

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/169/2018-FPUBL

ATA/386/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 24 avril 2018

dans la cause

ASSOCIATION A_____

Monsieur B_____

Madame C_____

tous représentés par Me Romain Jordan, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE, DE LA CULTURE ET DU
SPORT**

EN FAIT

- 1) Par arrêt du 19 mai 2016 (ACST/7/2016), la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (ci-après : la chambre constitutionnelle), a rejeté, dans la mesure où il était recevable, le recours interjeté le 14 décembre 2015 par l'association A_____ (ci-après : A_____), Mme C_____, mère d'un enfant né en 2010, M. D_____, père de deux enfants nés respectivement en 1993 et 1997, et M. B_____, père de deux enfants nés respectivement en 1990 et 1992, contre l'art. 49 de la loi 11'470 sur l'instruction publique du 17 septembre 2015.

Le recours tendait à ce qu'il soit fait injonction au Grand Conseil d'adopter une réglementation prévoyant qu'au moins trois périodes hebdomadaires d'éducation physique soient assurées à l'école obligatoire genevoise.

La chambre constitutionnelle a retenu que le droit fédéral imposait aux cantons de prévoir au moins trois périodes hebdomadaires d'éducation physique durant la scolarité obligatoire, indépendamment de toute considération d'ordre financier, organisationnel ou ayant trait aux infrastructures en place et sans égard aux sorties occasionnelles, aux camps de ski et autres journées sportives planifiées en sus. Les normes fédérales prévoyant cette obligation ne nécessitaient pas de transposition par les cantons dans un acte de rang législatif, de sorte que l'art. 49 de la loi 11'470 n'était pas contraire au droit supérieur.

L'arrêt est entré en force sans avoir été contesté.

- 2) Le 25 mai 2016, l'A_____ et « différents parents d'élèves », représentés par leur conseil, ont adressé à la conseillère d'État en charge du département de l'instruction publique, de la culture et du sport (ci-après : DIP ou département) un courrier faisant suite à l'ACST/7/2016 précité, la mettant en demeure de procéder dans le sens de la mise en œuvre de l'exigence de troisième heure d'éducation physique et de leur donner la garantie, « par décision administrative (art. 4A de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10) », que tel serait le cas au plus tard au jour de la rentrée scolaire prochaine, de 2016.
- 3) Par pli du 15 juin 2016, la conseillère d'État a répondu que l'instauration de trois heures hebdomadaires d'éducation physique durant la scolarité obligatoire ne pourrait avoir lieu à la prochaine rentrée scolaire, cette dernière se préparant de nombreux mois à l'avance et les grilles horaires ne pouvant être modifiées rapidement. Le DIP entendait examiner comment traduire le cadre fédéral et proposait une rencontre en septembre 2016 avec l'A_____ sur cette problématique, invitant l'association à prendre contact pour fixer une date.

- 4) Par acte du 8 août 2016, l'A_____, Mme C_____ et M. B_____ ont recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le courrier susmentionné, considéré comme une décision notifiée le 20 juin 2016. Ils ont conclu à son annulation et sa réforme en ce sens que les trois heures d'éducation physique devaient être prévues dans « le programme scolaire 2016-2017 ». Ils ont requis, à titre de mesures provisionnelles, qu'il soit ordonné au DIP de mettre en œuvre sans délai les démarches nécessaires à la mise en place de l'exigence de trois heures d'éducation physique par semaine dans la grille horaire des écoles primaires et secondaires pour la période scolaire 2016-2017.

Le courrier du 15 juin 2016 était une décision qui violait le droit fédéral, les problèmes organisationnels de l'administration ne pouvant pas justifier une lenteur dans la mise en œuvre d'une obligation légale.

- 5) Par arrêt du 23 août 2016 (ATA/693/2016), la chambre administrative a rejeté, en tant qu'il était recevable, ce recours et a mis un émolument de CHF 1'000.- à la charge des recourants, pris conjointement et solidairement.

La question de savoir si et dans quelle mesure le courrier du 15 juin 2016 pouvait être considéré comme une décision pouvait demeurer ouverte.

La qualité pour recourir des parties était laissée également ouverte.

Au fond, il était notoire – et cela devrait l'être d'autant plus pour une association d'enseignants – que la mise en place des grilles horaires ne pouvait s'improviser et nécessitait une réflexion pour intégrer toutes les contraintes d'enseignement. En demandant d'introduire abruptement, soit dans le programme scolaire 2016-2017, une troisième heure de gymnastique, les recourants ne pouvaient ignorer que le DIP ne pouvait y donner suite sans désorganiser complètement tous les niveaux d'enseignement obligatoire, au détriment des enfants principalement. Dès lors, le DIP était fondé à indiquer que la mise en œuvre de cette troisième période – à rigueur de texte fédéral, qui n'imposait pas de durée pour ladite période – ne pourrait avoir lieu pour la rentrée scolaire 2016-2017, avant de proposer aux recourants d'échanger sur la problématique de la concrétisation du droit fédéral afin de trouver des solutions réalisables et concertées. Au vu de la teneur du droit fédéral et de l'ACST/7/2016 précité, le DIP avait entrepris à juste titre rapidement les démarches pour y parvenir.

Compte tenu de ce qui précédait, demeureraient ouvertes la question de la recevabilité de conclusions portant sur un objet impossible, tout comme celle des conséquences à tirer du fait de ne recourir que le 8 août 2016 en se prévalant de la suspension de délai entre le 15 juillet et le 15 août prévue par l'art. 63 al. 1 let. b LPA, en demandant des mesures provisionnelles urgentes et en prenant des

conclusions visant le programme scolaire 2016-2017 qui devait s'appliquer à la rentrée scolaire prévue le 29 août 2016.

Le recours, manifestement mal fondé en tant qu'il était recevable, était rejeté sans instruction (art. 72 LPA).

- 6) Par lettre du 24 août 2016, l'A_____ et les parents d'élèves susmentionnés ont fait part à la conseillère d'État qu'ils ne pouvaient pas accepter sa position, consistant à remettre à plus tard la mise en œuvre de la troisième heure d'éducation physique.
- 7) Le 26 septembre 2016, l'A_____, Mme C_____ et M. B_____ ont formé un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral (cause 2C_901/2016), reprenant en substance leurs conclusions formulées devant la chambre administrative.
- 8) Une séance s'est tenue le 29 septembre 2016 entre les intéressés et le DIP.
- 9) Par pli du 25 novembre 2016 faisant suite à cette rencontre, l'A_____ et les parents d'élèves susmentionnés ont constaté être sans nouvelles de la conseillère d'État et l'ont invitée à leur répondre sans délai. Sans nouvelles de sa part d'ici la fin du mois, ils n'auraient « d'autre choix que de constater à nouveau le déni de justice précité ».
- 10) Le 28 février 2017, l'A_____, Mme C_____ et M. B_____ ont transmis au Tribunal fédéral une correspondance de la conseillère d'État datée du 23 février 2017, dans laquelle celle-ci confirmait qu'une troisième période hebdomadaire d'éducation physique en « 9^{ème} R1 et R2 » était prévue dès la rentrée scolaire 2017 pour l'ensemble des cycles d'orientation (niveau secondaire) du canton ; il était en outre indiqué que l'introduction de la troisième période d'éducation physique serait étendue à l'ensemble des classes du cycle d'orientation dès la révision de la grille horaire, prévue à l'horizon de la rentrée scolaire 2018 ou 2019. Ce courrier a également été transmis au Tribunal fédéral par le DIP.
- 11) Par lettre du 28 avril 2017, la conseillère d'État, en réponse à un courrier de l'A_____ du 27 mars 2017, a informé celle-ci qu'elle serait associée aux travaux liés à la révision de la grille horaire du cycle d'orientation, à l'instar des autres partenaires du DIP concernés par cette révision.

Concernant le calendrier de mise en œuvre de la troisième heure, elle renvoyait aux termes de son pli du 23 février 2017, qui confirmait ses engagements communiqués lors de la dernière rencontre, le 20 janvier 2017.

- 12) Par arrêt du 24 mai 2017 (2C_901/2016), le Tribunal fédéral a rejeté le recours dans la mesure où il était recevable.

Ainsi que l'avait relevé la chambre administrative, qui avait toutefois laissé la question ouverte, on pouvait douter que le courrier du DIP du 15 juin 2016 constituât une décision au sens du droit de procédure cantonal (art. 4 et 4A LPA). Comme aucun grief répondant aux exigences de l'art. 106 al. 2 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) n'était formulé sur ce point, il n'y avait toutefois pas lieu d'examiner plus avant cette question (consid. 2.1).

L'objet du litige portait exclusivement sur la question de savoir si la chambre administrative avait considéré à bon droit que le DIP pouvait indiquer aux recourants que la mise en place de la troisième heure d'éducation physique n'aurait pas lieu à la rentrée scolaire 2016, respectivement dans le programme scolaire 2016-2017. Il ne s'agissait par conséquent pas de déterminer de manière générale, comme le laissaient entendre les recourants, quand et de quelle manière la troisième heure d'éducation physique à l'école obligatoire devait être mise en œuvre dans le canton de Genève (consid. 3.2).

La motivation de la chambre administrative indiquant que la mise en place de grilles horaires ne pouvait pas s'improviser et qu'une modification abrupte de celles-ci désorganiserait les niveaux d'enseignement obligatoire, au détriment des enfants, valait manifestement tant pour la mise en place d'une troisième période d'éducation physique quelques semaines avant la rentrée scolaire 2016 qu'au cours de l'année scolaire 2016-2017, les contraintes et difficultés étant identiques dans les deux situations. Contrairement à ce que prétendaient les recourants, la chambre administrative avait ainsi entièrement répondu à leur conclusion (consid. 5.3).

Selon les faits de l'arrêt attaqué, le département n'avait pas signifié aux recourants dans son courrier du 15 juin 2016 qu'il n'entendait pas mettre en œuvre la troisième période d'éducation physique à l'école obligatoire ou qu'il envisageait de supprimer des heures d'éducation physique, mais uniquement qu'il ne pourrait accéder à leur demande, formulée en mai 2016, de changer les programmes scolaires pour la rentrée scolaire 2016. Cette indication, confirmée par la chambre administrative, ne contredisait pas en soi l'art. 12 al. 4 de la loi fédérale sur l'encouragement du sport et de l'activité physique du 17 juin 2011 (LESp - RS 415.0). La LESp ne contenait en outre pas de disposition transitoire fixant un délai de mise en œuvre de l'art. 12 al. 4 LESp. De plus, l'arrêt de la chambre constitutionnelle du 19 mai 2016, tout en constatant que le droit fédéral devait être respecté, n'avait pas non plus fixé de délai pour ce faire. Si l'absence de délai dans la loi pouvait être comprise dans le sens que la législation fédérale devait être mise en œuvre dès que possible, on ne saurait néanmoins en déduire que le canton devait changer intégralement ses grilles horaires à quelques semaines de la rentrée ou en cours d'année scolaire. Dans ce contexte, on ne pouvait faire grief à la chambre administrative, sous l'angle du principe de

proportionnalité, d'avoir mis en balance la demande des recourants, formulée en mai 2016 et faisant suite à l'arrêt de la chambre constitutionnelle du 19 mai 2016, à voir la troisième période d'éducation physique inscrite au programme scolaire 2016-2017 avec les nombreux (et notoires) impératifs de l'organisation des programmes scolaires, qui impliquaient notamment de prendre en considération toutes les matières enseignées. La chambre administrative avait également tenu compte des démarches entreprises par le DIP pour mettre en œuvre la troisième période d'éducation physique à l'école obligatoire, qui étaient confirmées par le courrier du 23 février 2017 mentionnant l'introduction partielle au cycle d'orientation de cette période à la rentrée 2017. Ces démarches démontraient que le canton de Genève entendait désormais se conformer à ses obligations dès que possible. Dans ces circonstances, la confirmation par la chambre administrative du courrier du département du 15 juin 2016 indiquant aux recourants que la troisième période d'éducation physique ne pourrait pas être introduite à la rentrée 2016, respectivement au cours de l'année scolaire 2016-2017, ne violait pas l'art. 12 al. 4 LESP (consid. 6.2).

Malgré le rejet du recours, et compte tenu du flou qui entourait la mise en œuvre de l'art. 12 al. 4 LESP, dont l'origine découlait non seulement de l'absence de disposition transitoire assortissant l'injonction figurant dans la loi, mais aussi des décisions et déclarations des autorités cantonales, il convenait de préciser qu'il appartenait au canton d'introduire une troisième période d'éducation physique hebdomadaire pour tous les niveaux de l'école obligatoire dans les plus brefs délais (consid. 6.4).

- 13) Le 21 juin 2017, faisant suite audit arrêt du Tribunal fédéral, l'A_____, par son avocat, a écrit à la conseillère d'État.

Si elle avait pris note avec satisfaction du fait que les « 9^{ème} R1 et R2 » auraient une troisième heure de gymnastique dès la rentrée 2017, ce seul engagement ne remplissait pas les exigences posées aussi bien par le droit fédéral que par l'arrêt précité.

La conseillère d'État était dès lors invitée, dans les quinze jours, à lui répondre « avec un calendrier précis de mise en œuvre, ainsi qu'un descriptif précis et détaillé comme dans son calendrier des mesures transitoires visant à pallier l'absence de mise en œuvre effective dès la rentrée prochaine de l'exigence de la 3^{ème} heure ».

- 14) Par écrit du 11 juillet 2017, la conseillère d'État a confirmé la teneur de ses courriers des 23 février et 28 avril 2017.
- 15) Par arrêt du 2 août 2017 (ATA/1128/2017), la chambre administrative a rejeté une réclamation formée par l'A_____, Mme C_____ et M. B_____ au sujet du montant de l'émolument fixé dans l'ATA/693/2016 précité.

- 16) Par courrier du 20 décembre 2017 répondant à un pli de l'A_____ du 4 décembre 2017, la conseillère d'État a rappelé qu'un déploiement partiel de la troisième heure de gymnastique avait eu lieu lors de la rentrée scolaire 2017-2018 « dans les collèges du cycle d'orientation du canton de Genève ». Ce déploiement serait poursuivi lors de l'adaptation de la grille horaire du cycle d'orientation prévu à la rentrée scolaire 2019-2020.

Elle proposait à l'association qu'une rencontre ait lieu avant la fin de l'année scolaire.

- 17) Le 22 décembre 2017, l'A_____ lui a répondu en constatant que le calendrier indiqué était des plus flous et sans aucune garantie, et lui a imparti un ultime délai au 8 janvier 2018 pour lui revenir avec un calendrier précis de la mise en œuvre de la troisième heure, à défaut de quoi elle s'estimerait victime d'un déni de justice caractérisé.

- 18) Par pli du 9 janvier 2018, l'A_____ a fait part à la conseillère d'État que, constatant qu'à part la convocation de nouvelles réunions le département ne donnait aucun engagement concret concernant la mise en œuvre de la troisième heure d'éducation physique, elle allait, avec ses membres, se tourner à regret vers la justice.

- 19) Par écrit du même jour, la conseillère d'État a répondu que tous les recours de l'A_____ avaient été rejetés et que les autorités judiciaires n'avaient aucunement conclu à un déni de justice à l'égard de celle-ci concernant cet objet.

Elle avait toujours voulu favoriser un dialogue constructif entre le DIP et l'A_____ au sujet de cette thématique. Il était confirmé que l'association serait associée aux travaux liés à la révision de la grille horaire, au plus tard avant la fin de l'année scolaire 2017-2018.

- 20) Par courrier du 11 janvier 2018, l'A_____, constatant qu'aucun engagement concret ni calendrier précis ne lui avait été donné, a fait part à la conseillère d'État qu'elle allait procéder.

- 21) Par acte expédié le 17 janvier 2018 au greffe de la chambre administrative, l'A_____, Mme C_____ et M. B_____ ont formé recours pour déni de justice. Ils concluaient, « avec suite de frais et dépens », à la constatation du déni de justice commis par le DIP et, cela fait, au renvoi de la cause à celui-ci afin qu'il mette en œuvre « dans les plus brefs délais » la troisième heure d'éducation physique dans tous les degrés de l'école obligatoire à Genève, à défaut qu'il rende une décision sujette à recours, dans le sens des considérants, dans les dix jours.

Ils se prévalaient, premièrement, d'une violation par le DIP de l'art. 4A LPA, deuxièmement, d'un déni de justice.

- 22) Par réponse du 1^{er} mars 2018, le DIP a conclu à l'irrecevabilité de ce recours, « avec suite de frais ».

Le grief des recourants afférent à l'art. 4A LPA était irrecevable, ceux-ci n'ayant jamais sollicité de sa part une décision fondée sur cette disposition légale.

Les échéances prévues dans son courrier du 23 février 2017, qui démontrait selon l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_901/2016 précité que le canton de Genève entendait désormais se conformer à ses obligations dès que possible, avaient jusqu'à ce jour été respectées. En réalité, les intéressés s'en prenaient à la célérité des mesures qu'il avait prises, grief qui ne relevait pas du déni de justice.

- 23) Par réplique du 20 mars 2018, l'A_____, Mme C_____ et M. B_____ ont persisté dans les conclusions de leur recours.

Il incombait à la chambre administrative d'ordonner au département de mettre en œuvre sans délai, et au plus tard d'ici la rentrée 2018, à tous les niveaux de l'école obligatoire, une troisième période d'éducation physique.

- 24) Par lettre du 21 mars 2018, la chambre administrative a informé les parties que la cause était gardée à juger.

- 25) Pour le reste, les arguments des parties seront, en tant que de besoin, repris dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

- 1) a. La chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 132 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).

Sauf exceptions prévues par la loi ou lorsque le droit fédéral ou une loi cantonale prévoit une autre voie de recours (art. 132 al. 8 LOJ), elle statue sur les recours formés contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6 al. 1 let. a et e et 57 LPA (art. 132 al. 2 LOJ).

b. Saisie d'un recours, la chambre administrative applique le droit d'office. Elle est liée par les conclusions des parties, mais non par les motifs que les parties invoquent (art. 69 al. 1 LPA), ni par leur argumentation juridique (ATA/583/2016 du 8 juillet 2016 consid. 1b ; ATA/909/2015 du 8 septembre 2015 consid. 2).

- 2) a. À teneur de l'art. 60 al. 1 LPA, ont qualité pour recourir les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée (let. a) et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (let. b).

Les let. a et b de cette disposition doivent se lire en parallèle. Ainsi, le particulier qui ne peut faire valoir un intérêt digne de protection ne saurait être admis comme partie recourante, même s'il était partie à la procédure de première instance (ATA/251/2018 du 20 mars 2018 consid. 2a, et les arrêts cités).

Cette notion de l'intérêt digne de protection correspond aux critères exposés à l'art. 89 al. 1 let. c LTF, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007 (LTF - RS 173.110) que les cantons sont tenus de respecter, en application de la règle d'unité de la procédure qui figure à l'art. 111 al. 1 LTF (arrêt du Tribunal fédéral 1C_152/2012 du 21 mai 2012 consid. 2.1 ; ATA/170/2018 du 20 février 2018 consid. 3a, et les références citées).

À teneur de la jurisprudence, cet intérêt doit être direct et concret ; en particulier, la partie recourante doit se trouver, avec la décision entreprise, dans un rapport suffisamment étroit, spécial et digne d'être pris en considération. Elle doit être touchée dans une mesure et avec une intensité plus grande que l'ensemble des administrés. En d'autres termes, l'intérêt invoqué, qui n'est pas nécessairement un intérêt juridiquement protégé, mais qui peut être un intérêt de fait, doit se trouver, avec l'objet de la contestation, dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération (ATF 143 II 506 consid. 5.1, et les arrêts cités). Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt général ou dans l'intérêt d'un tiers est exclu. Cette exigence a été posée de manière à empêcher l'action populaire (ATF 135 II 145 consid. 6.1 ; 133 V 239 consid. 6.3 ; ATA/57/2018 du 23 janvier 2018 consid. 3b ; ATA/211/2017 du 21 février 2017 consid. 3b). Un intérêt purement théorique à la solution d'un problème est de même insuffisant (ATA/57/2018 précité consid. 3b ; ATA/805/2013 du 10 décembre 2013 consid. 1c).

b. Sont considérées comme des décisions au sens de l'art. 4 al. 1 LPA les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal ou communal et ayant pour objet : de créer, de modifier ou d'annuler des droits et des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (let. c).

L'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) – à teneur duquel toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire, la Confédération et les cantons pouvant, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels – étend le contrôle judiciaire en principe à toutes les contestations juridiques. Il s'agit en particulier de contestations portant sur les droits et les obligations de personnes (physiques ou morales). Ces droits et obligations ne découlent pas de la garantie de l'accès au juge elle-même, mais de ceux et celles que confère ou impose à l'intéressé un état de fait visé, notamment, par la Constitution fédérale, la loi ou encore une ordonnance. La garantie ne s'oppose pas aux conditions de recevabilité

habituelles du recours ou de l'action. Par ailleurs, elle s'étend également à certains actes matériels de l'administration (ATF 136 I 323 consid. 4.3, et les références citées).

La décision comme acte juridique a pour objet de régler la situation d'administrés en tant que sujets de droit et donc, à ce titre, distincts de l'État ou, en d'autres termes, extérieurs à l'administration. On oppose dans ce contexte la décision à l'acte interne ou mesure organisationnelle. Deux critères permettent généralement de déterminer si on a affaire à une décision ou à un acte interne de l'administration. D'une part, le destinataire de l'acte interne en est l'administration elle-même, dans l'exercice de ses tâches (ATF 136 I 323 consid. 4.4, et les références citées). D'autre part, l'acte interne n'a – à l'instar des autres types d'actes matériels (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 52 et 666) – pas pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations d'un sujet de droit en tant que tel, ne revêt donc pas la forme de la décision et n'est en règle générale pas susceptible de recours, quoiqu'une telle mesure produise des effets médiats – ou indirects – sur les particuliers, tel le changement de nom d'une rue ou d'un office postal. Les cantons ne sont pas obligés d'adopter le même dispositif de protection contre les actes matériels que l'art. 25a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021). L'art. 29a Cst. exige toutefois que la protection juridique soit accessible au moins lorsqu'un acte matériel, en particulier un acte interne, touche des positions juridiques individuelles dignes de protection de titulaires de droits et d'obligations face à l'État – en d'autres termes lorsque ledit acte touche des droits ou obligations des personnes intéressées et que ces dernières disposent d'un intérêt digne de protection pour le contester – ; élucider si un tel acte porte effectivement atteinte aux droits ou obligations de la personne concernée relève du jugement à porter sur le fond (ATF 143 I 336 consid. 4.2 = JdT 2017 I 197). Des positions juridiques dignes de protection peuvent résulter de la Constitution, de la loi ou encore d'une ordonnance, ceci dans tous les domaines du droit. Une position juridique ainsi protégée existe en tous les cas lorsqu'une personne fait valoir de manière plausible un droit à une action ou à une omission de l'État, qui serait violé par l'acte interne attaqué (ATF 143 I 336 consid. 4.3 = JdT 2017 I 197).

En matière de scolarité, les cours et les actions y relatives des organes de l'école se caractérisent par le fait qu'il s'agit dans la plupart des cas d'actes matériels, plus particulièrement d'actes internes ou mesures organisationnelles, et ne sont pas attaquables. Une possibilité de recourir contre une décision existe toutefois si la situation juridique des élèves est en jeu et que des devoirs particuliers ou d'autres désavantages ne découlant pas déjà de leur statut spécial leur sont imposés (arrêt du Tribunal fédéral 2C_272/2012 du 9 juillet 2012 consid. 4.4.3, et les références citées). Dans cet arrêt, qui se réfère au droit fédéral antérieur à l'entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2012 de la LEsp, le Tribunal fédéral a

admis le recours dirigé contre un arrêt cantonal de dernière instance refusant d'entrer en matière sur un recours contre une décision d'un exécutif cantonal supprimant, pour des motifs d'économie, les cours d'éducation physique dans les écoles professionnelles. Il a considéré que cette mesure touchait les droits et obligations des élèves, dès lors que les cantons étaient tenus, de par le droit fédéral, de dispenser des cours d'éducation physique dans les écoles professionnelles et qu'à cette obligation correspondait le droit des élèves à recevoir lesdits cours, de sorte que l'acte en cause était sujet à recours (arrêt du Tribunal fédéral 2C_272/2012 précité consid. 4.4, auquel s'est référé l'ACST/7/2016 précité consid. 11d).

Certaines décisions sont qualifiées de générales ou collectives selon les auteurs. Il s'agit d'un acte de l'administration visant à régler une situation déterminée, mais qui s'adresse à un nombre indéterminé de personnes (ATF 134 II 272 ; ATA/910/2015 du 8 septembre 2015 consid. 3d ; ATA/922/2014 du 25 novembre 2014 consid. 4c ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 809). A ainsi été considéré comme tel un arrêté suspendant l'augmentation du traitement du personnel d'un canton pendant une année scolaire déterminée (ATF 125 I 313 consid. 2a). Le régime des décisions générales est hybride. Il emprunte à la fois à celui de la décision et à celui de la norme (Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 811). Il s'agit d'actes qui, comme une décision particulière, régissent une situation déterminée, mais qui, à l'instar d'une norme légale, s'adressent à un nombre important de personnes qui ne sont individuellement pas déterminées. Ils ont vocation à s'appliquer directement à la majorité des intéressés potentiels en fonction d'une situation de fait suffisamment concrète, sans qu'il ne soit besoin de les mettre en œuvre au moyen d'un autre acte de l'autorité (ATF 134 II 272 consid. 3.2 ; 2C_330/2013 du 10 septembre 2013 consid. 3.4.5 ; 2C_609/2010 du 18 juin 2011 consid. 1.1.1). Du point de vue de la protection juridique, une décision générale est susceptible de faire l'objet d'un recours direct (ATF 126 II 300 consid. 1 ; 125 I 313 consid. 2b ; 112 Ib 249 consid. 2b ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 811).

c. Aux termes de l'art. 4A LPA – intitulé « droit à un acte attaquant » –, toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour des actes fondés sur le droit fédéral, cantonal ou communal et touchant à des droits ou des obligations : s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir, ou les révoque (let. a), élimine les conséquences d'actes illicites (let. b), constate le caractère illicite de tels actes (let. c ; al. 1) ; l'autorité statue par décision (al. 2).

Ces deux alinéas correspondent aux al. 1 et 2 de l'art. 25a PA – qui a été introduit par le législateur pour garantir l'accès au juge prévu par l'art. 29a Cst. –, sauf le fondement sur le droit cantonal ou communal (ATA/76/2017 du 31 janvier 2017 consid. 3d).

L'art. 25a PA – comme l'art. 4A LPA – octroie à la personne concernée le droit d'obtenir une procédure administrative indépendante, qui aboutit à une décision au sujet d'un acte matériel préexistant qui est contesté. Cette démarche permet de contester non seulement une action de l'État mais aussi une omission de celui-ci, et d'exiger un acte de l'autorité (ATF 140 II 315 consid. 2 = RDAF 2015 I 300 [rés.], et les références citées). L'intérêt digne de protection au sens de l'article 25a PA se définit par deux critères : d'une part, l'acte matériel doit toucher des droits ou obligations ; d'autre part, la personne requérante doit présenter un intérêt digne de protection, lequel doit être compris de la même manière que pour la qualité de partie de l'art. 6 PA et la qualité pour recourir des art. 48 al. 1 PA et 89 al. 1 LTF. L'art. 25a PA vise les cas où le comportement de l'autorité n'a pas pour objet des droits ou obligations mais touche ceux-ci, ce qui suppose une atteinte à des droits personnels de la personne concernée, avant tout à ses droits fondamentaux, atteinte qui se confond dans une large mesure avec l'intérêt digne de protection (ATF 140 II 315 consid. 4 = RDAF 2015 I 300 [rés.], et les références citées).

Il n'y a pas lieu d'apporter une protection juridique dans le cadre de cas de peu de gravité (« bagatelle »), afin d'éviter les actions ou recours populaires (ATF 140 II 315 consid. 4.4 = RDAF 2015 I 300 [rés.]). Le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) a précisé la notion d'illicéité de l'art. 25a PA, en ce sens que l'atteinte affectant un intérêt juridiquement protégé de l'administré doit présenter un certain degré d'intensité pour justifier une protection juridique au sens de cette dernière disposition (arrêts du TAF F-3447/2016 du 5 avril 2017 consid. 4.1 ; F-4036/2016 du 9 mars 2016 consid. 1.2.2). Par exemple, s'agissant de la problématique particulière liée à l'hébergement des requérants d'asile dans les centres prévus à cet effet, le TAF – reprenant la jurisprudence y relative développée par le Tribunal fédéral avant l'entrée en vigueur de l'art. 25a PA – a retenu qu'une décision en constatation de l'illicéité au sens de cette disposition légale n'était, dans la mesure où les intéressés se trouvaient, du fait de leur statut, dans un rapport particulier de dépendance par rapport à l'autorité, susceptible d'être prononcée en ce domaine que pour autant que l'acte matériel en cause constitue une « atteinte grave » aux droits fondamentaux de ceux-ci (arrêt du TAF F-4036/2016 précité consid. 3.1.1 et 3.2.2.1). Il convient d'écarter du champ d'application de l'art. 25a PA les actes matériels qui, faute d'un degré d'intensité suffisant, ne sont pas propres à porter atteinte à des droits ou obligations de l'intéressé (Pierre MOOR/Étienne POLTIER, *Droit administratif*, volume II, 2011, ch. 1.1.3.4 p. 44 ; Isabelle HÄNER, in Bernhard WALDMANN/Philippe WEISSENBERGER, *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG]*, 2016, n. 28 ad art. 25a PA), ce qui tend à exclure les cas qui ne sont pas graves (ATF 133 I 49 consid. 3.2, cité par Isabelle HÄNER, *ibidem*). Ainsi, les actes en cause n'ont pas pour vocation d'arrêter un régime juridique, contrairement à ceux visés par l'art. 5 PA – le pendant de l'art. 4 LPA en droit fédéral –, mais doivent

être de nature à entraîner des diminutions des droits fondamentaux, voire d'autres droits (Pierre MOOR/Étienne POLTIER, op. cit., ch. 1.1.3.4 p. 44).

d. En vertu de l'art. 4 al. 4 LPA, lorsqu'une autorité mise en demeure refuse sans droit de statuer ou tarde à se prononcer, son silence est assimilé à une décision.

Une partie peut recourir en tout temps à la chambre administrative pour déni de justice ou retard non justifié, si l'autorité concernée ne donne pas suite rapidement à la mise en demeure prévue à l'art. 4 al. 4 LPA (art. 132 al. 2 LOJ ; art. 62 al. 6 LPA). Toutefois, lorsque l'autorité compétente refuse expressément de rendre une décision, les règles de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.) imposent que le recours soit interjeté dans le délai légal, sous réserve éventuelle d'une fausse indication quant audit délai (arrêt du Tribunal fédéral 2P.16/2002 du 18 décembre 2002 consid. 2.2 ; ATAF 2008/15 consid. 3.2).

Pour pouvoir se plaindre de l'inaction de l'autorité, encore faut-il que l'administré ait effectué toutes les démarches adéquates en vue de l'obtention de la décision qu'il sollicite (ATA/199/2010 du 23 mars 2010 consid. 4).

Une autorité qui n'applique pas ou applique d'une façon incorrecte une règle de procédure, de sorte qu'elle ferme l'accès à la justice au particulier qui, normalement, y aurait droit, commet un déni de justice formel. Il en va de même pour l'autorité qui refuse expressément de statuer, alors qu'elle en a l'obligation. Un tel déni constitue une violation de l'art. 29 al. 1 Cst. (ATF 135 I 6 consid. 2.1 ; 134 I 6 consid. 2.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_409/2013 du 27 mai 2013 consid. 5.1 ; 5A_279/2010 du 24 juin 2010 consid. 3.3 ; ATA/595/2017 précité consid. 6b ; ATA 716/2016 du 23 août 2016 consid. 5b).

En cas de recours contre la seule absence de décision, les conclusions ne peuvent tendre qu'à contraindre l'autorité à statuer (ATA/595/2017 du 23 mai 2017 consid. 6c ; ATA/609/2016 du 12 juillet 2016 consid. 2). En effet, conformément à l'art. 69 al. 4 LPA, si la juridiction administrative admet le recours pour déni de justice ou retard injustifié, elle renvoie l'affaire à l'autorité inférieure en lui donnant des instructions impératives (ATA/595/2017 précité consid. 6c ; ATA/260/2017 du 3 mars 2017).

La reconnaissance d'un refus de statuer ne peut être admise que si l'autorité mise en demeure avait le devoir de rendre une décision ou, vu sous un autre angle, si le recourant avait un droit à en obtenir une de sa part (ATF 135 II 60 consid. 3.1.2 ; ATA/796/2014 du 14 octobre 2014 consid. 6).

Au stade de l'examen de la recevabilité, la chambre de céans doit examiner si la décision dont l'absence est déplorée pourrait faire l'objet d'un recours devant

elle au cas où ladite décision avait été prise et si le recourant disposerait de la qualité pour recourir contre elle (ATA/947/2014 du 2 décembre 2014 consid. 7).

- 3) En l'espèce, dans leur recours, les recourants concluent à la constatation d'un déni de justice et, cela fait, au renvoi de la cause au département pour mise en œuvre dans les plus bref délais de la troisième heure d'éducation physique dans tous les degrés de l'école obligatoire dans le canton de Genève, à défaut pour décision formelle susceptible de recours, dans le sens des considérants.

Or la mise en œuvre par le DIP de la troisième heure d'éducation physique dans tous les degrés de l'école obligatoire à Genève constituerait, comme cela découle de la jurisprudence citée plus haut et comme l'admettent les recourants eux-mêmes, un acte matériel, plus précisément un acte interne ou une mesure organisationnelle.

Un recours pour déni de justice ne pouvant tendre qu'au prononcé d'une décision et non à l'accomplissement d'un acte matériel et la chambre de céans ne pouvant en aucun cas ordonner à l'intimé la mise en œuvre d'une mesure organisationnelle, le recours des intéressés ne peut que viser le prononcé d'une décision au sens de l'art. 4A al. 2 LPA et le département ne pourrait éventuellement être condamné qu'à constater ou refuser de constater, par une telle décision, le caractère illicite de l'absence de mise en œuvre de la troisième heure d'éducation physique (art. 4A al. 1 let. c et al. 2 ; au sujet de la constatation de l'illicéité d'un acte matériel, arrêt du TAF F-4036/2016 précité consid. 1.2.2). L'examen portant ci-après sur les griefs afférents à l'art. 4 al. 4 LPA (déni de justice) se recoupera donc dans une large mesure avec l'examen portant sur les griefs relatifs à l'art. 4A LPA (droit à un acte attaquant).

Le recours sollicite d'autre part implicitement une décision générale au sens énoncé plus haut, puisqu'elle s'appliquerait à tout le moins à l'ensemble des élèves concernés par l'école obligatoire. La question de savoir si les recourants sont autorisés à requérir le prononcé d'une décision générale, et pas seulement des décisions individuelles réglant leurs situations juridiques particulières respectives, pourra souffrir de demeurer indécise, pour les motifs qui suivent.

- 4) D'une part, dans l'ATA/693/2016 précité (consid. 2), la chambre administrative a considéré que les bénéficiaires des trois périodes hebdomadaires de gymnastique étaient les enfants en période de scolarité obligatoire, et non les professeurs de gymnastique. La question de savoir si l'A_____ avait la qualité pour agir souffrirait toutefois de rester ouverte dès lors qu'il ressortait de l'ACST/7/2016 précité que Mme C_____ était mère d'un enfant né en 2010, donc en âge de fréquenter l'école obligatoire, de sorte que sa qualité pour agir devait être admise à ce titre. En revanche, il ressortait de l'arrêt précité de la chambre constitutionnelle que les deux enfants de M. B_____ étaient majeurs et aucun élément ne permettait de retenir qu'ils fréquenteraient encore l'école

obligatoire. La question de sa qualité pour recourir demeurerait également ouverte.

D'autre part, dans son arrêt 2C_901/2016 précité (consid. 2.1), le Tribunal fédéral a douté que le courrier du DIP du 15 juin 2016 constituât une décision au sens du droit de procédure cantonal (art. 4 et 4A LPA), mais, à l'instar de la chambre administrative (ATA/693/2016 précité), a laissé cette question indécise.

- 5) a. Concernant la qualité pour recourir de l'A_____, selon la jurisprudence, une association jouissant de la personnalité juridique est autorisée à former un recours en matière de droit public en son nom propre lorsqu'elle est touchée dans ses intérêts dignes de protection. De même, sans être elle-même touchée par la décision entreprise, une association peut être admise à agir par la voie du recours en matière de droit public (nommé alors recours corporatif) pour autant qu'elle ait pour but statutaire la défense des intérêts dignes de protection de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et, enfin, que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel. En revanche, elle ne peut prendre fait et cause pour l'un de ses membres ou pour une minorité d'entre eux (arrêt du Tribunal fédéral 1C_514/2017 consid. 2 ; ATF 142 II 80 consid. 1.4.2 ; 137 II 40 consid. 2.6.4).

En l'espèce, les deux premières conditions sont réalisées. L'A_____, qui n'est manifestement pas touchée dans ses intérêts propres, est constituée en association (art. 1 de ses statuts, du 30 octobre 2014) et, de ce fait, dispose de la personnalité juridique. De plus, et selon l'art. 3.2.1 de ses statuts, elle a pour but notamment de défendre les intérêts des maîtres d'éducation physique. Il reste à déterminer si les membres qui la composent sont touchés en majorité ou en grand nombre par la décision attaquée et s'ils disposent, à titre individuel, de la qualité pour recourir (ATA/211/2017 précité consid. 3c).

Dans l'ACST/7/2016 précité (consid. 4d), la chambre constitutionnelle a retenu que l'A_____ avait la qualité pour recourir, dès lors que les maîtres d'éducation physique, membres (art. 5.1 de ses statuts) dont elle était chargée statutairement de défendre les intérêts, étaient pour une grande majorité d'entre eux directement touchés par la loi entreprise s'agissant des périodes de sport à enseigner. Toutefois, comme indiqué dans ledit arrêt (consid. 4b), lorsque le recours est dirigé contre un acte normatif, la qualité pour recourir est conçue de manière plus souple que ce que prévoit l'art. 89 al. 1 LTF et il n'est pas exigé que le recourant soit particulièrement atteint par l'acte entrepris.

- b. À teneur de son art. 1 al. 1, la LEsp – laquelle trouve son fondement dans l'art. 68 Cst. – poursuit entre autres les buts suivants, en vue d'accroître les capacités physiques de la population, de promouvoir la santé, d'encourager le développement global de l'individu et de renforcer la cohésion sociale : augmenter l'activité physique et sportive à tout âge (let. a) ; valoriser la place du

sport et de l'activité physique dans l'éducation et la formation (let. b). Hormis l'encouragement de l'activité physique, les buts de la LEsp sont identiques à l'ancienne législation et réglementation fédérale (Message du Conseil fédéral concernant la loi sur l'encouragement du sport et la loi fédérale sur les systèmes d'information de la Confédération dans le domaine du sport du 11 novembre 2009, in FF 2009 7401 ss, spéc. 7440).

L'art. 12 al. 4 LEsp, en vertu duquel l'enseignement à l'école obligatoire doit prévoir au moins trois périodes hebdomadaires d'éducation physique, est orienté à ses buts.

c. Il découle de ces buts, de même que de la jurisprudence du Tribunal fédéral (notamment arrêts du Tribunal fédéral 2C_1123/2013 du 19 juin 2014 ; 2C_272/2012 précité ; 2P.324/2001 du 28 mars 2002), qu'un intérêt personnel digne de protection, au sens non seulement de l'art. 60 let. b LPA mais aussi de l'art. 4A al. 1 LPA, contre une décision ou un acte matériel de l'intimé dont l'absence est déplorée dans le présent recours pour déni de justice ne pourrait en tout état de cause être reconnu qu'à des élèves concernés par l'école obligatoire, dont les intérêts sont les seuls à être protégés par les dispositions légales précitées (ATA/57/2018 précité consid. 3c a contrario et par analogie).

Un intérêt personnel digne de protection ne pourrait en revanche pas être reconnu aux maîtres d'éducation physique – dont l'intérêt personnel consiste en une augmentation du nombre d'heures de travail ainsi que de leur salaire et dont les droits ou obligations ne sauraient être touchés par une décision ou un acte matériel du département dont l'absence est déplorée –, ni, partant, à l'A_____.

En conséquence, le recours pour déni de justice est irrecevable, pour défaut de qualité pour recourir, en tant qu'il est formé par l'A_____ (ATA/947/2014 précité consid. 7).

d. Pour ce qui est de M. B_____, celui-ci est père d'enfants majeurs, nés respectivement en 1990 et 1992, et donc non concernés par l'école obligatoire, et n'aurait en tout état de cause aucun intérêt personnel digne de protection lui permettant de recourir contre une décision de l'intimé dont l'absence est déplorée dans le présent recours pour déni de justice.

Quant à Mme C_____, la question de savoir si son enfant est concerné par l'école obligatoire peut demeurer indécise.

En effet, ni elle-même, ni du reste M. B_____ n'ont accompli de quelconques démarches en vue de l'obtention de la décision qu'ils sollicitent dans leur présent recours pour déni de justice. À la suite du prononcé le 24 mai 2017 de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_901/2016 précité, l'avocat a toujours indiqué, à l'intention de la conseillère d'État, intervenir au nom de l'A_____, sans jamais

mentionner Mme C_____ et/ou M. B_____. Ceux-ci ne sont dès lors en tout état de cause pas autorisés à recourir pour déni de justice.

Au demeurant, des droits ou obligations de l'enfant de Mme C_____ ne seraient en tout état de cause pas touchés par une décision ou un acte matériel du DIP dont l'absence est déplorée. En effet, l'absence de la mesure organisationnelle – trois heures d'éducation physique par semaine au lieu de deux – sollicitée par Mme C_____, d'une part, ne péjorerait pas la situation de son enfant par rapport à ce qui prévaut actuellement, d'autre part, ne constituerait manifestement pas une atteinte aux éventuels droits de celui-ci d'une gravité suffisante pour entrer dans le champ d'application de l'art. 4A LPA.

Partant, le recours pour déni de justice est irrecevable également en tant qu'il est formé par Mme C_____ et M. B_____.

- 6) Vu ce qui précède, le recours pour déni de justice est irrecevable.
- 7) Par surabondance, il n'est pas contesté par les recourants que le département a mis en œuvre les mesures organisationnelles qu'il leur avait confirmées par lettres des 23 février et 28 avril 2017, à savoir la mise en place d'une troisième période hebdomadaire d'éducation physique en « 9^{ème} R1 et R2 » dès la rentrée scolaire 2017 pour l'ensemble des cycles d'orientation (niveau secondaire) du canton, et l'intimé a confirmé, en se conformant auxdits courriers, que l'introduction de la troisième période d'éducation physique serait étendue à l'ensemble des classes du cycle d'orientation dès la révision de la grille horaire, prévue à l'horizon de la rentrée scolaire 2019.

Dans son arrêt 2C_901/2016 précité (consid. 6.2), le Tribunal fédéral a considéré que ces démarches démontraient que le canton de Genève entendait désormais se conformer à ses obligations dès que possible. Le DIP démontre que ce processus est en cours d'exécution. À cela s'ajoute que ce déploiement constitue un travail considérable et difficile, et nécessite une organisation de longue haleine avec des modifications des grilles horaires et adaptations portant sur un nombre élevé d'écoles, ce qui justifie qu'il prenne du temps.

Dès lors, même si le recours avait été recevable, il aurait en tout état de cause été considéré comme infondé et rejeté.

- 8) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge des recourants, pris conjointement et solidairement entre eux (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 17 janvier 2018 pour déni de justice par l'association A_____, Mme C_____ et M. B_____ à l'encontre du département de l'instruction publique, de la culture et du sport ;

met un émolument de CHF 1'500.-, à la charge de l'association A_____, Mme C_____ et M. B_____, pris conjointement et solidairement ;

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

dit que, conformément aux art. 82 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 en matière de droit public ; 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 Romain Jordan, avocat des recourants, ainsi qu'au département de l'instruction publique, de la culture et du sport.

Siégeant : Mme Junod, présidente, MM. Thélin, Pagan et Verniory, Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :