RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2682/2023-FPUBL **ATA/1066/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 26 septembre 2023

sur effet suspensif

dans la cause

A_____ **recourant**
représenté par Me Steve ALDER, avocat

contre

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

Attendu, en fait, que :

1) A_____ a été nommé maître généraliste dans l'enseignement primaire dès le 1er septembre 2014, après de précédentes expériences au sein du département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (ci-après : DIP).

2) Pendant l'année scolaire 2015-2016, il a été affecté à l'école primaire B_____, à 50%, et pendant l'année scolaire 2016-2017, à l'école primaire C_____, toujours à 50% et de concert avec une seconde enseignante (« duettiste »).

3) Lors des années scolaires 2017-2018, 2018-2019 et 2019-2020, il a bénéficié de congés extraordinaires.

4) Pour l'année scolaire 2020-2021, A_____ a été affecté à l'école primaire D_____, en charge d'une classe de 4P en duo avec une autre enseignante, E_____.

5) Après trois jours de collaboration entre les deux personnes précitées, F_____, directrice de l'établissement scolaire D_____, a fait appel au service de médiation scolaire.

6) Une séance de médiation s'est tenue le 31 août 2020. A_____ a quitté la réunion en annonçant sa démission ainsi que son absence le prochain jour ouvrable, soit le 3 septembre 2020.

7) A_____ s'est trouvé en incapacité de travail depuis le 1er septembre 2020. Il totalise plus de 1'000 jours d'absence.

8) Le 13 décembre 2022, A_____ a été convoqué à un entretien de service en vue d'une résiliation des rapports de service. Il était fait mention de son changement d'affectation en 2017, des difficultés rencontrées avec E_____, de ses absences, de la fin de son droit au traitement et de son refus de se rendre auprès du service de santé du personnel de l'État (ci-après : SSPE).

9) L'entretien de service a eu lieu par écrit le 12 janvier 2023.

10) Par courrier du 2 mai 2023, compte tenu des vœux exprimés entretemps par A_____ de reprendre son activité à la rentrée scolaire 2023-2024, le DIP lui a – pour la troisième fois – demandé que son état de santé soit évalué par le SSPE. La résiliation des rapports de travail était suspendue le temps que son état de santé soit évalué, à défaut de quoi ladite procédure suivrait son cours.

11) Le 15 mai 2023, A_____ a adressé un nouveau rapport médical de sa psychiatre traitante, laquelle indiquait ne voir aucune évolution de la situation depuis 2022. Son « syndrome de stress post-traumatique » subsistait.

Il ne pouvait vu son état de santé pas se rendre au SSPE pour une évaluation, ce qui ne pouvait lui être reproché.

12) Le 30 mai 2023, le DIP a informé A_____ de la reprise de la procédure en vue de la résiliation de ses rapports de service.

13) Le 2 juin 2023, A_____ a confirmé sa position. Un autre échange de courriers s'en est ensuivi.

14) Par décision du 9 août 2023 déclarée exécutoire nonobstant recours, le DIP a ouvert une procédure de reclassement.

Compte tenu du fait qu'A_____ était en incapacité de travail pour raisons de santé depuis le 1er septembre 2020, que son droit au traitement s'était éteint le 31 août 2022, qu'il n'avait jamais déféré aux convocations du SSPE, celui-ci devant évaluer son état de santé, ce qui aurait permis à l'employeur d'assurer le suivi de sa situation, qu'il avait décliné l'ultime convocation du SSPE visant à évaluer si son état de santé était compatible avec la reprise d'activité annoncée pour la rentrée scolaire 2023-2024, les éléments constitutifs d'un motif fondé de résiliation des rapports de service étaient réalisés.

Le DIP allait donc lui proposer dans un premier temps des mesures de développement et de réinsertion professionnels et, dans un second temps, procéder à la recherche d'un poste disponible au sein de l'administration, ce dans un délai de deux mois.

15) Par acte posté le 25 août 2023, A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours, et principalement à l'annulation de la décision attaquée et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Le recours était recevable. Le seul reproche qui lui était fait et qui justifiait l'ouverture de la procédure de reclassement était de ne pas avoir déféré aux convocations du SSPE, or rien ne pouvait lui être reproché à cet égard. S'agissant du préjudice irréparable, il était tenu de participer à la procédure de reclassement et d'y collaborer, alors qu'il n'était pas en mesure de le faire pour des raisons médicales. Il verrait donc, à l'issue de la procédure de reclassement, ses rapports de service résiliés et ne pourrait de fait pas bénéficier d'un reclassement.

Sur le fond, il invoquait une violation de l'art. 64A du 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).

16) Le 15 septembre 2023, le DIP a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif au recours.

17) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur la question de l'effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

1) Le recours a été interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2) Les décisions sur effet suspensif et mesures provisionnelles sont prises par la présidente, respectivement par la vice-présidente, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un ou une juge (art. 21 al. 2 LPA ; 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 20 juin 2023).

3) Aux termes de l'art. 66 LPA, sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (al. 1) ; toutefois, lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (al. 3).

4) Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles - au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER/Astrid HIRZEL, Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013, 61-85, p. 63) - ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/1244/2015 du 17 novembre 2015 consid. 2 ; ATA/1110/2015 du 16 octobre 2015 consid. 3 ; ATA/997/2015 du 25 septembre 2015 consid. 3).

Elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (Isabelle HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in RDS 1997 II 253-420, p. 265).

L'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405 ; du 18 septembre 2018).

5) Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle

dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).

6) Selon l'art. 141 al. 1 de la loi sur l'instruction publique du 17 septembre 2015 (LIP - C 1 10), le Conseil d'État peut, pour motif fondé, résilier les rapports de service d'un membre du corps enseignant ; il peut déléguer cette compétence au conseiller d'État chargé du département agissant d'entente avec l'office du personnel de l'État. La décision est motivée. L'autorité compétente est tenue, préalablement à la résiliation, de proposer des mesures de développement et de réinsertion professionnels et de rechercher si un autre poste au sein de l'administration cantonale correspond aux capacités de l'intéressé. Les modalités sont définies par règlement (art. 141 al. 2 LIP).

Selon l'art. 141 al. 3 LIP, il y a motif fondé lorsque la continuation des rapports de service n'est plus compatible avec le bon fonctionnement de l'administration scolaire, soit notamment en raison de : l'insuffisance des prestations (let. a), l'inaptitude à remplir les exigences du poste (let. b) et la disparition durable d'un motif d'engagement (let. c).

7) Lorsque les éléments constitutifs d'un motif fondé de résiliation sont dûment établis lors d'entretiens de service, un reclassement selon l'article 141 alinéa 2 de la loi sur l'instruction publique est proposé pour autant qu'un poste soit disponible au sein de l'administration et que l'intéressé au bénéfice d'une nomination dispose des capacités nécessaires pour l'occuper (art. 64A al. 1 RStCE). Des mesures de développement et de réinsertion professionnels propres à favoriser le reclassement sont proposées (art. 64A al. 2 RStCE). L'intéressé est tenu de collaborer, et peut faire des suggestions (art. 64A al. 3 RStCE). Il bénéficie d'un délai de 10 jours ouvrables pour accepter ou refuser la proposition de reclassement (art. 64A al. 4 RStCE). En cas de refus, d'échec ou d'absence de reclassement, une décision motivée de résiliation des rapports de service pour motif fondé intervient (art. 64A al. 6 RStCE).

8) a. Les décisions incidentes ne sont susceptibles de recours que si elles peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 57 let. c LPA).

b. Dans sa jurisprudence rendue avant 2017, la chambre de céans a en général nié l'existence d'un préjudice irréparable en cas d'ouverture d'une procédure de reclassement, une telle décision étant au contraire destinée, dans l'hypothèse où le reclassement aboutirait, à éviter ou à atténuer les effets de la décision de licencier envisagée (ATA/1149/2015 du 27 octobre 2015 ; ATA/923/2014 du 25 novembre 2014).

c. Le Tribunal fédéral a néanmoins admis l'existence d'un préjudice irréparable dans un cas genevois, dans lequel le recourant n'avait eu d'autre choix que d'accepter une rétrogradation comme alternative à son licenciement, nouvelle affectation qui ne découlait toutefois pas d'un agrément passé entre lui et son employeur, mais des particularités propres à sa situation personnelle qui rendaient en pratique illusoire toute perspective réelle de réinsertion professionnelle en cas de licenciement. L'irrecevabilité prononcée revenait de facto à priver le recourant de la possibilité de contester devant l'autorité de recours les motifs qui avaient conduit à son changement d'affectation (au sens de l'art. 12 al. 3 LPAC). Le recourant ne pouvait en définitive les contester que s'il provoquait la résiliation de ses rapports de service, en s'opposant d'emblée à tout reclassement, ou en cas d'échec d'un reclassement. Or, déjà au moment du prononcé de la décision incidente, il apparaissait évident que le recourant n'avait guère d'autre choix que d'accepter toute mesure qui lui serait proposée comme alternative à son licenciement, en dépit de l'important déclassement professionnel, personnel et salarial que cela impliquerait. Du moment qu'il ne pouvait pas faire contrôler par le juge la réalité d'un motif fondé de résiliation des rapports de service au sens des art. 22 LPAC et 46A du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 24 février 1999 (RPAC - B 5 05.01) sans renoncer du même coup à un reclassement, le recourant subissait un préjudice irréparable, qu'il soit d'ordre juridique ou à tout le moins de fait. L'acceptation de la proposition de reclassement par le recourant n'était finalement pas susceptible de supprimer l'intérêt actuel juridique ou pratique au traitement de son recours, le recourant persistant en effet à contester les motifs de l'ouverture de la procédure de reclassement et à demander sa réintégration dans sa fonction précédente (ATF 143 I 344 consid. 7 et 9).

Quoi qu'il en soit, le recours contre une décision d'ouverture d'une procédure de reclassement, préalable au prononcé d'un licenciement administratif, n'est ouvert qu'à des conditions restrictives (ATF 143 I 344 consid. 7.5 et 8.3 ; ATA/1260/2020 du 15 décembre 2020 consid. 3). Cela étant, le législateur genevois avait envisagé la possibilité d'un recours au stade déjà de l'ouverture de la procédure de reclassement. En effet, l'autorité compétente ordonnait l'ouverture d'une procédure de reclassement en se fondant sur un examen *a priori* de la situation conflictuelle, sans avoir à procéder à une instruction complète. Il n'était ainsi pas nécessaire que les faits soient établis avec certitude, la vraisemblance étant suffisante. Il fallait, mais il suffisait au sens de l'art. 46A RPAC – lequel correspond à l'art. 64A RStCE applicable au recourant –, qu'un certain nombre de faits déterminants soient constatés avec un degré de vraisemblance suffisant lors d'entretiens de service pour apparaître plausibles et soient assez sérieux pour justifier l'ouverture de la procédure (« dûment établis »). Un tel examen pouvait dès lors conduire, comme l'avait expressément relevé le Conseil d'État dans les travaux préparatoires, à des situations « à la limite » ; le contrôle juridictionnel étant alors « déterminant » pour éviter de « faire échouer le traitement RH adéquat » (ATF 143 I 344 consid. 7.5 et les références citées).

d. S'agissant de l'effet suspensif, la présidence de la chambre administrative a, en 2022, refusé la restitution de l'effet suspensif à un recours formé contre une décision d'ouverture d'une procédure de reclassement, considérant que l'intérêt public à la poursuite de la procédure de reclassement en cours apparaissait d'autant plus important que la libération de l'obligation de travailler de la fonctionnaire concernée durait depuis huit mois. La recourante n'exposait pas quelle urgence imposerait l'adoption de mesures conservatoires, la simple perspective de devoir accepter un poste au terme de la procédure de reclassement ne constituant qu'une hypothèse et ne conférant pas de caractère urgent à la situation. Il n'existait ainsi aucun intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (ATA/807/2022 du 16 août 2022). La même décision a été prise dans un autre cas (ATA/1117/2022 du 7 novembre 2022).

9) En l'espèce, la recevabilité du recours devra être examinée par la chambre de céans dans son arrêt final, mais n'apparaît pas d'emblée donnée au vu de la jurisprudence pertinente. Or, il importe sur ce point de connaître l'issue de la procédure de reclassement pour pouvoir juger de la recevabilité du recours.

Par ailleurs, aucune disposition légale ou réglementaire n'interdit une procédure de reclassement en cas d'incapacité de travail du fonctionnaire concerné (ATA/1117/2022 précité consid. 8 ; ATA/544/2021 du 25 mai 2021 consid. 12d). Suivre le raisonnement du recourant, selon lequel la procédure ne peut être engagée tant qu'il serait en incapacité de travail, permettrait en outre de repousser indéfiniment ladite procédure. On ne voit du reste pas en quoi le fait de collaborer à la procédure de reclassement, par exemple en communiquant un curriculum vitae, en participant à un bilan de compétences ou en postulant à un autre poste adapté à ses compétences serait susceptible de faire revivre au recourant le « traumatisme » qu'il dit avoir vécu au mois d'août 2020.

En conséquence, l'intérêt public à pouvoir procéder à la procédure de reclassement apparaît plus important que l'intérêt du recourant à repousser ladite procédure en raison de son état de santé.

Au vu de ce qui précède, la demande de restitution de l'effet suspensif au recours sera refusée.

10) Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

11) Sur la base des conclusions du recourant, le présent litige n'a pas de valeur litigieuse.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée 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 suisse, av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Steve ALDER, avocat du recourant ainsi qu'au département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse.

La présidente :

V. LAUBER

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :