de l'ex-mari, les locaux de l'institution de prévoyance ou encore le lieu de sa banque. - Point bonus: le principal avantage de la procédure pénale est la faculté de requérir le séquestre pénal du compte bancaire suisse sur lequel le montant LPP a été versé au mari (art. 70 CP et 263 ss CPP). Il s'agit d'un séquestre à des fins de garantie, «en vue de restitution » au sens de l'art. 263 al. 1 let. c. CPP. C. Action contre la Caisse LPP qui a versé les fonds du 2^{ème} pilier en espèces - Les bases légales sont aux art. 73 LPP [...] et 52 LPP. - S'agissant du for et des autorités compétentes, le/a candidat/e doit se référer à: i) l'art. 73 al. 3 LPP pour le for, au siège suisse de l'institution de prévoyance; ii) les art. 83b LOJV et 93 al. 1 let. c LPA fondant la compétence de la CASSO en instance unique. - Les délais de prescription sont fixés à l'art. 52 al. 2 LPP, soit 5 ans dès la connaissance du dommage et de l'auteur de celui-ci, et en tout cas 10 ans dès la date du dommage. - La demanderesse est la cliente et la défenderesse est la Caisse LPP. - S'agissant des conclusions de l'action: le but de l'action est de faire constater la négligence de la caisse de prévoyance lors du versement du montant à l'ex-mari (ATF 128 V 41 ss), et d'obtenir de celle-ci une réparation, soit le versement de la part LPP auquel la cliente a droit ainsi que le paiement d'éventuels dommages-intérêts (intérêts compensatoires, frais d'avocats, etc.). - Question bonus: que se passe-t-il si la CASSO considère que la cliente a subi un dommage causé par la négligence de la caisse et que, partant, la responsabilité de celle-ci est engagée (art. 52 al. 1 LPP) ? La caisse devra payer une seconde fois le montant versé, ce qui est le scénario idéal pour la cliente qui aura alors un débiteur parfaitement solvable. La caisse pourra cependant en demander la restitution à l'ex-mari (ATF 133 V 205).

3.11 M. A. X. _____ (casus 2) Le candidat commence par rappeler les faits et le principe du partage par moitié de la prévoyance professionnelle, posé à l'art. 122 CC. Il calcule une créance de l'épouse contre l'ex-mari de Fr. 45'000.- au titre du partage LPP dans le divorce. Il évoque un élément d'extranéité lié au jugement de divorce argentin et mentionne faussement les art. 59 et 61 LDIP, en concluant à l'application du droit suisse, sans voir que ce sont les règles sur l'action en complément du jugement de divorce, et notamment, l'art. 64 LDIP, qui devraient s'appliquer. De fait, il n'explique pas ni comment ni où doit agir la cliente. Il considère que l'ex-mari avait le droit de retirer sa prestation de sortie en application de l'article 5 LFLP, compte tenu de son départ définitif à l'étranger, sans voir que, selon l'art. 5 al. 2 LFLP, il fallait le consentement de l'épouse et que celui-ci n'a pas été donné valablement. Il propose de séquestrer les fonds se trouvant sur le compte de l'ex-mari en Suisse, en application des art. 270 ss LP et donne quelques précisions s'agissant de la procédure à suivre. Il envisage également un possible faux dans les titres commis par l'ex-mari, qu'il qualifie à tort de faux intellectuel et suggère de déposer une plainte pénale, sans pouvoir préciser son éventuelle utilité. Le candidat mentionne qu'il y a peut-être

quelque chose à faire à l'encontre de l'institution de prévoyance, les art. 73 ss LPP prévoyant une action contre elle, tout en indiquant qu'il n'a pas eu le temps de vérifier ce point. Il mentionne en passant les art. 75 et 76 LPP, sans en tirer de conclusion particulière. Sur question de la Commission qui lui fait remarquer que sa cliente n'a pas de jugement constatant l'existence de la créance dont il a fait état au début de son exposé, le candidat propose finalement de régler la problématique du partage de la prévoyance professionnelle, et ce en passant avec l'ex-mari une convention sur les effets accessoires du divorce. Interpellé au sujet du potentiel désaccord de l'ex-mari avec cette solution conventionnelle, il ne parvient pas à trouver de quelle action disposerait alors la cliente pour récupérer son dû. Après quelques hésitations, il esquisse une possible démarche en modification du jugement de divorce à introduire devant le juge du divorce, sans parvenir à identifier qui du Président du Tribunal d'arrondissement ou du Tribunal d'arrondissement est compétent, ni quelle est la procédure à suivre; après avoir compulsé les lois à sa disposition, il ne parvient pas à fournir de réponse, démontrant qu'il méconnaît les procédures des art. 274 à 293 CPC. Interpellé, il précise que l'action viserait à obtenir le partage de la prestation de sortie de l'ex-mari, mais le candidat n'en trouve pas les bases légales et n'évoque pas du tout la possible survenance d'un cas de prévoyance qui conduirait non pas au partage, mais au paiement d'une indemnité équitable fondée sur l'art. 124 CC. En cours d'exposé, le candidat s'excuse auprès de la cliente en indiquant qu'il ne pratique habituellement pas le droit du divorce. En conclusion, le candidat n'apporte que des réponses très partielles aux problèmes et questions posés. Il passe complètement à côté de l'action en complément du jugement de divorce – pourtant expressément mentionnée à l'art. 64 LDIP – qu'il ne paraît pas connaître. L'exposé du candidat est davantage fondé sur de vagues intuitions que sur de véritables connaissances théoriques. Il en résulte une présentation mal structurée comportant d'importantes lacunes et erreurs, qui n'offre pas de solutions concrètes à la cliente, ni par conséquent ne préserve ses intérêts. La Commission estime que l'épreuve est très insuffisante, et lui attribue la note de

E. 3

Pourrait-il réclamer à B ou C l'apport non versé par Sol Sàrl?

E. 3.11

M. A. X. _____ Question A Le candidat constate d'emblée que, comportant une personne morale, la société ne peut pas être une société en nom collectif, mais seulement une société simple. Il se demande cependant si l'on ne devrait pas admettre qu'en refusant d'effectuer son apport, Sol Sàrl n'a pas manifesté qu'elle n'a pas voulu s'associer, de sorte que la SNC se serait ainsi constituée sans elle. Le candidat opte malheureusement pour cette solution, qui est contraire à la fois aux faits de la donnée, et à la définition du contrat de société simple, dans lequel l'apport est une conséquence de la conclusion du contrat (art. 531 CO) et non une condition de sa formation. Il en déduit que seuls B et C seraient débiteurs de travaux effectués par A, ce qui revient à ignorer la SNC pourtant constituée selon lui. Plus loin, le candidat précise encore que B et C paraissent s'être engagés comme débiteurs solidaires à l'égard de A, et seraient tenus pour 80'000.- chacun selon l'art. 148 al. 1 CO, ce qui montre un mélange entre les questions des rapports externes et internes. Pour l'exigibilité, le candidat hésite entre l'application des règles du mandat ou du contrat d'entreprise, mais ne voit pas celles des règles du contrat de société (s'agissant des recours internes). A la question 3, le candidat répète son erreur du début en admettant que puisque Sol Sàrl n'a fourni aucun apport, elle ne peut être considérée comme associée (!), en

ajoutant, ce qui est juste, que B et C ne peuvent être recherchés. Enfin, quant aux moyens légaux d'éviter la liquidation de la société en cas de faillite de Sol Sàrl, le candidat cite les art. 576 et 547 CO, ce qui est inexact à plusieurs titres: la question ne devrait pas se poser puisque le candidat exclut que la Sàrl soit associée; les art. 547 (?) et 576 CO ne donnent pas de moyen légal, mais conventionnel; les art. 575 et 578 CO ne sont pas mentionnés.

Question B Après avoir exposé les règles des art. 691 et 676 CC, le candidat constate que les parties n'ont pas conclu ni fait inscrire un contrat de servitude de canalisation, se demande si l'art. 691 CC ne donnerait pas de droit à Bolomey et paraît le nier, pour conclure apparemment que Rochat devrait obtenir gain de cause. Sans se prononcer sur ce point, il signale enfin « le risque » que Rochat se fasse opposer sa « mauvaise foi ». A aucun moment, le travail n'examine si l'accord entre les parties ne devrait pas être respecté entre elles (seulement, et non comme servitude). La Municipalité, sur la base de cet avis ne saura pas ce qu'elle doit faire. La commission considère que ce travail est très nettement insuffisant dans ses deux parties et lui attribue la note de 3 ."

b) Concernant le casus A, le recourant défend la solution, retenue par lui, selon laquelle Sol Sàrl n'était pas associée, n'en ayant pas la volonté (l'"animus societatis"), ni la capacité financière. Il relève en particulier que Sol Sàrl n'a effectué aucun apport, alors que selon lui l'apport est un élément constitutif de la société simple. Il fait ainsi valoir que sa solution était parfaitement soutenable et qu'il est "manifestement inexact" de prétendre le contraire, comme l'a fait l'autorité intimée. Il relève ensuite qu'il a apporté "un certain nombre de bonnes réponses", en citant "outre la problématique liée à la nature de la société en cause, la qualification de contrat mixte et ses développements, le principe de responsabilité solidaire et l'art. 148 CO, ainsi que la réponse apportée à l'exigibilité des créances". Selon le recourant, dans ces conditions, il serait manifestement inexact et, partant, arbitraire de qualifier sa prestation de "très nettement insuffisante". S'agissant du casus B, le recourant relève qu'il a expressément évoqué l'art. 691 CC, à l'instar d'une majorité des candidats, ainsi que l'existence d'un contrat oral passé entre les protagonistes. Selon le recourant, la notation de 3 points sur 10 pour les deux casus serait excessivement sévère et arbitraire. Une note de 5 au moins aurait dû lui être attribuée.

c) L'autorité intimée fait valoir qu'au vu de la donnée du casus A, le recourant ne pouvait soutenir la thèse d'une société en nom collectif à trois dont Sol Sàrl n'aurait pas fait partie (solution qu'il aurait été d'ailleurs le seul candidat à retenir). Elle relève notamment que la qualité d'associée de Sol Sàrl ne dépendait pas de l'exécution de la promesse d'apport, mais de la promesse d'apport elle-même, laquelle ressortait de la donnée. En réalité, le recourant n'aurait pas vu l'art. 530 al. 2 CO permettant de retenir l'existence d'une société simple entre les quatre associés. L'autorité intimée passe ensuite en revue les quatre questions posées à la fin du casus A. Elle considère que la réponse apportée par le recourant à la première question était incomplète et fautive, dans la mesure où, non seulement il a exclu Sol Sàrl du cercle des débiteurs, mais encore il n'a pas vu que A était également, comme associé, débiteur de sa propre facture d'architecte, ce qui lui a fait perdre de vue l'extinction de la créance par confusion (art. 118 CO). Pour répondre à la deuxième question, il fallait distinguer entre les rapports externes et internes, ce que le recourant aurait omis de faire. Sur la base du travail du recourant, le client A ne saurait ainsi pas "qu'il avait payé en fait 120'000.- de trop par confusion, puis qu'il pourrait réclamer le tiers de cette somme à chacun de ses trois associés (sous réserve de l'insolvabilité de Sol Sàrl)". La solution du recourant selon laquelle B et C sont chacun tenus à concurrence de 80'000 fr. serait d'ailleurs erronée même dans l'hypothèse – admise par le recourant – où Sol Sàrl n'aurait pas été associée, car cela reviendrait à supprimer toute responsabilité de A (pourtant

associé) pour les dettes de la société. La réponse à la troisième question serait correcte dans son résultat, même si le recourant répète (à tort) que Sol Sàrl n'aurait pas fait partie de la société. Quant à la quatrième question, elle ne recevrait pas de réponse claire. L'autorité intimée considère que, globalement, "malgré quelques indications correctes, par exemple sur la nature du contrat d'architecte, les questions essentielles pour le client n'ont pas reçu de réponse juste, en raison de plusieurs erreurs importantes et même rédhitoires (lecture de la donnée, absence de prise en compte de l'art. 530 al. 2 CO, 'exclusion' d'un associé, omission de distinguer les rapports internes et externes)". Dans ces conditions, l'appréciation de travail "très nettement insuffisant" devrait être maintenue pour le casus A. S'agissant du casus B, l'autorité intimée relève que le mémoire de recours est presque muet. Elle estime pour sa part que l'appréciation contenue dans le rapport de la commission doit être maintenue, compte tenu de l'absence de tout conseil clair à la cliente, ce qui serait rédhitoire. En définitive, l'autorité intimée considère qu'il n'y a pas lieu d'augmenter la note attribuée par la commission (soit 1,5 points pour chacun des casus et donc 3 au total).

d) Dans sa réplique, le recourant conteste "n'avoir pas vu" l'art. 530 al. 2 CO. Il relève qu'au début de son travail, il a évoqué les règles régissant la société simple (art. 530 ss CO et en part. art. 530 al. 1 CO), avant de retenir l'existence d'une société en nom collectif, du fait que Sol Sàrl ne possédait pas, selon lui, l'"animus societatis". e) Au vu de ce qui précède, on ne voit pas que la commission et, à sa suite, l'autorité intimée auraient fondé leur appréciation sur des considérations hors de propos ou de toute autre façon fortement critiquables. En particulier, leur point de vue selon lequel la donnée du casus A excluait de retenir, comme l'a fait le recourant, que Sol Sàrl n'était pas membre de la société, est parfaitement soutenable. Quant à la note attribuée, les griefs du recourant ne parviennent pas à la faire apparaître comme manifestement inexacte. Au regard de la motivation contenue dans le rapport de la commission, ainsi que dans les écritures de l'autorité intimée – et exposée ci-dessus –, l'appréciation effectuée est au contraire tout à fait défendable. L'autorité intimée n'ayant pas excédé ni abusé de son pouvoir d'appréciation en retenant cette note, il n'y a pas lieu de s'en écarter. Le recours est mal fondé en tant qu'il porte sur la consultation écrite sur une question de droit privé.

E. 4

." b) Le recourant conteste trois points figurant dans le compte-rendu et corrigé de son examen, tel qu'il vient d'être reproduit: - En relation avec l'art. 5 LFLP, le recourant admet avoir été "confus" dans un premier temps. Par la suite, toutefois, la question lui aurait été posée à nouveau et il aurait alors réitéré sa réponse, cette fois de manière claire, en indiquant que le mari n'avait pas le droit de retirer sa prestation de sortie sans l'accord de sa femme. - S'agissant de savoir qui du président du tribunal d'arrondissement ou de ce tribunal était compétent, le recourant aurait finalement donné la bonne réponse, en désignant le tribunal d'arrondissement. Il aurait en outre mentionné l'art. 23 CPC en relation avec le for de l'action, ce que la commission aurait omis de faire figurer dans son rapport. - Il serait inexact qu'il ait méconnu les art. 274 ss CPC; en particulier, il n'aurait pas ignoré que l'art. 284 al. 3 CPC soit la base légale de l'action en modification du jugement de divorce. Toutefois, aucune question ne lui aurait été posée dans ce sens. En outre, il soutient qu'il "ne compromettrait aucunement les intérêts de sa cliente en ouvrant action en modification du jugement de divorce, dès lors que la procédure est la même". S'agissant de sa prestation dans son ensemble, le recourant relève que s'il n'a pas été toujours clair ou complet dans ses réponses, il a tout de même conseillé à sa "cliente" d'ouvrir action en modification du jugement de divorce devant le juge du divorce – soit devant la bonne

autorité et au bon for – et de demander le partage conformément à l'art. 122 CC pour un montant de 45'000 fr. Parallèlement, il lui a suggéré de déposer une plainte pénale sur la base des art. 76 LPP et 251 CP. Dans ces conditions, au vu du corrigé, la note de 4 qui lui a été attribuée serait "insoutenable" et c'est une note de 6 qui aurait dû être retenue. c) S'agissant des trois points contestés par le recourant, l'autorité intimée expose que tous les membres de la commission ont été interpellés sur le contenu du procès-verbal. Ils auraient unanimement considéré que le compte-rendu de l'épreuve était exact sur ces trois points. La commission confirmerait ainsi "que le recourant n'a pas évoqué l'action en complètement de jugement de divorce, mais après de multiples hésitations et dans une grande confusion, une éventuelle action en modification de jugement de divorce, ce qui n'était pas la bonne réponse". Le recourant ne connaissait "ni l'autorité compétente en matière de divorce, ni la procédure applicable". Concernant la prestation du recourant dans son ensemble, l'autorité intimée considère que celui-ci "ne peut sérieusement prétendre à l'attribution d'une note de 6, alors qu'il n'a rien résolu spontanément du problème qui lui était posé, et que ce n'est que sur interventions réitérées de la commission ou de la cliente qu'il a finalement esquissé quelques pistes, sans jamais parvenir à les développer à satisfaction". En comparaison avec les autres candidats ayant traité le même casus, la prestation du recourant aurait été "de loin la plus mauvaise". De l'avis "unanime" de la commission, elle aurait mis en danger les intérêts de la cliente. Dans ces conditions, l'attribution de la note 4 aurait été parfaitement justifiée. d) Dans sa réplique, le recourant ne s'est pas déterminé sur le fond en ce qui concerne l'examen oral, mais seulement sur le déroulement de celui-ci (cf. consid. 2 ci-dessus). e) La Cour de céans n'a pas de raison de s'écarter du compte-rendu de l'examen, tel qu'il figure dans le rapport de la commission, ce d'autant que, interpellés à cet égard, les membres de la commission en ont confirmé l'exactitude. Par ailleurs, les considérations contenues dans ledit rapport, ainsi que dans la réponse de l'autorité intimée, n'apparaissent pas comme hors de propos ou de toute autre façon fortement critiquables. Au vu de ces considérations, la note attribuée ne paraît pas manifestement inexacte, de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'en écarter. Le recours est mal fondé en tant qu'il porte sur la notation de l'examen oral.

E. 5

Compte tenu de ce qui précède, le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée. Le recourant, qui succombe, doit prendre en charge les frais de justice et n'a pas droit à des dépens (cf. art. 49 al. 1 et 55 al. 1 a contrario LPA-VD).

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