RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2343/2022-FPUBL **ATA/911/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 13 septembre 2022

dans la cause

Madame A_____
B_____
représentées par Me Romain Jordan, avocat

contre

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

EN FAIT

1) a. B_____ (ci-après : B_____) est une association ayant son siège à Genève.

Selon ses statuts, elle a pour but d'assurer la promotion de l'éducation physique et du sport, la défense des intérêts et la profession des maîtres d'éducation physique, des projets sportifs et de la place de l'éducation physique dans les cursus scolaires obligatoires et post-obligatoires, ainsi que de représenter les maîtres d'éducation physique devant diverses autorités. Est notamment admis en qualité de membre tout maître d'éducation physique en activité à Genève.

b. Madame A_____est la mère d'un enfant né en 2010 et scolarisé à Genève.

2) Le 1er octobre 2012, est entrée en vigueur la loi fédérale du 17 juin 2011 sur l'encouragement du sport et de l'activité physique (loi sur l'encouragement du sport - LESp - RS 415.0), laquelle prévoit notamment à son art. 12 al. 4 que l'enseignement à l'école obligatoire doit prévoir au moins trois périodes hebdomadaires d'éducation physique.

3) Par courrier du 9 janvier 2020, B_____ et Mme A_____ ont invité la conseillère d'État en charge du DIP à rendre une décision formelle confirmant qu'une troisième période d'éducation physique hebdomadaire pour tous les niveaux de l'école obligatoire serait introduite à la rentrée 2020-2021.

4) Par acte du 2 mars 2020, B_____ et Mme A_____ ont saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours pour déni de justice, concluant principalement à ce que celui-ci soit constaté, au renvoi de la cause au département pour prise d'une décision formelle et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

5) Par arrêt du 30 juin 2020 (ATA/629/2020), la chambre administrative a déclaré le recours pour déni de justice irrecevable.

6) Par arrêt du 18 juin 2021 (2C_709/2020), le Tribunal fédéral a admis le recours de B_____ et Mme A_____ contre l'arrêt précité.

L'arrêt de la chambre administrative devait être annulé et la cause renvoyée à cette autorité pour qu'elle entre en matière sur le recours formé pour déni de justice.

7) Par arrêt du 14 septembre 2021, la chambre administrative a admis le recours pour déni de justice de Mme A_____ et de B_____, renvoyé le dossier au département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (ci-après : DIP ou le département) afin qu'il rende une décision dans le sens des

considérants, dit qu'il n'était pas perçu d'émolument et alloué une indemnité de procédure aux recourantes de CHF 2'500.-, solidairement entre elles, à la charge de l'État de Genève.

Le Tribunal fédéral avait relevé, dans l'arrêt de renvoi du 18 juin 2021 (cause 2C_709/2020) par lequel la chambre de céans était lié, que les mesures prises par les autorités administratives du canton de Genève en lien avec l'introduction de la troisième période hebdomadaire devaient pouvoir faire l'objet d'un contrôle judiciaire en vertu de l'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101).

Ceci dit, un recours pour déni de justice ne pouvait tendre qu'au prononcé d'une décision ou à l'accomplissement d'un acte matériel. La chambre de céans ne pouvant ordonner à l'autorité intimée la mise en œuvre d'une mesure organisationnelle, le recours ne pouvait viser que le prononcé d'une décision au sens de l'art. 4A al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA-GE - E 5 10), ce que les recourantes ne contestaient pas.

Compte tenu du fait que l'année scolaire 2020-2021 était dorénavant achevée, l'intérêt à obtenir une telle décision n'apparaissait plus actuel. Cela étant, une contestation comme celle du cas d'espèce, relative à l'absence de décision sur l'entrée en vigueur de la troisième heure d'éducation physique pour tous les élèves de l'école obligatoire, était susceptible de se reproduire chaque année, tant que cette mesure n'était pas pleinement effective. De plus, l'on comprenait bien que les recourantes sollicitaient une décision portant sur l'entrée en vigueur effective d'une troisième période d'éducation physique hebdomadaire pour tous les niveaux de l'école obligatoire. Les conditions pour faire abstraction de l'exigence d'un intérêt actuel étaient donc en l'espèce réunies.

Dans son courrier de réponse du 28 janvier 2020, la conseillère d'État en charge du DIP ne s'était pas explicitement prononcée sur la demande de décision, se référant uniquement à la teneur de ses précédents courriers et faisant état de contraintes budgétaires liées aux décisions du Grand Conseil sur le budget. Cette missive ne pouvait dès lors être qualifiée de décision, ce que ne prétendaient d'ailleurs ni les recourantes ni l'autorité intimée.

Au vu des considérants qui précédaient, le département devait rendre une décision formelle suite à la demande explicite dans ce sens formée par les recourantes. La chambre administrative ne pouvait toutefois impartir un délai impératif à l'autorité intimée, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), pour s'exécuter, comme le sollicitaient les parties recourantes.

Le recours était admis. Le dossier était retourné au département pour qu'il rende une décision sujette à recours quant à la mise en œuvre de la troisième heure d'éducation physique pour l'ensemble des élèves de l'école obligatoire.

8) Par courriel du 19 avril 2022, le conseil de Mme A_____ et de B_____ a interpellé la conseillère d'État, observant qu'aucune décision n'avait été prise par le département pour se conformer à l'arrêt précité et mettre en œuvre la troisième heure en éducation physique pour l'ensemble des élèves de l'école obligatoire. Il lui a imparti un délai au 4 mai 2022 pour y procéder.

9) Par acte du 12 juillet 2022, Mme A_____ et B_____ ont interjeté recours pour déni de justice auprès de la chambre administrative. Malgré les démarches effectuées par les recourantes depuis 2015, la conseillère d'État ne cessait de repousser la date de mise en œuvre de la troisième heure d'éducation physique et n'avait jamais été en mesure d'établir un calendrier d'introduction effective.

Dès lors que plus de sept mois s'étaient écoulés depuis l'arrêt de la chambre de céans du 14 septembre 2021 et que les recourantes et leur conseil avaient enjoint la conseillère d'État de rendre une nouvelle décision dans le sens des considérants, qu'aucune suite n'avait été donnée à ce dossier, les conditions d'un déni de justice étaient remplies.

10) Le département a conclu au rejet du recours.

Une réunion s'était tenue le 17 novembre 2021 entre le département et B_____. À la suite de celle-ci, par courrier du 14 décembre 2021, B_____ avait posé des conditions à sa participation au groupe de travail avec le département. Dans sa réponse du 18 janvier 2022, ce dernier avait indiqué que le déploiement de la réforme CO-22 serait l'occasion de compléter, dès la neuvième année, l'introduction de la troisième période d'éducation physique, autrement dit d'en faire bénéficier l'ensemble des élèves.

Un référendum populaire contre le projet de réforme CO-22 avait impliqué le report de son entrée en vigueur à la rentrée scolaire 2023. L'adoption de la réforme CO-22 avait ensuite été refusée en votation populaire le 15 mai 2022.

Un groupe de travail, comprenant B_____, se réunirait en septembre 2022 pour poursuivre sa réflexion. Il manquait des locaux et des salles de gymnastique. Il ne pouvait pas être fait abstraction des enjeux liés à la forte augmentation du nombre d'élèves au cycle d'orientation depuis la rentrée 2021, qui allait d'ailleurs se poursuivre les prochaines années. Certains bâtiments devaient être reconstruits. Plusieurs classes d'accueil avaient dû être ouvertes, en lien avec le contexte ukrainien. Ces éléments rendraient plus compliquée la libération des salles de classe pour les transformer en « salles de mouvement ». Le département était confiant sur le fait qu'il serait possible d'introduire la troisième période

d'éducation physique, pour tous les élèves, dès la rentrée scolaire 2023, sous réserve du vote du budget 2023.

B_____, qui était partie prenante des travaux, était parfaitement au courant de cette situation et des difficultés logistiques rencontrées.

Le département n'avait pas expressément refusé de rendre une décision. Il s'était trouvé dans l'impossibilité de mettre en œuvre la décision de justice de la chambre de céans du 14 septembre 2021. Compte tenu du refus par le peuple de CO-22, cette troisième période serait dispensée à l'ensemble des élèves dès la rentrée scolaire 2023, sauf mauvaise surprise budgétaire et moyennant que les difficultés logistiques soient surmontées. La volonté du département de se conformer à ses obligations ressortait clairement des pièces produites. Les recourantes s'en prenaient à la célérité des mesures mises en œuvre par le département. Le grief ne relevait donc pas d'un déni de justice. Par ailleurs, selon la jurisprudence, lorsque des causes externes, indépendantes, s'interposaient et dominaient la chaîne des événements, le rapport d'imputabilité était interrompu.

Le courriel du 19 avril 2022 ne comprenait pas le nom de Mme A_____, laquelle n'avait en conséquence pas mis en demeure le département. Le mode de communication par courrier électronique n'avait pas fait l'objet d'un accord entre les parties. Il n'avait pas non plus été précédemment employé dans ce dossier.

Décision était prise d'introduire cette mesure dès la rentrée 2023, étant précisé qu'il n'était pas possible, pour l'administration cantonale, de faire abstraction des contraintes budgétaires et logistiques sauf, en ce qui concernait les premières, à agir en contradiction avec la législation sur la gestion administrative et financière de l'État et, s'agissant des secondes, à faire prendre des risques aux élèves en l'absence de locaux et d'infrastructures adéquats pour pratiquer la gymnastique. Le recours était déraisonnable, le DIP voulant et allant se conformer à ses obligations légales, ce que les recourantes savaient pertinemment.

11) Dans leur réplique, les recourantes ont rappelé que le département s'était engagé à mettre en œuvre la troisième heure de gymnastique pour tous dès la rentrée 2021. Relever un prétendu vice de forme dans la mise en demeure était de mauvaise foi. Les nombreux courriers préalables des recourantes évoquaient toujours le nom de Mme A_____. Depuis dix ans, le département devait se conformer au droit fédéral. Un arrêt de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (ci-après : la chambre constitutionnelle) du 19 mai 2016 imposait au canton d'instituer trois heures hebdomadaires indépendamment de toute considération d'ordre financier, organisationnel ou ayant trait aux infrastructures en place. Subordonner l'institution des trois heures d'éducation physique à la réforme CO-22 était en contradiction directe avec l'arrêt de la chambre constitutionnelle. B_____ n'ignorait pas les difficultés auxquelles faisait face l'autorité intimée dans l'introduction de la troisième heure d'éducation physique.

Elle relevait toutefois le manque d'implication dont avait fait preuve cette dernière depuis dix ans en ignorant ses propositions et injonctions et en refusant obstinément de rendre une décision sujette à recours.

Comme l'exigeaient respectivement les arrêts du Tribunal fédéral et de la chambre administrative, l'autorité intimée était tenue de procéder à l'introduction de la troisième heure d'éducation physique dans les plus brefs délais, ainsi qu'au prononcé d'une décision au sens de l'art. 4A al. 2 LPA.

12) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger

EN DROIT

1) a. Une partie peut recourir en tout temps 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. 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 (ATA/1722/2019 du 26 novembre 2019 consid. 2b et les références citées).

b. 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/699/2021 du 2 juillet 2021 consid. 9b ; ATA/386/2018 du 24 avril 2018 consid. 2d). Les conclusions en déni de justice sont irrecevables lorsque le recourant n'a pas procédé à la mise en demeure prévue à l'art. 4 al. 4 LPA (ATA/1210/2018 du 13 novembre 2018 consid. 5c et 6).

c. 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).

En cas de recours contre la seule absence de décision, les conclusions ne peuvent tendre qu'à contraindre l'autorité à statuer (ATA/699/2021 précité consid. 9c ; ATA/595/2017 du 23 mai 2017 consid. 6c). 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/373/2020 du 16 avril 2020 consid. 6a).

d. 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/7/2020 du 7 janvier 2020 consid. 3b).

2) En vertu de l'art. 12 al. 4 LESp, l'enseignement à l'école obligatoire doit prévoir de manière obligatoire au moins trois périodes hebdomadaires d'éducation physique.

La scolarité obligatoire comprend les écoles enfantines, dans la mesure où elles sont obligatoires, le degré primaire et le degré secondaire I (art. 48 al. 1 de l'ordonnance du 23 mai 2012 sur l'encouragement du sport et de l'activité physique [ordonnance sur l'encouragement du sport] - OESp - RS 415.01).

3) Dans l'arrêt de renvoi dans la précédente procédure (arrêt 2C_709/2020 précité), le Tribunal fédéral a notamment relevé que dès lors qu'il existait une obligation pour les cantons de mise en œuvre de trois périodes hebdomadaires d'éducation physique, imposée par le droit fédéral, les mesures prises par les autorités administratives du canton de Genève en lien avec l'introduction de la troisième période hebdomadaire devaient, sur le principe, pouvoir faire l'objet d'un contrôle judiciaire en vertu de l'art. 29a Cst. A fortiori, un contrôle judiciaire s'imposait lorsque l'autorité administrative, comme en l'espèce, invoquait des obstacles à la concrétisation de cette obligation, mais ne rendait pas de décision formelle (qu'il s'agisse d'une non-entrée en matière ou d'un rejet), alors qu'il lui était demandé de prendre formellement position. La Cour de justice devait donc, a priori, entrer en matière sur le recours pour déni de justice formé par les recourantes au motif que le département n'avait pas rendu de décision formelle à la suite de leur (énième) demande tendant à ce que la troisième période d'éducation physique hebdomadaire soit mise en œuvre (consid. 4.4).

4) En l'espèce, comme relevé dans la précédente procédure, l'on comprend bien que les recourantes sollicitent une décision portant sur l'entrée en vigueur effective d'une troisième période d'éducation physique hebdomadaire pour tous les niveaux de l'école obligatoire. Les conditions pour faire abstraction de l'exigence d'un intérêt actuel sont donc en l'espèce réunies.

Il n'est pas contesté que les trois heures d'éducation physique ne sont pas encore dispensées à l'ensemble des élèves du secondaire I, ni que le département n'a pas rendu de décision à la suite de l'arrêt de la chambre de céans du 14 septembre 2021 l'y enjoignant.

Il n'est dès lors pas nécessaire de déterminer si le courriel du 19 avril 2022 des recourantes constitue une mise en demeure, dès lors que le département ne conteste pas ne pas s'être conformé au dispositif de l'arrêt précité depuis une année.

Au vu des considérants qui précèdent, le département doit rendre une décision formelle. Un délai de trois mois à compter de la notification du présent arrêt lui sera imparti (art. 69 al. 4 LPA).

Il n'y a pas lieu d'impartir un délai impératif à l'autorité intimée, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, pour s'exécuter, comme le sollicitent les parties recourantes, aucun motif ne permettant de retenir que le département ne se conformera pas au présent arrêt.

Le recours sera en conséquence admis. Le dossier sera retourné au département pour qu'il rende une décision sujette à recours quant à la mise en œuvre de la troisième heure d'éducation physique pour l'ensemble des élèves de l'école obligatoire.

5) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA), et une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée aux recourantes, solidairement entre elles, à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 12 juillet 2020 par B_____ et Madame A_____ pour déni de justice à l'encontre du département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse ;

au fond :

l'admet ;

renvoie le dossier au département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse afin qu'il rende une décision dans le sens des considérants dans le délai de trois mois à compter de la notification du présent arrêt ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure à B_____et à Madame A_____ de CHF 1'000.-, solidairement entre elles, à la charge de l'État de Genève ;

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 recourantes, ainsi qu'au département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse.

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

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	le président siégeant :
M. Mazza	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :