

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1462/2009-EXPLOI

ATA/225/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 30 mars 2010

1^{ère} section

dans la cause

Madame J _____

représentée par Me Nathalie Landry, avocate

contre

**DÉPARTEMENT DES AFFAIRES RÉGIONALES, DE L'ÉCONOMIE ET DE
LA SANTÉ**

EN FAIT

1. Madame J_____ exploite un bar à l'enseigne « X_____ » à Genève.
2. En tant que candidate libre, Mme J_____ s'est présentée aux examens en vue de l'obtention du certificat de cafetiers, restaurateurs et hôteliers (ci-après : le certificat).

Cet examen comporte trois modules de plusieurs épreuves.

A sa première tentative, Mme J_____ a obtenu une moyenne suffisante de 4 pour le module 1.

A sa seconde tentative elle a obtenu une moyenne suffisante de 4 pour le module 6.

A la 196^{ème} session des 11/12 décembre 2008,, elle a passé les épreuves du module 2 (anciennement module 4) : droit du travail - CCNT/salaires/connaissances de droit - pour lequel elle a obtenu une note de 3,5.

Ayant obtenu une moyenne générale de 3,83, elle a échoué à l'examen, ce dont elle a été informée, le 18 février 2009, par le directeur de l'office du service du commerce du département de l'économie et de la santé, devenu depuis le 7 décembre 2009, le département des affaires régionales, de l'économie et de la santé (ci-après : le département).

S'agissant du troisième essai, il était définitif. Mme J_____ ne pourrait pas se réinscrire avant un délai de sept ans à compter du troisième échec et serait tenue de subir l'ensemble des modules prévus à l'art. 20 let. a à d du règlement d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 31 août 1988 (RRDBH - I 2 21.01). Elle disposerait alors à nouveau de trois tentatives.

A ce courrier étaient annexés le procès-verbal d'examens du 17 février 2009 ainsi que la directive du département concernant la procédure de réclamation.

3. Mme J_____ a formé réclamation à l'encontre de la décision précitée le 13 mars 2009.

Elle avait créé une petite affaire, le « X_____ », en novembre 2005. Ses moyens ne lui permettaient pas l'accès aux cours. Elle avait néanmoins étudié chaque module avec assiduité. Elle avait refait par trois fois les examens, voulant à tout prix les réussir. Malgré tous ses efforts, elle ne devait que constater que ses deux derniers examens avaient été notés très sévèrement (module 4).

Sa comptable l'avait accompagnée pour contrôler ses résultats. A cette occasion, elle avait constaté qu'elle avait commis des erreurs d'inattention dues au stress et à la fatigue. Les points attribués ne semblaient pas tenir compte du raisonnement mais uniquement du résultat. Lors des examens précédents, elle avait échoué en droit et avait porté dès lors tous ses efforts sur cette branche.

Elle sollicitait la révision de ses examens.

4. Par décision du 24 mars 2009, le président de la commission d'examens pour le certificat (ci-après : la commission) a rejeté la réclamation.

La demande était formulée en termes généraux et ne respectait pas les conditions posées pour toute procédure de réclamation. Ceci était problématique étant donné que les épreuves avaient été corrigées par deux experts indépendants qui parvenaient tous deux aux mêmes résultats en termes de points attribués. En outre, hormis les quatre exercices relatifs au calcul des salaires, 75 % des questions étaient à choix multiple (QCM) ou à choix « vrai - faux », type de questions qui ne permettait pas d'apprécier le raisonnement fondant les réponses d'un candidat. Ne demeuraient donc potentiellement que 25 % des questions et quatre exercices portant sur les salaires qui pourraient éventuellement être appréciés. Or, la prise de position de Mme J_____ sur les questions précitées ne faisait pas l'objet d'une argumentation circonstanciée.

Dite décision indiquait la voie et le délai de recours au Tribunal administratif.

5. Mme J_____ a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte du 23 avril 2009.

Non sans peine, elle avait pu consulter ses copies d'examens accompagnée de sa comptable, la consultation en présence d'un directeur pédagogique lui ayant été refusée au dernier moment.

Contrairement à la pratique constante de la commission, la réclamation n'avait pas été transmise aux experts. Par ailleurs, et également contrairement à la pratique constante de la commission lorsqu'il s'agissait d'une troisième tentative, le président de la commission n'avait pas attiré l'attention des experts lors de la séance plénière sur son cas en vue d'un éventuel repêchage.

Son droit d'être entendue avait été violé dans la mesure où elle n'avait pas pu faire de copie de son examen, qu'elle n'avait pas été autorisée à noter les questions posées ni les points qui lui avaient été attribués, qu'aucun corrigé de l'examen ne lui avait été remis, qu'une séance de correction n'avait pas été organisée et que le barème appliqué par les experts ne lui avait pas été transmis.

En conséquence, la décision litigieuse devait être annulée.

Le Tribunal administratif devait ordonner à la commission de lui transmettre une copie de son examen, du corrigé, de la détermination des experts ainsi qu'une copie du procès-verbal de la séance plénière de la commission. Cela fait, un délai devait lui être accordé pour qu'elle puisse modifier et/ou amplifier ses conclusions.

Sur la base de ce qu'elle avait pu constater, sa note n'était pas justifiée et elle était arbitraire.

Enfin, l'examen était contraire à la liberté économique ainsi qu'au principe de proportionnalité. En effet, les connaissances requises dépassaient de manière significative ce qui était nécessaire à l'exercice de la profession de cafetier/restaurateur.

Elle conclut sur le fond, à l'annulation de la décision litigieuse avec suite de frais et dépens et subsidiairement, à être autorisée à repasser l'examen portant sur le module 2.

6. Dans sa réponse du 14 juillet 2009, le département s'est opposé au recours.

La recourante avait obtenu 84 points sur 180 possibles selon le détail suivant :

1. Droit du travail - CCNT : 14,5 points sur 40 possibles.
2. Connaissances du droit : 30,5 points sur 50 possibles.
3. Assurances sociales : 39 points sur 90 possibles.

Toutes les épreuves avaient été corrigées par deux correcteurs qui étaient arrivés au même résultat.

Les copies d'examens précisait le nombre maximum de points de l'épreuve, le nombre maximum de points par question, le nombre de points obtenus par question et le nombre de points obtenus par épreuve.

Aucune des notes attribuées à la recourante ne saurait être qualifiée d'arbitraire. La recourante avait obtenu 84 points sur 180 points, soit 46,7 % de points possibles. Un tel résultat était clairement insuffisant, résultant d'une correction par deux experts, ne pouvait pas être considéré sans autre comme arbitraire. La recourante ne démontrait d'ailleurs pas à satisfaction de droit, en quoi les notes qu'elle avait obtenues seraient arbitraires.

Mme J_____ avait reçu un exemplaire de la directive relative à la procédure de réclamation. Elle avait consulté ses épreuves auprès du département et dans sa réclamation subséquente, elle n'invoquait pas les griefs de la violation du droit d'être entendu, de la liberté économique, du RRDBH ni celles de

« pratique constante de la commission ». Or, elle ne pouvait pas invoquer de nouveaux griefs dans le cadre du recours devant le Tribunal administratif.

Si par extraordinaire le tribunal de céans devait entrer en matière sur les griefs invoqués, la commission se déterminait sur chacun d'entre eux, concluant qu'aucun n'était fondé. En tout état, une hypothétique violation du droit d'être entendue tiré de la consultation du dossier pourrait le cas échéant être réparée par le Tribunal administratif.

La liberté économique n'était pas violée par l'examen de cafetier, restaurateurs. Il était admissible d'exiger un minimum de connaissances en droit du travail, des contrats et des étrangers et dans le domaine des décomptes de salaires et des assurances sociales, dès lors qu'était en jeu la protection des personnes employées dans ce type d'établissements dont on sait qu'elles ont souvent une situation relativement précaire. La vérification de l'acquisition de connaissances minimales par un examen représentait un intérêt public compatible avec la restriction de la liberté économique. Au surplus, les examens consacrés par l'art. 20 RRDBH respectaient le principe de la proportionnalité.

Le repêchage n'était pas prévu par le RRDBH de sorte que l'absence de cette mesure n'était pas constitutive d'une violation du RRDBH. Selon la pratique constante de la commission, l'obtention d'une moyenne générale de 4,5 était une des conditions cumulatives du repêchage. En l'occurrence, la recourante avait obtenu une moyenne générale de 3,83, de sorte que l'une des conditions cumulatives n'était clairement pas réalisée.

S'agissant de la demande de production de pièces supplémentaires, la commission s'opposait à la fourniture des copies d'examens de la recourante de même qu'à celle des procès-verbaux de séances de la commission. Tous ces documents étaient confidentiels. Si le Tribunal administratif en demandait l'apport, la commission le priait respectueusement de veiller à leur confidentialité, notamment en cas de consultation du dossier auprès du greffe.

7. A la demande du Tribunal administratif, le département a produit le 11 août 2009 les photocopies des examens du module 2 ainsi que celles du procès-verbal de la séance de la commission du 29 janvier 2009.

Ces pièces établissent que la majeure partie des examens du module 2 se déroule selon un système de QCM, soit une réponse à choix « vrai - faux » (examen assurances sociales et le groupe C de l'examen connaissances du droit), soit plusieurs réponses et des variantes de ce système (droit du travail - CCNT, groupe de questions A de l'examen connaissances du droit). Enfin, deux cas pratiques sont soumis au candidat (décomptes de salaires).

Les copies des examens subis par la recourante indiquent le nombre de points obtenus par celle-ci pour chaque question.

Enfin, du procès-verbal de la commission d'examens du 29 janvier 2009, il résulte qu'après étude des dossiers et des notes des candidats, quatre d'entre eux ont été automatiquement repêchés.

8. La recourante a consulté les pièces précitées au greffe du Tribunal administratif et a présenté ses observations le 15 octobre 2009.

La commission n'avait fourni aucune information ni indication concernant le barème appliqué. De même, les conditions de repêchage n'avaient été ni indiquées ni expliquées.

Analysant la notation de son examen, la recourante a estimé que des points supplémentaires devaient lui être accordés.

- Examen « droit du travail - CCNT »

Ad. question 6 : cette question valait 3 points. Elle en avait obtenu 1 alors qu'au vu de sa réponse, elle en méritait à tout le moins 1,5 voire 2.

- Examen « connaissances de droit »

(Cette épreuve comporte trois groupes de questions A, B et C).

Ad. groupe A, question 3 : elle avait répondu de manière juste à toutes les questions, exceptée celle portant sur la conclusion du contrat de bail à loyer. Dès lors, 0,5 point supplémentaire devait lui être attribué.

Ad. groupe B question 2 : la réponse attendue était que le contrat était nul car son objet était illicite alors qu'elle avait coché la réponse « nul, car il est immoral de vouloir liquider sa belle-mère ». Le contrat visant à tuer sa belle-mère était tant illicite qu'immoral et dès lors l'évaluation faite par les examinateurs était arbitraire et 2 points auraient dû lui être attribués.

Ad. question 4 a : elle avait partiellement apporté la bonne réponse et au minimum 1 point aurait dû lui être accordé et non pas 0.

Ad. question 10 : elle avait apporté partiellement la bonne réponse alors même qu'aucun point ne lui avait été attribué. Un point devait au minimum lui être octroyé.

Ad. question 15 : elle était très pointue et dépassait de manière significative les connaissances nécessaires pour l'exercice d'une profession dans le domaine considéré. Il ne s'agissait plus d'une question générale du droit, mais d'une question spécifique et précise en matière de droit de bail à

savoir : « après avoir conclu un contrat de bail à loyer, le locataire peut-il demander à ce que le bailleur lui communique le montant du loyer payé par le précédent locataire afin de pouvoir contester le loyer initial fixé ». Elle avait coché la réponse « non, car en concluant le contrat, le nouveau locataire a accepté le loyer qui lui était proposé ». Or, la réponse attendue par les examinateurs (« oui ») n'était conforme que si l'on était en présence d'un contrat de bail à loyer portant sur une habitation et fausse s'il s'agissait d'un bail à loyer portant sur des locaux commerciaux. Dès lors, elle ne saurait être sanctionnée pour cette question et 2 points devaient lui être attribués.

S'agissant du groupe C : elle avait notamment donné une fausse réponse à la question qui concernait le droit de rétention du bailleur. Or, celui-ci découlait notamment des art. 268 à 268b de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations (CO - RS 220)). Dans ces conditions, elle ne devait pas être sanctionnée pour ne pas avoir donné la réponse attendue par les examinateurs et 0,5 point devait lui être attribué.

– Examen « assurances sociales - salaires »

Partie « décomptes salaires »

Ce groupe comportait quatre sous-questions totalisant 72 points.

Aucune information n'avait été fournie par la commission concernant l'attribution de ces 72 points, ni comment ces derniers avaient été attribués à l'intérieur de chaque sous-question. Dès lors, il ne lui était pas possible de vérifier l'exactitude des points qu'elle avait obtenus. La commission devait donner toutes les précisions utiles et fournir le barème appliqué.

Elle conclut à l'apport des pièces complémentaires et sur le fond persiste dans ses conclusions initiales.

9. Le département a dupliqué le 27 novembre 2009, répondant point par point aux observations de la recourante. En particulier, il a explicité la manière dont avait été corrigé le questionnaire « décomptes de salaires » rempli par la recourante.

S'agissant de la question B 15 de l'examen « connaissances de droit », la commission en admettait la formulation peu précise. Dès lors, deux points pourraient être attribués à la recourante.

Sur la base de la jurisprudence du Tribunal administratif (ATA/249/2000 du 18 avril 2000), il s'opposait à la fourniture des barèmes et des corrigés-types.

10. Les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle le 27 janvier 2010.

Le département a précisé que la réclamation de Mme J_____ n'avait pas été transmise aux experts car selon le président de la commission, les griefs invoqués n'étaient pas clairs. Il n'y a jamais de séance de correction après les examens.

Pour obtenir la note de 4, il fallait 105,5 points. Avec 86 points, la moyenne était de 3,38 qui pouvait être arrondie à 3,5. En d'autres termes, les deux points supplémentaires qui pourraient être accordés à la recourante ne changeaient pas le résultat final.

Les trois conditions cumulatives pour le repêchage étaient d'une part une moyenne générale de 4,5, puis un module avec 3,5 de moyenne et enfin pas plus de 5 % de points manquants, soit 95 % de points acquis pour le module. Ces conditions avaient été arrêtées par la commission le 3 juillet 2007.

La recourante a demandé que soient produits les tableaux qui avaient été remis aux candidats lors des examens pour calculer la LPP et les impôts. Elle sollicitait également l'audition des experts. En l'état, il lui était impossible de savoir comment les points avaient été attribués aux candidats.

11. En présence des parties, le Tribunal administratif a entendu les deux experts ayant corrigé les épreuves de la 196^{ème} session.

a. Monsieur C_____ a confirmé avoir rédigé l'examen « connaissances générales du droit et conventions collectives » et procédé à la correction de la première lecture. Les examens faisaient l'objet d'une double correction. Il n'était pas systématique que le second correcteur interpelle le premier sauf s'il ne comprenait pas la manière dont le point avait été attribué. En revanche, les résultats étaient discutés lorsque la commission se réunissait en séance plénière. S'il y avait une différence d'attribution des points entre la première et la deuxième correction, la commission retenait le nombre de points le plus élevé.

En règle générale, lorsqu'un candidat présentait une réclamation, la commission la lui transmettait afin qu'il puisse se prononcer. Dans le cas particulier de Mme J_____, il ne savait pas si elle avait fait une réclamation. Il n'en avait en tout cas pas le souvenir, le cas échéant, elle lui aurait été transmise.

Il ne pouvait pas répondre à la question de savoir si le cas de Mme J_____ avait été abordé en séance plénière car ceux-ci étaient discutés sous forme de numéro.

Lors de la séance plénière, la commission discutait des cas limites, à savoir ceux des candidats ayant obtenu un nombre inférieur de points à celui nécessaire

pour la réussite. Dans de tels cas, le président de la commission soumettait à l'expert concerné l'examen de l'intéressé pour déterminer s'il était possible d'attribuer davantage de points que ceux qui avaient été octroyés. La commission prenait sa décision en considérant l'ensemble des points obtenus par le candidat. Ce n'était pas un repêchage au sens strict du mot.

Le président de la commission attirait l'attention des experts lorsqu'il s'agissait d'une troisième tentative mais en général dans cette hypothèse, le résultat était tellement net qu'il n'y avait pas matière à discuter.

Il ne pouvait pas répondre à la question de savoir si un candidat en troisième tentative avait été repêché à la dernière session de l'année 2008 car il ne s'en souvenait pas. En revanche, la commission tenait un procès-verbal de séance qui mentionnait les cas de « repêchage ».

Depuis qu'il faisait partie de cette commission, il n'avait jamais vu de séances de correction.

Il ne pouvait pas répondre à la question de savoir si un candidat qui avait obtenu la note de 4 à un module était autorisé à refaire ce dernier pour obtenir une note supérieure. En revanche, la note de 4 était considéré comme un acquis.

Le juge délégué a soumis au témoin la copie de l'examen de Mme J_____ (connaissances de droit). Concernant les questions du chapitre B de l'examen, le témoin a estimé que les réponses reposaient sur un raisonnement en deux temps, raison pour laquelle chaque question donnait droit à un maximum de deux points.

A la 196^{ème} session, le taux de réussite pour l'examen dont il s'occupait était de 73 %, soit un bon résultat.

b. Monsieur M_____, membre de la commission et expert depuis quatre ans a également été entendu.

Il préparait les examens « assurances sociales et salaires ».

Interrogé sur l'attribution des points de l'épreuve « décomptes salaires », il a répondu qu'aucun point n'était attribué lorsqu'il s'agissait de simples calculs de pourcentages à effectuer alors que ceux-ci étaient indiqués dans l'énoncé ainsi que dans la feuille de salaire.

Lorsqu'un candidat commettait une erreur dans la détermination de base, il refaisait les calculs sur la base du salaire indiqué par le candidat et si le raisonnement du candidat était juste, il lui accordait un point.

Il n'avait jamais assisté à des cas de repêchage ni entendu le président de la commission préciser, lors de la séance finale, que tel ou tel candidat se présentait pour la troisième fois.

Il était clair que Mme J_____ ne maîtrisait pas son sujet.

12. A la demande des parties, un délai au 15 mars 2010 leur a été octroyé pour déposer leurs observations après enquêtes.
13. Mme J_____ a persisté dans ses précédentes explications et conclusions, relevant que l'instruction de la cause avait permis d'établir que sa réclamation n'avait pas été transmise aux experts, qu'aucun de ces derniers n'avait fait part des conditions cumulatives de repêchage ni parlé d'une procédure complète de calculation telle que préconisée par le département. Il ressortait de l'analyse des déclarations des experts devant le Tribunal administratif que leur évaluation de ses réponses était arbitraire.
14. Le département a également persisté dans ses précédentes explications et conclusions.

L'adoption et l'application de la procédure de repêchage faisaient pleinement partie du très large pouvoir d'appréciation de la commission.

Selon la pratique de cette dernière, n'étaient transmises pour détermination aux experts que les réclamations qui respectaient les conditions posées, soit l'identification précise des éléments contestés et la motivation justifiant le nombre de points supplémentaires auxquels le candidat prétendait avoir droit. Or, tel n'était pas le cas de la réclamation déposée par la recourante.

Enfin, cette dernière ne démontrait pas, à satisfaction de droit, en quoi la décision de la commission serait arbitraire. Elle avait passé le module 2 pour la troisième fois et obtenu 84 points sur 180 points, soit la note de 3,5, alors qu'elle aurait dû obtenir la note de 4 pour réussir. Un tel résultat, obtenu suite à la correction par deux experts, ne pouvait pas être considéré comme arbitraire.

15. Sur quoi, et comme annoncé lors de l'audience du 17 février 2010, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

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).

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.
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).
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'écartent 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.

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

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).

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.

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.

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 13^{ème} 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

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.

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, 2^{ème} 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.

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_____).
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).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 23 avril 2009 par Madame J_____ contre la décision du 24 mars 2009 du département des affaires régionales, de l'économie et de la santé ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 250.- ;

met à la charge de la recourante les frais de la cause s'élevant à CHF 560.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité ;

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 Me Nathalie Landry, avocate de la recourante ainsi qu'au département des affaires régionales, de l'économie et de la santé.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy et Hurni, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

le vice-président :

M. Tonossi

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :