Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.205/2006 /fzc

Arrêt du 19 décembre 2006
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Merkli, Président,
Wurzburger et Berthoud, juge suppléant.
Greffier: M. Vianin.

Parties
X._____,
recourant, représenté par Me Alexandre Curchod, avocat,

contre

Commission d'examens des avocats du canton de Genève, rue de l'Hôtel-de-Ville 14, case postale 3962, 1211 Genève 3,

Tribunal administratif du canton de Genève, rue du Mont-Blanc 18, case postale 1956, 1211 Genève 1.

Objet
Art. 9, 27, 29 al. 2 Cst. (examen d'avocat),

recours de droit public contre l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Genève du 20 juin 2006.

Faits :
A.
Titulaire d'une licence en droit de l'Université de Fribourg, X._____ a effectué un stage d'avocat dans une étude genevoise d'avril 2002 à avril 2004. Il s'est présenté sans succès aux sessions de juin et décembre 2004 de l'examen professionnel en vue de l'obtention du brevet d'avocat et s'est inscrit pour la troisième fois à la session de novembre 2005. Il a obtenu la note de 4,25 à l'épreuve écrite du 1er novembre 2005 (avec coefficient 2), 2 à l'épreuve orale du 16 novembre 2005 et 4 à l'épreuve orale du 23 novembre 2005. Il avait auparavant reçu la note de 4,25 (moyenne) aux examens de procédure et de déontologie.

Par décision du 6 décembre 2005, la Commission d'examens des avocats du canton de Genève (ci-après: la Commission d'examens) a informé X._____ de l'échec de ses examens, sa moyenne étant de 18,75, alors que l'examen final est réussi si le total des points est égal ou supérieur à 20. Cet échec étant le troisième, il était définitif.
B.
Saisi d'un recours dirigé contre la décision précitée, le Tribunal administratif du canton de Genève (ci-après: le Tribunal administratif) l'a rejeté, par arrêt du 20 juin 2006. Il a retenu en substance que le droit d'être entendu de X._____ avait été respecté dans la mesure où il avait pu prendre connaissance du barème de l'examen oral litigieux, des points attribués et des remarques des examinateurs et s'exprimer par écrit. En outre, la note de 2 attribuée à l'examen oral du 16 novembre 2005 avait été fixée sans arbitraire et les documents qu'il avait produits - ses notes de préparation et une retranscription de l'examen rédigée de mémoire - n'étaient pas de nature à entraîner une modification de l'appréciation des examinateurs. Enfin, la limitation à trois du nombre de tentatives d'un candidat à l'examen du brevet d'avocat genevois répondait à un intérêt public et ne violait pas le principe constitutionnel de la liberté économique.

C.
Agissant par la voie du recours de droit public pour violation des art. 9, 27 et 29 al. 2 Cst., X._____ demande au Tribunal fédéral, avec suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt du Tribunal administratif du 22 juin 2006. Ses arguments et ses moyens seront examinés ci-après, dans la mesure utile.
Le Tribunal administratif s'en rapporte à justice quant à la recevabilité du recours et persiste dans les considérants et le dispositif de son arrêt. La Commission d'examens conclut, avec suite de frais, au rejet du recours dans la mesure où il est recevable.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 132 III 291 consid. 1 p. 292; 131 I 266 consid. 2 p. 267, 153 consid. 1 p. 156, 145 consid. 2 p. 147 et les arrêts cités).
1.1 Formé en temps utile contre une décision finale prise en dernière instance cantonale - le recourant étant manifestement touché dans ses intérêts juridiquement protégés au sens de l'art. 88 OJ -, le présent recours est en principe recevable.
1.2 Selon l'art. 90 al. 1 lettre b OJ, l'acte de recours doit - sous peine d'irrecevabilité - contenir un exposé des faits essentiels et un exposé succinct des droits constitutionnels ou des principes juridiques violés, précisant en quoi consiste la violation. Lorsqu'il est saisi d'un recours de droit public, le Tribunal fédéral n'a donc pas à vérifier, de lui-même, si l'acte attaqué est en tout point conforme au droit et à l'équité; il n'examine que les moyens de nature constitutionnelle, invoqués et suffisamment motivés dans le mémoire de recours (ATF 130 I 26 consid. 2.1 p. 31, 258 consid. 1.3 p. 261/262; 110 Ia 1 consid. 2a p. 3/4). En outre, dans un recours pour arbitraire, le recourant ne peut pas se contenter de critiquer l'acte entrepris comme il le ferait dans une procédure d'appel où l'autorité de recours peut revoir librement l'application du droit. Il doit préciser en quoi l'acte attaqué serait arbitraire (ATF 128 I 295 consid. 7a p. 312).

C'est à la lumière de ces principes que doivent être appréciés les moyens soulevés par le recourant.
2.
2.1 Le recourant se plaint en premier lieu de la violation du droit d'être entendu. Il reproche à l'autorité intimée de n'avoir pas exigé la production du procès-verbal de l'examen oral du 16 novembre 2005, de la grille de réponses et du barème des points, de n'avoir pas ordonné la comparution personnelle des parties et d'avoir écarté ses notes de préparation et la retranscription de son examen oral comme moyens de preuve. Il critique également l'absence de motivation de la décision entreprise et de la note qui lui a été attribuée par la Commission d'examens.
2.2 Le contenu du droit d'être entendu est déterminé en premier lieu par les dispositions cantonales de procédure, dont le Tribunal fédéral ne contrôle l'application et l'interprétation que sous l'angle de l'arbitraire; dans tous les cas, l'autorité cantonale doit cependant observer les garanties minimales déduites de l'art. 29 al. 2 Cst., dont le Tribunal fédéral examine librement le respect (ATF 127 III 193 consid. 3 p. 194; cf. aussi ATF 125 I 257 consid. 3a p. 259). Le recourant n'invoquant pas de disposition de droit cantonal particulière, le grief soulevé doit être examiné au regard des principes déduits directement de l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 119 Ia 136 consid. 2c p. 138/139 au sujet de l'art. 4 aCst.).

Le droit d'être entendu garanti constitutionnellement comprend le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier, de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou, à tout le moins, de s'exprimer sur son résultat lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATF 129 II 497 consid. 2.2 p. 504/505; 127 III 576 consid. 2c p. 578/579). A lui seul, l'art. 29 al. 2 Cst. ne confère pas le droit d'être entendu oralement (cf., au sujet de l'art. 4 aCst., ATF 122 II 464 consid. 4c p. 469; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd., Zurich 1998, n. 150, p. 53), ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1 p. 428/429). En effet, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient

l'amener à modifier son opinion (ATF 130 II 425 consid. 2.1 p. 429 et la jurisprudence citée).

Le droit d'être entendu implique également pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision (ATF 126 I 97 consid. 2b p. 102). La motivation d'une décision est suffisante lorsque l'intéressé est mis en mesure d'en apprécier la portée et de la déférer à une instance supérieure en pleine connaissance de cause. Il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé son prononcé. Elle peut ainsi se limiter aux points essentiels pour la décision à rendre (ATF 130 II 530 consid. 4.3 p. 540, 473 consid. 4.1 p. 477).
2.3 Conformément au système mis en place dans le canton de Genève, les candidats ont la faculté d'assister à une séance de correction collective au cours de laquelle deux membres de la Commission d'examens exposent les réponses attendues aux trois épreuves de l'examen final, ainsi que les barèmes appliqués. Ayant participé à cette séance, le recourant a eu l'occasion de prendre connaissance des attentes de la Commission d'examens et du barème appliqué pour l'appréciation de son examen oral du 16 novembre 2005. Dans le cadre de la procédure de recours cantonale, la Commission d'examens a communiqué par écrit les différentes réponses fournies par le recourant aux quatre points que les candidats devaient aborder, a indiqué en quoi ses réponses étaient insatisfaisantes et quelle part de la note maximale de 6 il avait obtenue pour chacun des quatre aspects de l'épreuve. Le recourant a eu l'occasion de se déterminer par écrit lors de l'échange d'écritures de la procédure cantonale de recours, de sorte que l'absence de communication écrite liée à la séance de correction collective ne lui a pas porté préjudice. Selon les explications de la Commission d'examens, il n'est pas tenu de procès-verbal des épreuves orales, la législation
cantonale ne contenant aucune exigence à cet égard. L'autorité intimée n'était donc pas tenue d'ordonner la production d'un tel document. Pour le surplus, le recourant n'était pas en droit d'exiger la production des notes personnelles des examinateurs; de telles notes constituent des documents personnels, qui ne sont pas versés dans les dossiers des candidats et dont la forme et le contenu varient sensiblement selon les examinateurs. En tant que simple aide-mémoire relatif aux différents candidats entendus, ces notes ne reflètent d'ailleurs par toujours intégralement les phases du déroulement d'une épreuve.

Sans indiquer en quoi son audition aurait permis d'établir les faits de manière plus précise, le recourant se plaint de n'avoir pas pu comparaître personnellement lors d'une audience du Tribunal administratif, comme il l'avait requis au pied de sa réplique du 2 mai 2006. Indépendamment du fait que le droit d'être entendu n'emporte pas le droit de s'exprimer oralement, on voit mal, en l'espèce, ce que le recourant aurait pu ajouter utilement aux arguments développés dans les deux écritures déposées, étant précisé que la comparution des parties ne saurait aboutir à une forme de reconstitution de l'épreuve litigieuse.
Le recourant a produit, dans la procédure de recours cantonale, les notes qu'il avait établies lors de la préparation de l'examen oral du 16 novembre 2005, celles de deux autres candidats de la même session ainsi qu'une pièce intitulée "transcription de l'interrogation orale de X._____ devant la commission en date du 16 novembre 2005". C'est à juste titre que le Tribunal administratif a écarté de telles offres de preuves. Les notes prises par les candidats avant l'épreuve ne sont pas de nature à établir le contenu ultérieur de celle-ci. Selon le déroulement de l'épreuve, le candidat peut en effet être amené à s'en écarter. La spécificité de l'examen oral étant de tester les réactions des candidats à des questions, remarques ou suggestions des examinateurs, la production de documents écrits préétablis n'est pas déterminante. A cela s'ajoute que la fiabilité de notes personnelles ou de reconstitutions ultérieures d'une épreuve orale n'est pas suffisante pour conférer à de tels documents une quelconque force probante.

S'agissant du prétendu défaut de motivation de la note attribuée à l'épreuve orale du 16 novembre 2005 et de la décision entreprise, il faut constater que la Commission d'examens a respecté son devoir de motivation dans la réponse au recours déposé devant l'autorité intimée. Elle a rappelé les insuffisances des réponses du recourant au sujet des aspects principaux de l'analyse de la consultation en cause et a justifié les points attribués pour chacun d'eux. Le recourant a ainsi été en mesure de défendre ses droits devant le Tribunal administratif. Pour sa part, ce dernier a exposé de manière suffisamment claire que l'affirmation du recourant selon laquelle il avait compris, pour l'essentiel, les problèmes posés, ne résistait pas aux explications fournies par les examinateurs, en particulier du fait que la retranscription de l'épreuve, à laquelle il avait procédé a posteriori, ne pouvait pas être retenue comme moyen de preuve. Même si elle n'est pas particulièrement développée, la motivation de

l'autorité intimée était suffisante pour que le recourant puisse en apprécier la portée et la déférer à une instance supérieure en connaissance de cause.

Le grief de violation du droit d'être entendu est en conséquence infondé.
3.
3.1 Le recourant soulève à plusieurs égards le grief d'arbitraire.

Une décision est arbitraire lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou qu'elle heurte d'une 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 si elle apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain. De plus, pour qu'une décision soit annulée, il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable; il faut encore que cette décision soit arbitraire dans son résultat. En outre, il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution - en particulier une autre interprétation de la loi - que celle de l'autorité intimée paraît concevable, voire préférable (ATF 131 I 217 consid. 2.1 p. 219; 129 I 173 consid. 3.1 p. 178; 120 Ia 369 consid. 3a p. 373). Enfin, lorsque le recourant s'en prend à l'appréciation des preuves et à l'établissement des faits, la décision n'est arbitraire que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables (ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9).

En matière de résultats d'examens, le Tribunal fédéral fait en outre preuve d'une réserve toute particulière. Il se borne à vérifier que l'autorité chargée d'apprécier l'examen ne se soit pas laissé guider par des considérations étrangères à l'examen ou de toute évidence insoutenables pour d'autres raisons (ATF 131 I 467 consid. 3.1 p. 473 et les références).
3.2
3.2.1 Le recourant fait grief à l'autorité intimée de n'avoir pas tenu compte des informations objectives dont elle disposait, soit la correction publique et ses notes personnelles, pour les opposer à l'appréciation de la Commission d'examens. En outre, c'est arbitrairement qu'elle aurait confirmé une notation ne lui attribuant qu'un seul point en sus du point de présence accordé à tout candidat, alors qu'il n'avait "pas fait fausse route", n'avait pas commis d'erreur grossière et n'avait pas compromis les intérêts qu'il était chargé de défendre.
3.2.2 Les notes personnelles du recourant, tout comme sa reconstitution de l'épreuve orale, ne sauraient constituer des informations objectives, puisqu'elles sont dépourvues de force probante (cf. consid. 2.3 ci-dessus). En attribuant à son épreuve les mérites qui auraient justifié une notation de 4 ou à tout le moins de 3,25, le recourant procède à une appréciation de sa propre prestation, telle qu'elle devrait, selon lui, nécessairement découler du déroulement de l'examen, comme ses documents personnels permettraient de le reconstituer. Ce faisant, il se borne à opposer, comme il le ferait dans une procédure d'appel, sa propre version des faits à celle résultant de l'appréciation de la Commission d'examens. Dans cette mesure, son argumentation ne satisfait pas aux exigences de motivation de l'art. 90 al. 1 lettre b OJ. C'est donc en vain qu'il soutient avoir proposé des solutions correspondant globalement à celles données lors de la correction publique.

Selon la grille de correction de l'épreuve litigieuse, chacun des quatre aspects principaux à traiter entraînait l'attribution de points déterminés, soit 0,75 pour le point 1, 1 pour le point 2, 2,25 pour le point 3 et 2 pour le point 4, le total correspondant à la note maximum de 6. C'est dire que ce barème ne prévoyait pas, contrairement à ce qu'affirme le recourant, l'attribution automatique d'un point de présence. Il est, par ailleurs, indifférent que la Commission d'examens n'ait pas distingué les points attribués pour la présentation du sujet de ceux obtenus pour les réponses aux questions posées par les examinateurs. La notation a été effectuée en fonction des quatre aspects principaux de l'épreuve, chacun d'eux étant apprécié tant au regard de l'exposé initial que des réponses aux questions subséquentes.
3.3
3.3.1 Toujours en relation avec le grief d'arbitraire, le recourant soutient que le système genevois des examens d'avocat ne garantit pas l'objectivité des résultats, du fait qu'il y a seulement deux examinateurs. L'exigence de transparence ne serait pas satisfaite non plus, du moment que l'épreuve orale n'est pas publique.

3.3.2 Le recourant soulève ce grief pour la première fois devant le Tribunal fédéral.

Bien que les griefs de violation des droits constitutionnels soient soumis à la règle de l'épuisement des instances cantonales (art. 86 OJ), la jurisprudence admet la recevabilité de moyens de droit nouveaux lorsque l'autorité cantonale de dernière instance disposait d'un libre pouvoir d'examen et devait appliquer le droit d'office. Cette exception ne vaut toutefois que pour les griefs qui ne se confondent pas avec l'arbitraire (ATF 119 Ia 88 consid. 1a p. 90 et la jurisprudence citée). En l'occurrence, soulevé précisément en relation avec l'interdiction de l'arbitraire, le moyen nouveau du recourant est dès lors irrecevable.

A supposer que ce moyen soit recevable, il devrait de toute manière être rejeté. En effet, dans le canton de Genève, le nombre des examinateurs est fixé à l'art. 18 al. 3 du règlement du 5 juin 2002 d'application de la loi sur la profession d'avocat (RS/GE E 6 10.01) et le déroulement à huis clos est prévu à l'art. 21 al. 1 dudit règlement. La présence de deux examinateurs, qui constitue un minimum pour conserver le caractère contradictoire d'une appréciation, peut être qualifiée de suffisante. Elle est d'ailleurs prévue pour d'autres examens, tels que les examens de maturité (cf. art. 21 al. 2 de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'examen suisse de maturité [RS 413.12]) et de nombreux examens universitaires. Quant à l'interdiction du huis clos, fondée sur le principe de la publicité comme garantie de procédure, elle découle de la notion de procès équitable et ne s'applique pas en matière d'examens. Les cantons sont donc libres de prévoir le huis clos pour les examens d'avocat, que ce soit pour assurer la tranquillité des candidats ou pour favoriser des modalités d'examens permettant de soumettre l'ensemble des candidats aux mêmes épreuves. Ces préoccupations prennent d'autant plus d'importance que le nombre de candidats est
élevé, comme c'est le cas à Genève. Au demeurant, le huis clos est également prévu par la réglementation de certains des cantons cités par le recourant pour les besoins de sa comparaison (voir p. ex. pour le canton de Neuchâtel l'art. 21 du règlement du 21 mai 2003 d'exécution de la loi sur la profession d'avocat ou d'avocate [RLAv, RS/NE 165.101], aux termes duquel l'examen n'est pas public).

Le grief tiré de la violation de l'interdiction de l'arbitraire doit ainsi être écarté, dans la mesure où il est recevable.

4.

4.1 Invoquant la liberté économique, le recourant soutient en dernier lieu que le système genevois régissant l'accès au barreau est contraire à l'art. 27 Cst., dans la mesure où seuls deux examinateurs sont présents lors de l'épreuve orale pour l'obtention du brevet d'avocat se déroulant à huis clos et compte tenu de la limitation à trois du nombre de tentatives de passer cet examen. Après avoir rappelé certaines spécificités de l'examen professionnel d'avocat dans le canton de Genève (taux d'échecs et d'échecs définitifs très élevés, obligation de se représenter à l'ensemble des examens en cas de tentative infructueuse, étendue de la matière pouvant faire l'objet d'un sujet d'examen), le recourant soutient que la limitation à trois du nombre de tentatives ne répond pas à un intérêt public et que la protection du public serait tout aussi bien assurée par d'autres mesures moins incisives que l'interdiction de se représenter à vie aux examens du brevet d'avocat.

4.2 Selon l'art. 27 al. 1 Cst., la liberté économique est garantie. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 132 I 97 consid. 2.1 p. 99/100; 128 I 19 consid. 4c/aa p. 29).

Conformément à l'art. 36 al. 1 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale; les restrictions graves doivent être prévues par une loi; les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés. Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 36 al. 2 Cst.) et proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst.). Sont autorisées les mesures de police, les mesures de politique sociale ainsi que les mesures dictées par la réalisation d'autres intérêts publics (ATF 125 I 322 consid. 3a p. 326; Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 2ème éd. Berne 2006, no 975 ss, p. 457). Sont en revanche prohibées les mesures de politique économique ou de protection d'une profession qui entravent la libre concurrence en vue de favoriser certaines branches professionnelles ou certaines formes d'exploitation (ATF 130 I 26 consid. 4.5 p. 43; 125 I 209 consid. 10a p. 221, 322 consid. 3a p. 326 et la jurisprudence citée).

La profession d'avocat bénéficie de la liberté économique, de sorte que toute limitation de son exercice doit respecter les exigences de l'art. 36 al. 1 Cst. (ATF 130 II 87 consid. 3 p. 92; 122 I 130 consid. 3a p. 133 et les arrêts cités).
4.3 La protection des justiciables impose de s'assurer que l'avocat, qui jouit d'un certain monopole de la représentation des parties en justice, dispose des compétences nécessaires pour exercer sa profession. Comme le relève pertinemment la Commission d'examens dans sa réponse au recours, cette protection serait plus faible si le nombre de tentatives à l'examen était multiplié à l'infini. Il suffirait au candidat de se représenter jusqu'à ce que le hasard lui permette d'être confronté à une question juridique qu'il a déjà examinée de manière approfondie ou, de manière plus générale, à une matière qu'il maîtrise mieux qu'une autre. Il est requis des candidats à l'exercice de la profession d'avocat qu'ils disposent des connaissances de base de la profession qu'ils entendent exercer. La vérification de ces connaissances est opérée au travers de diverses épreuves pratiques, dont le but est de les confronter à des situations qu'ils rencontreront dans l'exercice de leur métier. Or, le candidat qui échoue à trois reprises à de telles épreuves ne peut pas prétendre avoir les qualités et le profil requis pour la pratique du barreau. L'opiniâtreté à se représenter aux examens ne saurait pallier l'absence de maîtrise des bases du métier, évaluée à trois reprises. La suggestion du recourant de recourir à des mesures moins incisives que l'échec définitif après trois essais infructueux n'est pas de nature à infirmer ces constatations.

Pour le surplus, les moyens du recourant liés au nombre d'examinateurs et au déroulement à huis clos de l'épreuve orale ont déjà été examinés sous l'angle du principe de l'interdiction de l'arbitraire (cf. consid. 3.3.2 ci-dessus). Le sort réservé à son argumentation ne doit pas être différent sous l'angle de la liberté économique.

La réglementation genevoise organisant les modalités de l'examen professionnel en vue de l'obtention du brevet d'avocat n'est donc pas contraire au principe constitutionnel de la liberté économique.
5.
Vu ce qui précède, le recours sera rejeté dans la mesure où il est recevable.

Succombant, le recourant doit supporter les frais judiciaires (art. 156 al. 1, 153 et 153a OJ) et n'a pas droit à des dépens (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
Un émolument judiciaire de 2'000 fr. est mis à la charge du recourant.
3.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire du recourant, à la Commission d'examens des avocats et au Tribunal administratif du canton de Genève.
Lausanne, le 19 décembre 2006
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: