

## **VD\_OMNI GE.2016.0210 vom 16. Juni 2017**

VD Tribunal cantonal, 2017-06-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2016.0210](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2016.0210)

FR: VD\_OMNI GE.2016.0210 du 16 juin 2017

IT: VD\_OMNI GE.2016.0210 del 16 giugno 2017

### **Regeste**

A. \_\_\_\_\_/Cour administrative du Tribunal cantonal | Recours contre une décision refusant d'accorder le brevet d'avocat. Le recourant conteste la manière dont trois de ses épreuves ont été notées. Le tribunal s'impose une certaine réserve dans le contrôle de résultats d'examens, cela aussi si l'épreuve porte sur des questions juridiques. Dans l'épreuve de procédure civile, l'autorité intimée a estimé à juste titre que le candidat n'avait pas sauvegardé les intérêts de sa cliente. Pour l'épreuve de droit public, il y a lieu de confirmer l'appréciation globale de l'autorité intimée selon laquelle le travail du recourant, bien que pour l'essentiel exact, est parfois imprécis, voire minimaliste, ce qui justifie une note de 4. Concernant l'épreuve de droit pénal, les griefs de l'autorité intimée relatifs à l'absence de développement sur plusieurs points sont parfaitement fondés. Rejet du recours. Par arrêt du 16 juin 2017 (2D\_23/2017), le Tribunal fédéral a rejeté, dans la mesure où il était recevable, le recours déposé contre cet arrêt.

### **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 TF 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 CDAP, à la suite de l'ancien 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 (arrêt GE.2014.0086 du 17 novembre 2014 consid. 1b). 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 examinateurs, 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 CDAP, 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 ATF 136 I 229 consid. 5.4.1 et 6.2; GE.2014.0086 du 17 novembre 2014 consid. 1b, GE.2012.0066 du 22 avril 2013 consid. 2, GE.2011.0002 du 16 mai 2011 consid. 2).

## **E. 2**

Le règlement du 8 mars 2016 sur les examens d'avocat (REAv; RSV 177.11.2), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2016 et applicable à la session d'examens d'automne 2016, prévoit à son art. 9 que: "1 Les épreuves sont notées suivant une échelle de 0 à 6. 2 La note moyenne de 4 est nécessaire pour l'obtention du brevet ; en outre, le candidat ne doit pas avoir plus de deux notes en dessous de 4". a) Le recourant conteste la manière dont trois de ses épreuves ont été notées. La première de celles-ci est l'épreuve de procédure civile. aa) L'épreuve porte sur différents moyens de remettre en cause un testament. Dans son rapport, la Commission retient que les principales questions de procédure ont été vues s'agissant des parties et de la compétence. Toutefois, la valeur litigieuse alléguée est erronée et divers allégués sont faux ou confus. Les conclusions manquent totalement de précision. Le candidat devait prendre des conclusions formatrices en annulation de la clause d'exhérédation, accompagnées de conclusions condamnatoires en paiement de la réserve à sa cliente. Or les premières conclusions font défaut dans les conclusions subsidiaires et le candidat se limite à une conclusion en restitution par un tiers à sa cliente portant sur une somme trop basse. La Commission estime que le candidat n'a pas sauvegardé les intérêts de sa cliente. Dans son pourvoi, le recourant allègue avoir identifié les moyens susceptibles de remettre en cause le testament, soit l'action en annulation et l'action en réduction. Il estime aussi avoir identifié les principales questions de procédure, excepté la question relative à l'art. 480 CC. Il admet aussi s'être trompé en calculant le montant de la réduction. Dans sa

réponse, l'autorité intimée expose que le principal reproche fait au candidat est l'absence totale de conclusion subsidiaire en réduction; seule une conclusion subsidiaire "en restitution" de 325'000 fr. à (sic) un tiers sur le compte de sa cliente est formulée. Cette conclusion a été interprétée en faveur du recourant, en ce sens qu'il demande la restitution par le tiers à sa cliente, mais stricto sensu ce n'est pas ce qui est écrit dans son travail. L'omission de prendre des conclusions correspondant à l'action en réduction met très gravement en péril les intérêts de sa cliente. Au surplus, les conclusions condamnatoires sont trop faibles. Enfin, les erreurs risquent d'être irréparables, étant donné que l'action se périmé par un an et qu'il ne s'agit pas d'un domaine dans lequel le tribunal intervient d'office. Dans son mémoire complémentaire, le recourant souligne que la conclusion en restitution qu'on lui reproche d'avoir rédigée figure dans un ouvrage de référence en procédure civile comme conclusion type en ce qui concerne l'action en réduction. Dès lors qu'il a résolu à satisfaction les problèmes qui lui ont été soumis, il estime que son travail n'est pas insuffisant. Dans ses déterminations complémentaires, l'autorité intimée reprend les arguments déjà invoqués. bb) Il est vrai que le recourant a vu les principales questions de procédure s'agissant des parties et de la compétence; de même, il a identifié dans son préambule les moyens susceptibles de remettre en cause le testament, soit l'action en annulation et l'action en réduction, excepté la question relative à l'art. 480 CC. Malgré cela, la valeur litigieuse alléguée est erronée et divers allégués sont faux ou confus. Quant aux conclusions, elles manquent de précision. Les conséquences de ces manquements pour la cliente du recourant auraient été graves. En particulier, l'omission de prendre des conclusions correspondant à l'action en réduction mettrait très gravement en péril les intérêts de la sa cliente, d'autant plus que c'est l'action qui a le plus de chance de succès, d'une part, et que, sans celle-ci, l'action en paiement n'a pas de fondement et ne peut qu'être rejetée, d'autre part. Au surplus les conclusions condamnatoires sont trop faibles. Enfin, les erreurs pourraient être irréparables, étant donné que l'action se périmé par un an et qu'il ne s'agit pas d'un domaine dans lequel le tribunal intervient d'office. Dans le cadre d'un examen tendant à l'obtention du brevet d'avocat, il paraît raisonnable qu'une écriture qui ne sauvegarde pas les intérêts du client ne puisse pas obtenir la moyenne, même si les problèmes ont été identifiés sur un plan purement théorique. L'appréciation de l'autorité intimée ne procède pas d'un excès ou d'un abus du pouvoir d'appréciation. Il convient ainsi de confirmer la note de 3.5. b) La deuxième épreuve dont la notation est contestée par le recourant est la consultation écrite en droit public. aa) La consultation écrite en droit public porte sur le contrôle abstrait d'un acte législatif cantonal (art. 10A de la loi sur les manifestations sur le domaine public du 26 juin 2008, ci-après: LMDPu; [loi fictive]). Dans son rapport, la Commission retient que le candidat a identifié correctement la voie de droit et l'autorité compétente et que la question de la qualité pour agir a été traitée de manière correcte, tant sur le plan théorique que pratique. La computation du délai pour agir est aussi exacte. En revanche, l'analyse du caractère répressif ou préventif de la mesure instaurée par l'art. 10A LMDPu est insatisfaisante et sa discussion peu claire; le recourant n'a pas vu que les buts préventifs étaient déjà pris en considération par un autre article de la loi. Il n'a en outre pas remarqué que la mesure pouvait toucher la liberté d'opinion et d'information. Concernant le principe de proportionnalité, il n'a pas examiné deux des trois critères de ce principe (soit ceux de la nécessité et de la gravité de l'atteinte au droit fondamental) et paraît davantage guidé par l'intuition que par un raisonnement motivé. Enfin, il n'a pas résolu le point de savoir quelle serait la sanction si son écriture était admise. Le travail est parfois imprécis, voire minimaliste, mais pour l'essentiel exact, ce qui justifie une note de 4. Pour sa

part, le recourant estime que, pour ce qui concerne son analyse du caractère répressif ou préventif de la mesure instaurée par l'art. 10A LMDPu, elle n'est pas insoutenable dès lors qu'on peut considérer qu'une norme répressive a une fonction préventive. Il estime qu'il aurait dû recevoir un point entier pour sa réponse. S'agissant du principe de la proportionnalité, il expose que, même s'il n'a pas mentionné les critères de la nécessité de la mesure et de l'atteinte au droit fondamental, il les a néanmoins examinés, dès lors qu'il a écrit que l'interdiction " paraît manifestement aller trop loin ". Enfin, concernant la sanction si son requête était admise, il estime avoir répondu puisqu'il a écrit que, dans le cas d'espèce, seule une disposition pourrait être annulée vu que seul l'art. 10A LMDPu pose problème. Dès lors que la quasi-totalité de ses réponses sont exactes, il estime mériter un 5. Dans sa réponse, l'autorité intimée répond que le recourant n'a absolument pas développé le caractère répressif de l'art. 10A LMDPu, qu'il a omis de discuter les critères du principe de proportionnalité prévues par la jurisprudence du Tribunal fédéral et que, pour ce qui concerne la question de la sanction en cas d'admission de la requête, il expose une conséquence théorique sans répondre concrètement à la question; il ne discute notamment pas du caractère séparable de l'art. 10A LMDPu. La note est dès lors pleinement justifiée. Dans son mémoire complémentaire, le recourant expose que la donnée met l'accent sur le caractère préventif de la disposition en cause et qu'elle ne mentionne pas qu'il doit développer l'aspect répressif de la loi. Concernant le principe de proportionnalité également, la donnée n'exige pas que les trois critères soient discutés. Enfin, concernant la question de la sanction si son écriture était admise, il estime que sa réponse est exacte et qu'on ne peut pas lui reprocher l'usage du conditionnel. Dans ses déterminations complémentaires, l'autorité intimée se réfère aux arguments invoqués précédemment. bb) Dans son mémoire complémentaire, le recourant a soulevé un problème de précision de la donnée en rapport avec les questions 4.- et 5.-, qu'il y a lieu d'examiner. La donnée de ces questions est la suivante: "4.- L'art. 10A institue-t-il une mesure préventive ou répressive?"

## **E. 5**

Quel est le droit fondamental essentiellement en jeu et à quelles conditions une telle restriction à un droit fondamental est-elle soumise?" Contrairement à ce que soutient le recourant, la formulation de la question 4.- permet tout à fait au candidat de comprendre qu'il doit analyser la mesure instaurée par l'art. 10A LMDPu, tant sous l'aspect préventif que répressif. Pour ce qui concerne la question 5.-, il est vrai qu'elle peut induire en erreur en se référant " au droit fondamental essentiellement en jeu " au singulier et que l'on ne peut reprocher au recourant de ne citer qu'un seul droit fondamental et non pas deux comme mentionnés dans le corrigé (liberté d'opinion et d'information [art. 16 Cst] et liberté de réunion [art. 22 Cst]). Ce seul élément, secondaire, n'est toutefois pas de nature à modifier la note obtenue. En effet, les manquements reprochés au recourant en rapport avec cette question portent essentiellement sur l'absence d'analyse des conditions du principe de proportionnalité. Or cette analyse devait être faite par le candidat sans que cela soit nécessairement écrit de manière expresse dans la donnée. Concernant le principe de proportionnalité, principe central du droit public, on peut à juste titre attendre des candidats au brevet d'avocat qu'ils connaissent les conditions auxquelles un droit fondamental peut être restreint, ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral y relative. Pour le reste, le travail litigieux est incomplet en ce sens que le recourant omet de développer le caractère répressif de la mesure instaurée par l'art. 10A LMDPu et qu'il n'indique pas de manière claire et détaillée quelle serait la sanction si la requête était admise par la Cour constitutionnelle. Le recourant estime que sa réponse est exacte et qu'on ne peut pas lui

reprocher l'usage du conditionnel. Dans un examen de ce genre, il ne revient toutefois pas à l'examineur d'interpréter les réponses des candidats, mais au contraire à ceux-ci de s'exprimer clairement et sans ambiguïté. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de confirmer l'appréciation globale de l'autorité intimée selon laquelle le travail du recourant est parfois imprécis, voire minimaliste, mais pour l'essentiel exact, ce qui justifie pleinement une note de 4. c) La troisième épreuve dont la notation est contestée par le recourant est la consultation écrite en droit pénal. Elle porte sur cinq casus différents. aa) La Commission estime que le recourant a présenté un examen dont le fil conducteur est parfois difficile à suivre, avec une tendance à présenter les choses de manière confuse. A l'exception du casus 4, le travail est tout à fait insuffisant et mérite la note de 4. Pour le cas 1, le recourant retient tout d'abord la fausse infraction (dommages à la propriété, art. 144 al. 2 CP, se trompant au surplus d'alinéa), puis ne résout ni ne développe les questions en rapport avec les lésions corporelles, ainsi qu'en rapport avec l'art. 237 CP et l'art. 239 CP. Pour le cas 2, sa résolution est qualifiée de médiocre car il qualifie les lésions corporelles de peu de gravité et écarte la problématique de la dénonciation calomnieuse en interprétant mal la donnée. Pour le cas 3, le recourant applique de manière erronée le principe de la *lex mitior*, retient à tort une contravention et applique mal la disposition sur le faux dans les titres. Le cas 4 est traité de manière tout à fait bonne. Pour le cas 5, le recourant retient les infractions correctes mais sans les appliquer, ce qui donne un résultat insuffisant. De son côté, le recourant estime, concernant le cas 1, que dès lors qu'il a vu et identifié tous les problèmes et qu'il ne faut pas retenir une erreur de plume portant sur un simple alinéa, son évaluation doit être qualifiée de suffisante. Concernant le cas 2, il considère aussi avoir vu et identifié toutes les dispositions applicables. Selon lui, la donnée peut être comprise différemment de ce que pensent les examinateurs et on peut soutenir que l'art. 303 CP ne s'applique pas. Pour le cas 3, il estime avoir eu raison d'appliquer un article nouvellement entré en vigueur. Il estime encore avoir bien répondu pour ce qui concerne le faux dans les titres et le faux dans les certificats. Pour le cas 5, il expose avoir développé son analyse sur trois pages et ne comprend pas pourquoi cela serait insuffisant. Dans sa réponse, l'autorité intimée souligne de manière générale qu'il était attendu pour cette épreuve que les candidats conduisent un raisonnement pour savoir si l'une ou l'autre infraction était applicable, ce qui suppose d'examiner et de discuter toutes les conditions objectives et subjectives de ces infractions. Il ne suffit pas d'avoir " identifié " ou " vu " un certain nombre de ces normes. De manière générale, l'exposé du recourant est souvent peu étayé, si ce n'est confus. L'autorité intimée retient que le recourant n'a pas forcément de mauvaises idées mais qu'il se révèle incapable de procéder à un examen approfondi et systématique des conditions légales, par rapport aux éléments de fait indiqués. Il ne prend pas position clairement, mais en reste le plus souvent à des généralités et cela très souvent sur le mode conditionnel. En outre, il n'analyse pas à satisfaction les problèmes de concours entre les diverses infractions proposées. Dans son mémoire complémentaire, le recourant expose que la donnée de l'examen demandait uniquement d'" examiner les infractions qui pourraient entrer en ligne de compte " et qu'il n'a jamais été indiqué aux candidats qu'ils devaient discuter toutes les conditions objectives et subjectives de ces infractions. En outre, vu que la donnée de l'examen se référait pour ces cinq casus à cinq clients vus en une matinée, il devait sans doute s'agir de clients sans connaissances juridiques, ce qui n'impliquait pas une analyse fouillée. D'ailleurs, pour que ces clients puissent dénoncer les comportements à l'autorité pénale compétente, une exposition des faits suffisait. bb) Au vu du pouvoir d'examen limité qui est le sien, il ne revient pas au tribunal de céans de procéder à une analyse détaillée des 4 casus dont

l'analyse est litigieuse. Procédant à une appréciation globale, il s'avère que les griefs de l'autorité intimée relatifs à l'absence de développement sur plusieurs points sont parfaitement fondés, ce que le recourant ne conteste d'ailleurs pas vraiment, soutenant plutôt que la donnée n'exigeait pas de développements. Ce dernier argument n'est pas convaincant. On peut attendre d'un candidat au brevet d'avocat qu'il développe spontanément tous ses arguments et justifie ses solutions, même si cela n'est pas expressément demandé dans la donnée d'examen. L'argument implicite du recourant, selon lequel les intérêts de ses clients n'auraient pas été mis en péril dès lors que, pour que ces clients puissent dénoncer les comportements à l'autorité pénale compétente, une exposition des faits suffisait, n'est pas non plus pertinente. Le but de l'examen consiste à vérifier les connaissances juridiques des candidats, objectif qui ne peut être que partiellement atteint si ceux-ci se limitent à citer un article de loi, sans autre développement. Au vu de ce qui précède, c'est sans arbitraire que l'autorité intimée a considéré que l'examen du recourant méritait la note de 3. 3. Compte tenu de ce qui précède, le recours doit être rejeté et la décision attaquée, confirmée. Cela étant, il n'y a pas lieu de se prononcer sur la recevabilité des conclusions figurant dans le mémoire complémentaire du 27 février 2017. Le recourant, qui succombe, doit prendre en charge les frais de justice. L'allocation de dépens n'entre pas en considération (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.