

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2534/2012-FORMA

ATA/131/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 5 mars 2013

2^{ème} section

dans la cause

Madame K_____

contre

COMMISSION D'EXAMENS DES AVOCATS

EN FAIT

1. Par décision du 13 juin 2012, la commission d'examens des avocats (ci-après : la commission) a signifié à Madame K_____ son échec à la session d'examens des avocats de mai 2012. La candidate totalisait 17,75 points au lieu des 20 requis. Sa moyenne était de 4,75 pour les examens intermédiaires. Pour l'épreuve écrite, qui s'était déroulée le 19 mai 2012, elle avait obtenu la note de 3,25 (coefficient 2), et celles de 2,5 et 4 aux épreuves orales ayant eu lieu, respectivement, les 10 et 24 mai 2012. Cet échec étant le 3^{ème}, il était définitif.

Une séance de correction serait organisée le 21 juin 2012.

2. Le 21 juin 2012, elle avait assisté à la séance de correction collective, lors de laquelle le correcteur de l'examen écrit du 19 mai 2012 avait résolu le cas d'examen en énonçant les réponses attendues, évaluées sur 9 points.

Le même jour, elle avait demandé un commentaire succinct de son épreuve écrite, ne comprenant pas les motifs « d'une note aussi mauvaise que 3,25 sur 9, au vu de l'étroite similitude entre ses réponses et celles attendues par la commission ».

3. Le 10 juillet 2012, le correcteur de l'examen litigieux lui avait adressé un courriel listant les lacunes principales de son épreuve écrite, à savoir :

- « vous invoquez l'art. 5 de la Convention de Lugano sans citer la lettre a de son chiffre 1^{er} applicable au cas d'espèce ;
- après avoir indiqué qu'il y avait lieu d'appliquer la convention de Lugano, vous appliquez l'art. 113 LDIP qui cède justement le pas à la Convention de Lugano lorsque celle-ci s'applique ;
- vous ne parlez pas du droit applicable avant de déterminer le lieu d'exécution de l'obligation servant de base à la demande ;
- vous ne déterminez ce lieu au regard du droit suisse que pour votre conclusion en restitution des 10 voitures encore en possession de MORA et non pour votre conclusion en paiement ;
- vous demandez la fixation judiciaire d'un délai de grâce au sens de l'art. 107 al. 1 CO deuxième hypothèse, alors que ce délai a déjà été fixé par CARLUX dans son courrier du 18 avril pour le 18 mai conformément à la première hypothèse de cette même disposition ;
- vous ne voyez pas la demeure qualifiée de MORA dès le 19 mai et la voie qui s'ouvre à CARLUX de résoudre l'accord transactionnel et de demander des intérêts négatifs au sens des art. 107 al. 2 troisième hypothèse et 109 al. 2 CO ;

- vous citez l'art. 109 al. 2 CO sans l'appliquer au cas d'espèce ou en l'appliquant erronément s'agissant de la restitution des voitures qui est fondée sur la résiliation ordinaire du contrat de bail ;
- vous n'indiquez pas que les mesures provisionnelles demandées à Genève devront être exécutées et donc exéquaturées en Italie alors que vous parlez d'une demande d'exéquatur en Suisse de jugements rendus en Italie dont on ne saisit pas l'intérêt dès lors que MORA a son siège en Italie et que les voitures sont également en Italie ;
- Vous fondez la compétence internationale du TPI en matière de mesures provisionnelles sur la seule base de l'art. 13 litt. a CPC qui ne s'applique en tant que tel qu'en droit interne ;
- Vous n'analysez la validité de la résiliation du contrat de bail ni au regard des dispositions de ce contrat ni au regard du CO ;
- Vous ne parlez pas de l'indemnité pour usage illicite fondée sur l'art. 97 CO due par MORA pour les 10 voitures encore en sa possession ;
- Vous indiquez que la remise de dette est une donation alors que l'accord transactionnel prévoit expressément que cette remise est consentie par CARLUX *credendi causae*, à savoir en échange de la clause pénale prévue dans le même accord transactionnel ».

4. Par acte expédié le 16 août 2012 à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), Mme K_____ a recouru contre cette décision, qu'elle avait reçue le 14 juin 2012. Elle a notamment conclu à la « suspension de son recours », jusqu'à droit jugé par la commission sur sa demande en reconsidération déposée le même jour, et à être autorisée à poursuivre la procédure de recours devant la chambre administrative si la commission ne donnait pas suite à sa demande en reconsidération. Au fond, elle a conclu à l'annulation de la décision attaquée, la reconsidération de son examen écrit du 19 mai 2012, au besoin en mandant un expert en droit des obligations, ainsi que la réformation de la décision entreprise, en ce sens que la note de 4,5 lui soit attribuée pour l'examen écrit, les frais ou dépens devant être mis à sa charge. Subsidiairement, elle a conclu à la mise à néant de la décision querellée et au renvoi de la cause à la commission pour reconsidération.

Les correcteurs avaient arbitrairement sous-évalué son examen écrit du 19 mai 2012, la note qu'elle méritait étant bien supérieure à 3,25 sur 9, qui ne représentait que le tiers de la totalité des points. Dans l'ensemble, elle avait donné toutes les réponses attendues par la commission, mais celles-ci n'avaient pas été prises en compte par les correcteurs, alors même qu'elles étaient justes. En outre, la résolution du cas d'examen par la commission comportait plusieurs erreurs juridiques.

En ce qui concernait la compétence *ratione loci*, elle avait appliqué l'art. 5 de la Convention de Lugano (CL), déterminé que les tribunaux genevois étaient compétents, vu les art. 74 al. 1 CO et 6 CL, de sorte que 0,25/0,75 point aurait dû lui être attribué pour cette question.

Elle avait à juste titre saisi le Tribunal de première instance et non le Tribunal des baux et loyers, si bien qu'elle estimait ses points à 0,75/0,75.

Elle avait appliqué le droit suisse, sur la base de l'art. 117 al. 3 let. b LDIP, de sorte qu'elle aurait dû obtenir entre 0,5 et 0,75/0,75 point.

La résolution des questions de for et de droit applicable aurait donc mérité en tout cas 1,75/2,25 points.

La qualification juridique qu'elle avait donnée à la convention du 3 mai 2010, respectivement à l'accord transactionnel du 29 février 2012 (ci-après : l'accord), était correcte. Elle aurait dû recevoir 0,5/0,5 point pour chacune de ces conventions.

Le correcteur avait considéré à tort que ledit accord transactionnel ne pouvait pas être qualifié de donation au sens des art. 239 ss CO. En effet, plusieurs auteurs reconnaissent que la remise de dette pouvait être qualifiée de donation. De plus, une donation ou une promesse de donner pouvait elle-même être grevée de conditions et de charges comme, en l'espèce, la clause pénale prévue dans l'accord. Celui-ci constituait donc également une donation, plus précisément une promesse de donner. Elle avait exposé comment révoquer cette promesse de donner pour permettre à CARLUX d'obtenir le paiement de CHF 300'000.-. Elle méritait 0,5 points pour cette question.

La commission avait commis une erreur juridique en considérant qu'un délai de grâce n'entrait pas en considération et que ce délai avait déjà été fixé par CARLUX dans son courrier du 18 avril 2012. En effet, dans la mesure où l'accord transactionnel ne comportait pas de délai d'exécution, le courrier du 18 avril 2012 ne pouvait pas fixer d'emblée un délai de grâce, faute d'interpellation préalable. Il était donc correct de demander la fixation d'un tel délai et elle aurait dû obtenir 0,5/0,5 point.

Elle avait clairement indiqué la possibilité de réclamer des dommages-intérêts négatifs. Sa réponse aurait dû valoir 0,25/0,5 point.

Elle avait analysé correctement toutes les conditions des mesures provisionnelles urgentes, en appliquant l'art. 13 let. a CPC. Si elle n'avait certes pas vu l'art. 31 CL, elle méritait néanmoins 1/1,25 point.

Elle avait omis de parler des dommages-intérêts pour occupation illicite selon l'art. 97 CO, mais elle avait mentionné cette disposition dans son examen écrit et exposé les conditions de la responsabilité contractuelle, de sorte qu'elle aurait dû obtenir 0,25/0,5 point.

Elle contestait avoir parlé d'une demande d'exequatur en Suisse des jugements rendus en Italie, comme mentionné par le correcteur dans son commentaire du 10 juillet 2012, son examen écrit mentionnant clairement une demande d'exequatur de la décision du Tribunal de première instance. Sa réponse avait été correcte et elle aurait dû obtenir 0,5/0,5.

Mme K_____ considérait dès lors mériter une note comprise entre 4,5 et 4,75.

5. Le 12 octobre 2012, la commission a conclu au rejet « avec suite de frais ».

Lors de la séance de correction collective du 21 juin 2012, à laquelle Mme K_____ avait assisté, trois membres de la commission avaient exposé les réponses attendues, ainsi que les barèmes appliqués. Mme K_____ avait également reçu un commentaire succinct de son épreuve écrite. Enfin, elle avait pu s'exprimer sur les arguments de la commission dans une éventuelle réplique. Elle disposait donc des éléments lui permettant de comprendre la notation qui lui avait été donnée et son droit d'être entendue avait été respecté.

La commission a produit la grille de correction de l'épreuve écrite du 19 mai 2012. Mme K_____ substituait son corrigé de cette épreuve, ainsi que sa propre appréciation de son travail, à ceux de la commission. La commission n'avait pas fait preuve d'arbitraire en attribuant à l'intéressée la note de 3,25.

6. Le 16 novembre 2012, Mme K_____ a répliqué et persisté dans ses conclusions. Le mémoire réponse de la commission était daté du 12 octobre 2012, soit le dernier jour du délai imparti par la chambre administrative. Cette dernière l'avait réceptionné le 16 octobre 2012, mais cette date avait été corrigée à la main le 15 octobre. La recevabilité de la réponse de la commission devait donc être examinée.

Elle ne s'était pas plainte d'une violation de son droit d'être entendue ni du non-respect de l'exigence de motivation. Elle avait exprimé son incompréhension quant au résultat de sa note d'examen, qu'elle contestait sous l'angle d'une application arbitraire du droit matériel et d'une mauvaise constatation des faits de son examen écrit. Elle persistait notamment à soutenir que, dans la mesure où l'accord ne comportait pas de délai d'exécution, le courrier du 18 avril 2012 ne pouvait pas d'emblée fixer un délai de grâce, faute d'interpellation préalable, de sorte qu'il était correct de demander un délai de grâce. Pour le surplus, la commission n'avait pas démontré que la notation de son examen écrit n'était pas arbitraire.

7. La commission a renoncé à dupliquer.
8. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a et 17 A al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

La réponse de la commission a été expédiée par pli recommandé le dernier jour du délai imparti, de sorte qu'elle est également recevable.

2. Le recours a un effet dévolutif (art. 67 al. 1 LPA). L'autorité de première instance peut cependant, en cours de procédure, reconsidérer ou retirer sa décision. Elle doit alors notifier sans délai sa nouvelle décision aux parties et en donner connaissance à la juridiction saisie du recours contre la décision initiale et qui continue à le traiter, dans la mesure où la nouvelle décision ne l'a pas rendu sans objet (art. 67 al. 2 et 3 LPA).

En l'espèce, la commission n'a pas reconsidéré ni retiré sa décision. Pour le surplus, il n'existe aucun motif de suspension de l'instruction du recours au sens de l'art. 78 LPA.

La requête de la recourante en ce sens sera dès lors rejetée.

3. Les dispositions légales et réglementaires régissant l'examen du brevet d'avocat ont été modifiées le 1er janvier 2011 vu la création d'une école d'avocature. La recourante s'étant présentée une première fois à l'examen à la session de novembre 2010, le présent litige reste toutefois entièrement soumis à l'ancien droit, conformément à l'art. 55 al. 8 de la loi sur la profession d'avocat, du 26 avril 2002 (LPAv - E 6 10). A teneur de l'art. 30 du règlement d'application de la loi sur la profession d'avocat, du 5 juin 2002 (aRPAv, abrogé depuis le 1^{er} janvier 2011), la note finale se compose de la moyenne des quatre épreuves intermédiaires arrondie au quart, de la note obtenue lors de l'épreuve écrite de l'examen final, affectée d'un coefficient 2, et de la note de chacune des épreuves orales. L'examen final est réussi si le total des points est égal ou supérieur à 20. En cas d'échec, le candidat peut subir à nouveau l'examen final. Il dispose de trois tentatives (ATA/757/2012 du 6 novembre 2012 consid. 5 ; ATA/186/2012 du 3 avril 2012 consid. 2 ; ATA/424/2011 du 28 juin 2011 consid. 2).

4. En l'espèce, la recourante se présentait pour la 3^{ème} fois lors de la session de mai 2012. Sa note finale ayant été inférieure à 20, elle était au terme de cette session en situation d'échec définitif. Le recours, ne porte que sur la note attribuée pour l'examen écrit du 19 mai 2012.

5. Le recours en matière d'examen final pour l'obtention du brevet d'avocat peut être formé pour motif d'illégalité ou d'arbitraire (art. 31 al. 2 aRPAv).

En matière d'examens, le pouvoir de l'autorité de recours est extrêmement restreint, sauf pour les griefs de nature formelle, que celle-là peut revoir avec un plein pouvoir d'examen. En effet, selon la jurisprudence, l'évaluation des résultats d'examens entre tout particulièrement dans la sphère des décisions pour lesquelles l'administration ou les examinateurs disposent d'un très large pouvoir d'appréciation et ne peut faire l'objet que d'un contrôle judiciaire limité (ATA/757/2012 précité ; ATA/186/2012 précité ; ATA/97/2012 du 21 février 2012 ; ATA/557/2011 du 30 août 2011 ; ATA/78/2006 du 28 mars 2006 ; ATA/137/1998 du 10 mars 1998).

6. En l'espèce, la recourante a expressément indiqué ne pas alléguer une violation de son droit d'être entendue ni un défaut de motivation de la décision entreprise, de sorte que le pouvoir d'examen de la chambre de céans est limité à l'arbitraire. Les nombreux griefs qu'elle a soulevés dans son acte de recours ont trait à la contestation matérielle de la note attribuée à l'examen écrit.

a. Une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 138 I 232 consid. 6.2 ; 136 I 316 consid. 2.2.2).

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

Le Tribunal fédéral ne revoit l'évaluation des résultats d'un examen qu'avec une retenue particulière, parce qu'une telle évaluation repose non seulement sur des connaissances spécifiques mais également sur une composante subjective propre aux experts ou examinateurs ainsi que sur une comparaison des candidats. En principe, il n'annule donc le prononcé attaqué que si l'autorité intimée s'est laissée guider par des motifs sans rapport avec l'examen ou d'une autre manière manifestement insoutenable (ATF 136 I 229 consid. 6.2 ; ATA/757/2012 précité).

A l'instar du Tribunal fédéral (ATF 136 I 229 précité), et par souci d'égalité de traitement, la juridiction de céans s'impose cette retenue même lorsqu'elle possède les connaissances spécifiques requises qui lui permettraient de procéder à un examen plus approfondi de la question, comme c'est le cas en matière d'examens d'avocats ou de notaires (ATA/757/2012 précité).

7. En l'espèce, la commission n'a, certes, dans sa réponse au recours, pas apporté de réponses circonstanciées à chacune des critiques émises par la recourante dans son recours. Elle a toutefois exposé, dans un courriel du 10 juillet 2012 adressé à la recourante, les lacunes principales de son examen écrit. Elle a également produit la grille de correction relative audit examen.

Sur la base de cette grille de correction, la commission a procédé à une appréciation méticuleuse du travail de la candidate, sans omettre aucun des points qui devaient être examinés par elle. Dès lors, la commission n'a pas mésusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que le travail écrit de la candidate présentait des lacunes importantes et en lui attribuant une note de 3,25 sur 6. En effet, la recourante n'a notamment pas cité de manière complète les dispositions topiques applicables concernant la compétence - tant au fond que sur mesures provisionnelles - et le droit applicable, n'a pas qualifié correctement l'accord et n'a pas traité les questions de la demeure, des dommages-intérêts négatifs, de la restitution des véhicules et de l'indemnité pour occupation illicite d'une manière complète et exacte. Il est dès lors inutile de mandater un expert en droit des obligations comme le demande la recourante.

En critiquant la solution retenue par les examinateurs telle qu'elle a été exposée lors de la séance de correction collective, en considérant que certains éléments de sa réponse seraient également adéquats et en soutenant que le calcul des points effectué par l'intimée devait être revu, la recourante substitue sa propre appréciation à celle de la commission, ce qu'elle ne peut pas faire, pas plus que la chambre de céans. Selon la grille de correction de l'épreuve écrite produite par la commission, un total de 9 points pouvait être obtenu par le candidat en incluant tous les bonus possibles.

Pour le surplus, les pièces du dossier ne font pas apparaître que la commission se serait laissé guider par des motifs étrangers à l'examen ou de toute autre manière insoutenables.

Au vu de ce qui précède, le grief d'arbitraire sera ainsi écarté.

8. Mal fondé, le recours sera rejeté. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante. Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 1 et 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 16 août 2012 par Madame K_____ contre la décision de la commission d'examens des avocats du 13 juin 2012 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 400.- à la charge de la recourante ; dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 113 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours constitutionnel subsidiaire ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Madame K_____ ainsi qu'à la commission d'examens des avocats.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :