

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1970/2020-FPUBL

ATA/1259/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 15 décembre 2020

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Nicolas Wisard, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE, DE LA FORMATION ET
DE LA JEUNESSE**

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____, né en 1967, est titulaire d'un bachelor en relations internationales et d'un diplôme post-grade en éducation.
- 2) Depuis 2010, M. A_____ a effectué des remplacements dans plusieurs écoles du canton de Genève au niveau de l'école primaire. Il s'est agi de nombreux remplacements de courte durée de même que, lors de remplacements de titulaires, de longs remplacements, par exemple entre le 29 octobre 2018 et le 26 juin 2019 à l'établissement primaire B_____ aux C_____, le titulaire étant dans l'incapacité de reprendre sa classe.
- 3) Lors de chaque remplacement d'une durée supérieure à trois mois, M. A_____ a signé un « contrat de droit privé pour remplacement de longue durée » avec le service des remplacements de l'enseignement primaire (ci-après : SeREP) du département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (ci-après : DIP ou le département). Ces contrats définissaient la durée de l'engagement et rappelaient qu'ils étaient régis par la loi sur l'instruction publique du 17 septembre 2015 (LIP - C 1 10), le règlement fixant le statut des membres du corps enseignant primaire, secondaire et tertiaire ne relevant pas des hautes écoles du 12 juin 2002 (RStCE - B 5 10.04), en particulier son titre dixième lequel renvoie à la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220), ainsi que la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'État, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers du 21 décembre 1973 (LTrait - B 5 15). Le taux d'activité exercé par M. A_____ a été variable mais le plus souvent à 100 %, ce qui équivalait à un salaire mensuel de CHF 6'833.40 pour les mois où il effectuait ces remplacements.
- 4) Le texte de ce contrat rappelle notamment ce qui suit : « Le contrat de remplacement cesse dès qu'il arrive à échéance. Il est toutefois révoqué en tout temps avec l'accord des deux parties ou conformément à l'art. 337 CO. Ce nonobstant, le contrat est résiliable selon les délais prévus aux art. 335b et c CO, soit :
 - sept jours pendant les trois premiers mois ;
 - un mois pour la fin d'un mois pendant la première année. »
- 5) M. A_____ a été engagé du 2 mai au 28 juin 2013 et du 1^{er} novembre 2013 au 31 janvier 2014, contrat prolongé jusqu'au 31 mai 2014, puis jusqu'au 27 juin 2014.

En 2015, M. A_____ a été engagé comme remplaçant de longue durée entre le 13 avril et le 26 juin 2015 et entre le 26 octobre et le 23 décembre 2015, contrat prolongé jusqu'au 31 janvier 2016 et ensuite jusqu'au 23 mars 2016.

Pour 2017, M. A_____ a été engagé comme remplaçant de longue durée du 8 mai au 30 juin 2017.

Pour 2018, il a signé un contrat de remplacement du 29 octobre au 21 décembre 2018.

Ensuite, M. A_____ a été engagé comme remplaçant de longue durée du 22 décembre 2018 au 28 février 2019 et ensuite prolongé dans la même école jusqu'au 30 avril 2019 et ensuite jusqu'au 28 juin 2019.

Du 18 novembre 2019 au 31 janvier 2020, il a été engagé comme remplaçant de longue durée à l'école D_____ à E_____. Ce contrat a été prolongé du 1^{er} février au 29 février 2020.

- 6) Suite à un incident survenu avec une élève dans l'école de D_____ le 6 février 2020, lors duquel M. A_____ avait brièvement enfermé une élève récalcitrante dans une classe au moment de la pause, la directrice de cette école a notifié le 7 février 2020 à M. A_____ la résiliation du contrat pour le remplacement de la maîtresse titulaire en raison de son attitude inadéquate face aux élèves. Selon ce courriel, M. A_____ était libéré immédiatement de son obligation de travailler et le contrat serait résilié à sept jours.
- 7) Par courriel du 13 février 2020, le SeREP a informé M. A_____ que sa rémunération était assurée jusqu'au 14 février 2020.
- 8) Par courrier du 13 février 2020, M. A_____, représenté par la CAP, a contesté le licenciement qui avait été notifié par l'école de E_____ et a rappelé que son contrat ne venait à échéance que le 29 février 2020. Par ailleurs, il considérait que la résiliation de son contrat était injustifiée et que l'école ne lui avait pas donné la possibilité de s'exprimer sur les faits reprochés. De ce fait, son droit d'être entendu avait été violé.
- 9) Par courrier du 26 mars 2020, le service des ressources humaines (ci-après : RH) du DIP a accepté de considérer que le contrat de M. A_____ prenait fin le 29 février 2020. Concernant les motifs de résiliation, le DIP a maintenu que les éléments portés à sa connaissance par la directrice de l'établissement justifiaient la décision de mettre un terme à la relation contractuelle. L'explication fournie par M. A_____ concernant cet épisode n'emportait pas la conviction du département, son attitude ne correspondant pas à ce qui était attendu de la part d'un collaborateur du DIP. Ce courrier se terminait avec la phrase suivante : « au vu de ce qui précède, nous ne ferons plus appel aux services de M. A_____ pour

des remplacements de courte ou longue durée ». Un délai de dix jours était imparti à M. A_____ pour faire valoir ses observations.

- 10) En réponse à ce courrier, M. A_____ a écrit le 3 avril 2020 au DIP pour faire part de son étonnement concernant la conséquence que le département attachait à cet incident. Tout en reconnaissant que sa réaction lors de l'incident intervenu le 6 février 2020 pouvait apparaître inadéquate, M. A_____ a rappelé qu'il s'était excusé le lendemain. Il a également expliqué qu'il était très impliqué dans son travail et souhaitait continuer à collaborer avec le SeREP, ce qu'il faisait depuis dix ans. Il a donc demandé que le SeREP reconsidère sa décision et qu'il maintienne son nom sur les listes des remplaçants appelables.
- 11) Par courrier du 30 avril 2020, le SeREP a persisté dans sa position en maintenant que l'attitude de M. A_____ lors de l'événement du 6 février 2020 n'était pas adéquate et conforme aux exigences des art. 20 et 21 RStCE. Dès lors, le service des RH maintenait sa « décision de ne plus faire appel aux services de M. A_____ ».
- 12) Par acte mis à la poste le 29 mai 2020, M. A_____ a fait recours contre la décision contenue dans le courrier du 30 avril 2020 du DIP. Ce recours ayant été adressé au Conseil d'État, par arrêté du 17 juin 2020, il a été transmis pour raison de compétence à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Le recours concluait à ce que la décision de ne plus recourir à ses services notifiée à M. A_____ par courrier du 30 avril 2020 soit annulée, à ce qu'il soit ordonné au DIP de le réadmettre sur les listes des personnes susceptibles d'être appelées par le SeREP, les directions d'établissements, voire les enseignants de l'enseignement primaire obligatoire pour remplacer des enseignants.

Il avait exercé pendant dix ans dans l'enseignement primaire, par des remplacements de courte ou de longue durée à la satisfaction de l'ensemble des enseignants et des directions des écoles qui l'avaient sollicité. À cause d'un seul incident, le DIP avait décidé de l'exclure définitivement de la liste des personnes qui pouvaient être sollicitées pour effectuer des remplacements, mettant ainsi fin à sa « carrière », étant précisé que M. A_____ vivait depuis dix ans exclusivement de cette activité de remplacements.

Malgré l'art. 158 RStCE qui prévoyait que la juridiction compétente pour des éventuels litiges pouvant naître entre un remplaçant et le département étaient de la compétence du Tribunal des prud'hommes, M. A_____ considérait que le présent contentieux ne se rapportait pas aux contrats successifs d'engagements l'ayant lié au DIP, notamment au contrat signé avec l'école D_____ à E_____. Il fallait en effet distinguer entre la décision de contracter avec une personne déterminée – régie par le droit public – et la conclusion du contrat en tant que tel (théorie de l'acte détachable). À défaut, l'option prise par le DIP de ne

plus jamais engager M. A_____ ne serait jamais susceptible de recours. Même s'il venait à saisir le Tribunal des prud'hommes, M. A_____ ne parviendrait pas à obtenir un jugement condamnant l'État de Genève à conclure un contrat de travail avec lui.

La décision prise dans le courrier du 30 avril 2020 du DIP de ne plus solliciter M. A_____ pour de nouveaux remplacements était une décision au sens de l'art. 4 de loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), de sorte que la chambre administrative était compétente en l'espèce.

Le RStCE n'énonçant pas expressément les conditions auxquelles les remplaçants pouvaient être admis au service de l'enseignement primaire, les critères relatifs à la décision de les exclure résultaient des clauses générales de la LIP sur le personnel enseignant, ainsi que des dispositions correspondantes du règlement précité. M. A_____ ayant exercé ses activités de remplacements tout au long d'une période de dix ans et ayant fourni des attestations favorables versées à la procédure, sa personnalité et son expérience le qualifiaient de façon supérieure à la moyenne des remplaçants. Le principe de la proportionnalité avait été violé, le DIP ne pouvant pas exclure définitivement de ses effectifs de remplaçants une personne ayant toujours donné satisfaction dans cette fonction. La position des RH du DIP considérant que l'incident survenu le 6 février 2020 démontrait que M. A_____ n'avait pas l'attitude attendue d'un collaborateur du DIP et la décision subséquente de l'exclure de la liste des remplaçants étaient en tout cas disproportionnées au vu de son parcours, l'incident du 6 février 2020 ayant été de brève durée et s'étant agi du seul point négatif dans une carrière de dix ans.

Le principe de la bonne foi avait également été mis à mal, étant rappelé qu'en droit du travail, l'employeur ne pouvait pas valablement mettre fin à une relation de travail à titre de représailles lorsque l'employé avait fait valoir des prétentions que la loi lui garantit. C'était suite à l'échange de correspondance entre M. A_____ et le DIP que le service des RH avait finalement décidé d'exclure M. A_____ des listes des remplaçants, alors qu'il essayait uniquement d'obtenir le paiement de son salaire jusqu'au terme légal à fin février 2020.

- 13) Par courrier du 8 juillet 2020, le juge délégué a imparti au DIP un délai au 10 août 2020 pour se déterminer quant au recours de M. A_____ uniquement sur la compétence, délai prolongé au 8 septembre 2020.
- 14) Par acte déposé le 7 septembre 2020 à la chambre administrative, le DIP a conclu à ce que le recours soit déclaré irrecevable et, subsidiairement, à ce qu'il soit rejeté.

M. A_____ avait effectué plusieurs remplacements de courte et de longue durées entre 2013 et 2017. Ensuite, il s'était désinscrit de la liste du SeREP en

indiquant qu'il avait trouvé un emploi dans l'enseignement privé. Il avait ensuite réintégré rapidement le SeREP en effectuant un remplacement du 29 octobre 2018 au 28 juin 2019 à l'école B_____.

Suite à l'incident survenu le 6 février 2020 à l'école de D_____, le DIP avait informé M. A_____ que son comportement était incompatible avec la poursuite de sa mission par courrier du 26 mars 2020. Le courrier du 30 avril 2020 avait simplement réitéré cette position. La formulation employée de « décision » se trouvant dans ce courrier, était peu heureuse et ne suffisait pas à créer un rapport de droit public. M. A_____ était parfaitement informé de la nature contractuelle de droit privé régissant sa relation avec le DIP. Il était également conscient du caractère purement aléatoire de l'octroi des missions ainsi que de leur durée. S'il avait souhaité changer de statut, M. A_____ aurait pu entamer les démarches afin d'obtenir les diplômes nécessaires pour devenir un enseignant titulaire, ce qu'il n'avait pas fait.

S'il avait obtenu en 2018 un certificat post-grade en éducation d'une université anglaise, ce diplôme ne correspondait à aucun des titres requis par le DIP pour enseigner dans l'une de ses écoles primaires. Il n'existait aucune garantie d'obtenir chaque année une ou plusieurs missions au sein d'une école. Il n'y avait donc pas de « droit à remplacer ». La relation entre M. A_____ et le DIP étant exclusivement régie par le droit privé, la compétence de la chambre administrative ne pouvait être reconnue et le recours devait être déclaré irrecevable.

Les dispositions applicables aux remplaçants figurant au titre X du RStCE en faisaient une catégorie bien distincte du type de personnes œuvrant au sein du DIP, notamment les membres du personnel enseignant en formation, les suppléants ainsi que les vacataires dans l'enseignement professionnel. L'art. 158 RStCE renvoyait pour tout litige entre les remplaçants et le département à la compétence du Tribunal des prud'hommes. L'instance prud'homale était alors compétente également pour traiter des litiges portant sur la responsabilité pré-contractuelle.

Toute décision administrative au sens de l'art. 4 LPA devait avoir un fondement de droit public et se référer à une loi dont elle reproduit le contenu normatif. Une décision devait modifier une situation juridique pré-existante. On ne pouvait suivre la théorie de l'acte détachable en l'espèce, du moment qu'il n'existait aucune base légale pour ce faire. Il ressortait clairement du RStCE une volonté de distinguer la relation de droit public applicable à la majeure partie de ses collaborateurs et celle de droit privé prévalant pour les remplaçants.

Par ailleurs, il n'existait aucun droit à être engagé pour des missions de remplacement. C'était uniquement par souci de transparence que le DIP avait informé le recourant qu'il ne serait plus appelé en raison de ce qui s'était passé le

6 février 2020, mais l'autorité intimée aurait pu ne rien dire, de sorte que le terme de « décision » dans le courrier du 30 avril 2020 était une erreur de forme et ne pouvait en tout cas pas transformer ce courrier en une décision sujette à recours au sens de l'art. 4 LPA. Par son recours, le recourant souhaitait de fait être traité comme un enseignant du DIP alors qu'il n'avait pas la formation requise.

- 15) Par une écriture du 29 septembre 2020, M. A_____ a répliqué. Il a fait part d'un fait nouveau, soit de s'être vu informer oralement de la part de l'office médico-pédagogique (ci-après : OMP) du DIP qu'il était exclu également de la liste des remplaçants auxquels cet office avait recours. Il s'agissait là d'une extension de la décision du SeREP du 30 avril 2020. Il renonçait dans ses écritures à se prévaloir de la théorie de l'acte détachable et comparait la décision attaquée à celle de l'inscription d'une entreprise sur la liste des prestataires exclus de l'accès aux marchés publics. S'il devait agir devant un tribunal civil contre la décision d'exclusion, M. A_____ ne pourrait plus qu'envisager une action en indemnisation pour le préjudice subi. Si M. A_____ avait voulu formuler des prétentions en indemnisation contre le DIP, il aurait pu le faire devant le Tribunal de première instance au titre de la loi sur la responsabilité de l'État et des communes du 24 février 1989 (LREC - A 2 40). Toutefois, cela n'était pas le but du recours, M. A_____ souhaitant être rétabli dans la liste des remplaçants agréés pour l'enseignement en école primaire. La tenue des listes du SeREP et de l'OMP constituant un acte de gestion de l'administration nécessaire à l'exécution de ses responsabilités dans le domaine de l'enseignement scolaire, soit d'un acte survenant dans le cadre d'une mission publique de l'État, le DIP avait agi dans la gestion des listes en question comme une autorité publique dans le cadre d'une mission publique, de sorte que sa décision en était une au sens de l'art. 4 LPA, soit alors un acte matériel donnant droit à une protection juridictionnelle administrative en vertu de l'art. 4A LPA. À défaut, M. A_____ serait privé de tout accès utile au juge pour contester le caractère totalement infondé de cette prise de position.
- 16) Après quoi, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est uniquement de ce point de vue recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a LPA).
- 2) L'objet du litige est l'exclusion du recourant de la liste du SeREP en qualité de remplaçant pour l'enseignement en école primaire, de sorte qu'une éventuelle

exclusion de la part de l'office médico-pédagogique de la liste de ses remplaçants ne sera pas examinée, s'agissant d'un fait ne correspondant pas à cet objet.

- 3) a. Selon l'art. 122 LIP, le Conseil d'État fixe la composition, les droits et devoirs, ainsi que les caractéristiques de chaque catégorie des membres du personnel enseignant par voie réglementaire.

Concernant le statut des remplaçants, les dispositions y relatives se trouvent au titre X du RStCE. L'art. 151 de ce règlement définit comme remplaçant ou remplaçante la personne engagée ponctuellement pour remplacer une maîtresse ou un maître absent pendant moins d'une année scolaire. L'engagement d'un remplaçant est du ressort de la direction générale concernée qui respecte les directives du département précisant en particulier les conditions d'engagement, titre et taux d'activité (art. 152 RStCE).

Quant à la nature de l'engagement, selon l'art. 153 RStCE, il s'agit d'un contrat de droit privé conclu oralement entre l'autorité d'engagement et le remplaçant pour une période inférieure à trois mois et conclu par écrit, soit par lettre d'engagement, pour une période supérieure à trois mois. Selon l'art. 153 al. 3 RStCE, les dispositions du titre X du CO (contrat de travail) s'appliquent dans la mesure où le règlement n'y déroge pas.

Quant à la fin des rapports de service, selon l'art. 157 du RStCE, ils cessent dès le moment où le contrat arrive à échéance. Par ailleurs, le contrat est révoquant en tout temps par les deux parties avec effet immédiat conformément à l'art. 136 al. 1 LIP.

La juridiction compétente pour les litiges éventuels pouvant naître entre la remplaçante ou le remplaçant et le département sont de la compétence des tribunaux des prud'hommes (art. 158 RStCE).

b. En l'espèce, pour tout éventuel litige concernant le contrat signé par M. A_____ concernant son remplacement à l'école de D_____, c'est bien le Tribunal des prud'hommes qui est compétent. Ce point paraît être admis par le recourant, qui a par ailleurs obtenu d'être payé jusqu'à la fin de ce contrat, de sorte qu'il ne s'agit pas là de l'objet du litige.

- 4) Se pose d'abord la question de savoir si le Tribunal des prud'hommes serait compétent pour statuer sur ce litige. Or, l'acte dont le recourant demande l'accomplissement, soit être réintégré sur la liste du SeREP des remplaçants pour l'enseignement en école primaire, n'est pas du ressort du droit privé. Ne s'agissant pas d'un contrat concret dont le recourant demande l'exécution mais de la possibilité d'être appelé à travailler comme remplaçant dans le futur, le litige est du ressort des juridictions administratives.

5) La seule question qu'il reste à examiner est de savoir s'il existe en l'espèce un acte attaquant devant la chambre administrative, plus particulièrement si le courrier du 26 mars 2020 des ressources humaines du département, confirmé le 30 avril 2020, spécifiant qu'il ne sera plus fait appel aux services de M. A _____ pour des remplacements de courte ou de longue durée, pourrait être qualifié de décision au sens de l'art. 4 LPA.

a. La compétence de la chambre administrative est définie à l'art. 132 LOJ. Elle est, sous réserve des compétences de la chambre constitutionnelle et de la chambre des assurances sociales, l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 132 al. 1 LOJ). Selon l'art. 132 al. 2 LOJ, le recours à la chambre administrative est ouvert 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. Sont réservées les exceptions prévues par la loi.

b. En vertu de l'art. 4 al. 1 LPA, sont considérées comme des décisions au sens de l'art. 1 LPA, les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal, communal et ayant pour objet : de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou 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 obligations (let. c). Lorsqu'une autorité mise en demeure refuse sans droit de statuer ou tarde à se prononcer, son silence est assimilé à une décision (art. 4 al. 4 LPA).

c. À teneur 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 (al. 1) : 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). L'autorité statue par décision (art. 4A al. 2 LPA). Lorsqu'elle n'est pas désignée, l'autorité compétente est celle dont relève directement l'intervention étatique en question (art. 4A al. 3 LPA).

d. En droit genevois, la notion de décision est calquée sur le droit fédéral (ATA/1656/2019 du 12 novembre 2019 consid. 2b ; ATA/385/2018 du 24 avril 2018 consid. 4b et les références citées). Il ne suffit pas que l'acte querellé ait des effets juridiques, encore faut-il que celui-ci vise des effets juridiques. Sa caractéristique en tant qu'acte juridique unilatéral tend à modifier la situation juridique de l'administré par la volonté de l'autorité, mais sur la base de et conformément à la loi (ATA/1656/2019 précité consid. 2c ; ATA/385/2018 précité consid. 4c et les références citées). La décision a pour objet de régler une situation juridique, c'est-à-dire de déterminer les droits et obligations de sujets de droit en tant que tels. Ce critère permet d'écarter un certain nombre d'actes qui ne

constituent pas des décisions, comme les actes matériels, les renseignements, les recommandations ou les actes internes de l'administration (Benoît BOVAY, Procédure administrative, 2^{ème} éd., 2015 p. 339 ss).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, en droit public, la notion de « décision » au sens large vise habituellement toute résolution que prend une autorité et qui est destinée à produire un certain effet juridique ou à constater l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'une obligation ; au sens étroit, c'est un acte qui, tout en répondant à cette définition, intervient dans un cas individuel et concret (ATF 135 II 328 consid. 2.1 ; 106 Ia 65 consid. 3 ; 99 Ia 518 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_282/2017 du 4 décembre 2017 consid. 2.1). La notion de décision implique donc un rapport juridique obligatoire et contraignant entre l'autorité et l'administré. De simples déclarations, comme des opinions, des communications, des prises de position, des recommandations et des renseignements n'entrent pas dans la catégorie des décisions, faute de caractère juridique contraignant (arrêts du Tribunal fédéral 1C_593/2016 du 11 septembre 2017 consid. 2.2 ; 8C_220/2011 du 2 mars 2012 consid. 4.1.2). Pour déterminer s'il y a ou non décision, il y a lieu de considérer les caractéristiques matérielles de l'acte. Un acte peut ainsi être qualifié de décision (matérielle), si, par son contenu, il en a le caractère, même s'il n'est pas intitulé comme tel et ne présente pas certains éléments formels typiques d'une décision, telle l'indication des voies de droit (arrêt du Tribunal fédéral 2C_282/2017 précité consid. 2.1 et les références citées).

En l'espèce, comme l'admet par ailleurs le recourant, le RStCE ne contient aucune prescription régissant les modalités de recrutement des remplaçants. Par ailleurs, on ne trouve aucune disposition se référant à la tenue des listes des remplaçants par le SeREP, énumérant les personnes susceptibles d'être appelées à effectuer ces remplacements.

e. Il y a lieu de distinguer la relation contractuelle ponctuelle qui est née entre le DIP et M. A_____ à la signature de chaque contrat de remplacement depuis 2013 et la relation dont se prévaut le recourant pour demander à être réintégré sur les listes du SeREP.

Dans le contexte de la conclusion d'un contrat par une collectivité publique, la doctrine a élaboré une théorie appelée « théorie des deux niveaux » ou « théorie des actes détachables ». Cette théorie considère que l'on doit distinguer des phases distinctes, la première étant la décision de l'administration (unilatérale et fondée sur le droit public) de conclure le contrat et la deuxième étant le contrat lui-même, en principe rattaché au droit privé (Jean-Philippe DUNAND/Pascal MAHON/Héloïse ROSELLO, Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, 2016, p. 160). Selon certains auteurs la théorie des deux niveaux permet de soumettre des actes relatifs au droit privé (et donc à la justice civile) à la compétence du juge administratif et autoriserait donc un contrôle

juridictionnel en cas de refus d'embauche au sein du contentieux administratif. Dans ce cadre le refus de conclure une convention avec un candidat pourrait être considéré comme une décision négative, et ce, que la future relation juridique soit ou non soumise au droit public (Jean-Philippe DUNAND/Pascal MAHON/Héloïse ROSELLO, op. cit., p. 160).

Dans deux arrêts, le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) est arrivé à la conclusion que sur le plan fédéral, tout candidat évincé lors du processus de recrutement a qualité pour recourir alors même que la loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers - RS 172.220.1) ne règle pas cette question. Dans l'ATAF 2010/53 du 12 octobre 2010, le TAF a reconnu sa compétence pour examiner les décisions du Conseil fédéral en matière de rapports de travail du personnel de la Confédération, de même que dans l'ATAF A-3991/2010 du 18 juin 2011 où il était question d'un refus d'embauche, plus précisément d'une non proposition de promotion. Les auteurs concluent à ce que la jurisprudence du TAF ne peut avoir d'un point de vue formel un effet direct sur les cantons car elle concerne une loi fédérale (la LPers) et non une loi cantonale et qu'il ne s'agit pas non plus de la jurisprudence du Tribunal fédéral (Jean-Philippe DUNAND/Pascal MAHON/Héloïse ROSELLO, op. cit., p. 163).

Le Tribunal fédéral a récemment confirmé qu'il n'avait pas encore tranché la question de savoir si cette théorie devait être reçue comme telle en droit fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1198/2017 du 18 juillet 2018 consid. 5).

f. Or, dans le cas d'espèce, il ne s'agit pas d'un candidat à la fonction publique ni fédérale, ni cantonale, mais un candidat à une fonction de remplaçant que la loi cantonale a délibérément soumis au droit privé, de sorte que sa situation ne peut être comparée à celle d'un fonctionnaire. Cette jurisprudence ne lui est dès lors pas applicable.

- 6) Le recourant semble penser qu'au vu du fait qu'il a effectué des remplacements pendant dix ans, et qu'aucun problème n'était survenu avant l'épisode du 6 février 2020, il aurait droit à être maintenu sur cette liste des remplaçants appelables, ce qui revient à invoquer une sorte de « droit acquis ».

Sous le terme de droit acquis est désigné un ensemble assez hétérogène de droits des administrés envers l'État dont la caractéristique commune est qu'ils bénéficient d'une garantie particulière de stabilité. Des droits acquis peuvent être conférés par la loi lorsque celle-ci les qualifie comme tels ou lorsqu'elle garantit leur pérennité, soit si le législateur a promis dans la loi que celle-ci ne serait pas modifiée ou sera maintenue telle quelle pendant un certain temps. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral considère que les prétentions financières des fonctionnaires n'ont en général pas le caractère de droit acquis, sauf si la loi les a fixées une fois pour toute en les soustrayant aux effets de la législation postérieure

ou si des assurances particulières ont été données lors d'un engagement individuel (ATF 143 I 65 ;134 I 23).

Un droit acquis peut être créé dans les mêmes conditions que par la loi par une décision individuelle. On notera à cet égard que le simple octroi d'une autorisation de police comme par exemple une autorisation de construire ne crée pas de droits acquis. En tant que telle, la répétition de décisions successives de contenu identique n'en fait pas non plus de droits acquis. La catégorie la plus importante de droits acquis est constituée de ceux qui sont créés par un contrat entre l'État et les administrés. La stabilité particulière du droit est ici fondée sur le principe « pacta sunt servanda » (principe de la confiance ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^{ème} éd., p. 266 et 267).

En l'espèce, bien qu'ayant été appelé à travailler comme remplaçant depuis 2013 à différentes périodes, le recourant ne peut invoquer aucun droit à continuer d'être engagé. Aucun droit acquis en cette matière n'est possible : il s'est agi d'une série de contrats de droit privé signés ponctuellement entre le DIP et le recourant pour différents remplacements dans différentes écoles. Par ailleurs, l'argument que le recourant semble tirer du fait qu'il vit désormais de ses remplacements ne peut pas être pris en compte, s'agissant d'un choix de vie personnel et étant observé que notamment pendant les années 2017 et 2018, ses remplacements n'ont duré que quelques mois, ce qui laisse penser qu'il a d'autres sources de revenus.

Dès lors, le recourant ne peut pas se prévaloir d'une décision au sens de l'art. 4 LPA. Le fait de l'écarter de cette liste n'a pas modifié ou annulé des droits, du moment que le recourant n'avait aucun droit basé sur une loi ou aucun droit acquis à être appelé pour ces remplacements.

Le même raisonnement est applicable à l'art. 4A LPA s'agissant d'un acte qui n'est pas fondé sur le droit fédéral, cantonal ou communal et ne touchant pas à des droits du recourant.

Force est de constater que le refus du DIP de continuer à engager le recourant comme remplaçant est une action matérielle de l'État et non pas une décision sujette à recours devant la chambre de céans.

L'application de l'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) suppose une cause (« Rechtsstreitigkeit »), notion interprétée par le Tribunal fédéral en ce sens que la contestation doit se rapporter à une situation juridique individuelle digne de protection (ATF 143 I 336 consid. 4.1 = JdT 2017 I p. 197, 198 et les arrêts cités). La contestation doit porter sur les droits et obligations de personnes physiques ou morales. Il y a « cause » lorsqu'un état de fait est appréhendé par les règles de la Constitution, de la loi ou d'une ordonnance, ou qu'un plaideur le prétend de manière plausible et

compréhensible. L'acte concret doit être susceptible d'atteindre au moins indirectement le plaideur dans ses droits propres ; cela suppose une intensité minimale, quoique le seuil ne doive pas être excessivement élevé mais pas non plus si insuffisamment élevé qu'il en résulte un afflux de recours. Selon certains auteurs, la théorie des droits publics subjectifs n'est pas déterminante au regard de la garantie de l'accès au juge ; il suffit que l'affaire implique des droits ou obligations individuels du particulier. D'autres auteurs tiennent pour nécessaire un intérêt effectif présentant « une certaine proximité avec le droit », proximité dont le niveau exigible doit être évalué de cas en cas (ATF 143 I 336 consid. 4.1 = JdT 2017 I p. 197, 198 s avec les références citées). 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 cas lorsqu'une personne allègue de manière plausible une obligation étatique de faire ou de s'abstenir, prétendument violée par l'acte matériel attaqué (comme par exemple dans l'affaire concernant la suppression de leçons de sport dans les classes d'apprentissage ou dans celle relative au droit à la protection étatique en cas d'incidents dans une centrale nucléaire). Une position juridique digne de protection peut cependant aussi résulter des modalités de l'application du droit (ATF 143 I 336 consid. 4.3, 4.3.1 et 4.3.2 = JdT 2017 I p. 197, 200 et les références citées).

Le Tribunal fédéral rappelle que l'art. 25a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021) se rattache à la garantie de l'accès au juge ancrée à l'art. 29a Cst. en tant qu'il doit en assurer la réalisation dans le domaine des actes matériels (ATF 143 I 336 consid. 4.2 = JdT 2017 I p. 197, 199). Dans leur domaine de compétence, il est loisible aux cantons d'adopter une conception de la protection juridique des individus contre des actes étatiques sans décision qui soit différente de celle consacrée par le législateur fédéral à l'art. 25a PA. Les cantons peuvent aller au-delà des exigences minimales de la garantie de l'accès au juge et, par exemple, retenir qu'un simple intérêt de fait serait suffisant. L'art. 29a Cst. exige toutefois que la protection juridique soit accessible au moins lorsqu'un acte matériel ou une mesure administrative interne touche des positions juridiques individuels dignes de protection ; élucider si l'acte ou la mesure 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 p. 197, 200).

En l'espèce, il y a lieu de constater que même sous cet angle, le recourant ne peut pas se prévaloir d'être atteint au moins indirectement dans ses droits propres. On ne peut pas invoquer la garantie de l'accès au juge sans que l'affaire implique des droits ou des obligations individuelles du particulier, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

- 7) Au vu de ce qui précède, la requête doit être déclarée irrecevable.

- 8) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 29 mai 2020 par Monsieur A_____ contre le courrier du département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse du 30 avril 2020 ;

met à la charge de Monsieur A_____ un émolument de CHF 500.- ;

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, s'il porte sur les rapports de travail entre les parties et que la valeur litigieuse n'est pas inférieure à CHF 15'000.- ;

- par la voie du recours en matière de droit public, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- et que la contestation porte sur une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- ;

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, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, 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 Nicolas Wisard, avocat du recourant, ainsi qu'au département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mmes Krauskopf, Payot Zen-Ruffinen, Lauber et Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

M. Mazza

le président siégeant :

C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :