RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2988/2020-FPUBL **ATA/720/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 6 juillet 2021

dans la cause

Monsieur A_____
représenté par Me Romain Jordan, avocat

contre

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

EN FAIT

1) Monsieur A_____, né en 1977, a été engagé par le département de l'instruction publique, devenu depuis lors le département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (ci-après : DIP ou le département), le 1er septembre 2003 en qualité de maître d'éducation physique.

2) Depuis le 1er septembre 2005, M. A_____, enseigne l'éducation physique au cycle d'orientation de B_____ (ci-après : CO B_____).

3) Par arrêté du Conseil d'État du 24 mai 2006, M. A_____ a été nommé fonctionnaire, dès le 1er septembre 2006, à la fonction de maître d'enseignement secondaire.

4) Suite à des allégations de certains élèves ayant indiqué que lors du cours de gymnastique du 20 septembre 2019, M. A_____ avait regardé leurs fesses, voire avait frôlé leurs fesses avec sa main et que juste auparavant il avait touché les fesses de deux autres élèves, des auditions d'élèves ont eu lieu par la directrice du CO B_____ les 4, 8 et 9 octobre 2019.

5) M. A_____ a contesté l'intégralité de ces allégations. Il a déposé une plainte pénale à l'encontre des élèves concernées pour dénonciation calomnieuse, voire calomnie ou diffamation.

6) Par décision du 18 octobre 2019, la conseillère d'État chargée du DIP a répondu au courrier du conseil du recourant du 25 septembre 2019 qui demandait notamment le transfert immédiat de M. A_____ au sein d'un autre cycle d'orientation. Elle a refusé d'entrer en matière sur la prise en charge des honoraires et frais d'avocat relatifs à la procédure pénale initiée par le recourant à l'encontre de ses élèves et a également refusé de prendre en charge les honoraires et frais d'avocat relatifs à la procédure administrative ouverte à son encontre, ceci en application de l'art. 14A al. 1 let. c 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). La lettre précisait que la « décision de non entrée en matière de prise en charge des honoraires et frais d'avocat » était exécutoire nonobstant recours.

7) Le 20 novembre 2019, M. A_____ a interjeté un recours auprès de la section des recours au Conseil d'État de la direction des affaires juridiques de la chancellerie d'État (ci-après : Conseil d'État) contre la décision du DIP du 18 octobre 2019. Il a invoqué une violation de son droit d'être entendu ainsi que de l'art. 14A RStCE, de même qu'une violation de devoir de protection de

l'employeur par le fait que son transfert dans un autre établissement lui avait été refusé. M. A_____ s'est principalement opposé au prononcé de la suspension.

8) Le 20 janvier 2020 le DIP a répondu au recours en concluant à son rejet. Il n'y avait aucune violation du droit d'être entendu, que l'autorité avait parfaitement rempli ses obligations en matière de protection de la personnalité et l'art. 14A RStCE avait été correctement appliqué au cas d'espèce.

9) Le 1er juillet 2020, un arrêté du Conseil d'État a ordonné l'ouverture d'une enquête administrative à l'encontre de M. A_____ avec suspension provisoire avec traitement, la suppression de toute prestation à la charge de l'État demeurant réservée.

10) Par arrêté du 19 août 2020, statuant sur le recours formé par M. A_____ contre la décision du DIP du 18 octobre 2019, le Conseil d'État a rejeté le recours. Pour que l'État prenne en charge les frais de procédure et honoraires d'avocat à la charge d'un membre du personnel en raison d'une procédure de nature civile, pénale ou administrative initiée contre lui par des tiers pour des faits en relation avec son activité professionnelle, il fallait que trois conditions soient remplies, soit :

- le membre du personnel concerné avait obtenu au préalable l'accord du chef du département ou de la personne déléguée par lui quant à cette prise en charge ;

- le membre du personnel n'avait pas commis de faute grave et intentionnelle ;

- la procédure n'était pas initiée par l'État lui-même.

La notion de tiers selon l'art. 14A al. 1 RStCE avait fait l'objet d'un éclaircissement de la part de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) qui avait considéré qu'un tiers ne pouvait être qu'une personne non membre de l'administration (ATA/1040/2016, consid. 8). En l'espèce, les faits relatés par les élèves à l'encontre de M. A_____, s'ils étaient avérés, seraient susceptibles de constituer une violation de l'art. 123 de loi sur l'instruction publique du 17 septembre 2015 (LIP - C 1 10) et de conduire à une sanction disciplinaire au sens des art. 142 LIP et 56 RStCE. Au vu de la gravité des faits reprochés, c'était à juste titre que l'autorité intimée avait ouvert une procédure administrative à son encontre. Dès lors, la procédure avait été initiée par l'État, de sorte que le département n'avait aucune obligation de prendre en charge les frais de défense du recourant dans le cadre de la procédure administrative.

11) Par acte mis à la poste le 21 septembre 2020, M. A_____ a déposé recours à la chambre administrative contre l'arrêté du Conseil d'État du 19 août 2020. Il a conclu principalement à son annulation, ainsi qu'à l'annulation de la

décision du DIP du 18 octobre 2019 et à ce qu'il soit dit que les frais de défense induits par les accusations des élèves seraient pris en charge par l'État. Il était également demandé qu'il soit constaté que la décision de refus de son transfert portait atteinte à sa personnalité et à ce que le département le transfère immédiatement au sein d'un autre établissement scolaire. La procédure administrative n'était pas le fait du département, mais découlait de la dénonciation de la mère d'une élève, soit un tiers externe à l'administration. Le DIP aurait pu faire une enquête interne et parvenir à la conclusion que ces allégations étaient infondées, mais avait choisi d'ouvrir une enquête administrative. Le recourant n'avait commis aucune faute, de sorte que les conditions de l'art. 14 al. 1 RStCE étaient réunies.

12) Par réponse du 13 novembre 2020, le département a conclu à ce que le recours soit déclaré irrecevable s'agissant du refus de transfert de M. A_____ dans un autre établissement et a conclu au fond à son rejet. Concernant l'application de l'art. 14A RStCE, le DIP avait admis que l'État a une obligation de protection vis-à-vis de son personnel et devait notamment protéger la personnalité du fonctionnaire contre les attaques injustifiées. Cela ne signifiait pas pour autant que la collectivité publique devait pourvoir aux frais de la défense d'un fonctionnaire contre lequel une instruction pénale avait été ouverte (ATA/397/2019 du 9 avril 2019, consid. 4). Le recourant faisait une lecture erronée de l'art. 14A al. 1 RStCE car il confondait les accusations rapportées par un tiers externe avec la décision prise ultérieurement par l'autorité intimée d'ouvrir une enquête administrative. Malgré la dénonciation provenant d'un parent d'élève, la procédure elle-même avait été initiée par l'État. Dès lors, la condition de la let. b de l'art. 14A al. 2 RStCE n'était pas réalisée au moment de la décision du 18 octobre 2019.

13) Dans sa réplique du 21 décembre 2020, M. A_____ a, sur ce point, rappelé que la position du département revenait à imputer au fonctionnaire injustement mis en cause les conséquences financières de l'ouverture d'une enquête par sa hiérarchie.

14) Une audience de comparution personnelle a eu lieu le 25 février 2021 lors de laquelle le département a indiqué que selon le résultat de l'enquête administrative, il se déterminerait à nouveau sur l'ensemble des requêtes de M. A_____.

15) Le 3 mars 2021, le rapport d'enquête administrative a été rendu et a été communiqué à M. A_____ le 8 mars 2021 par le DIP.

S'il ne pouvait pas être totalement exclu que des gestes tels que ceux dénoncés aient pu avoir lieu, il était impossible d'en déterminer leurs auteurs et le caractère intentionnel. Par ailleurs, il ressortait de l'audition de M. A_____ et de sa compagne que ce dernier et sa famille avaient été extrêmement affectés par

les trois affaires survenues au CO B_____ de sorte qu'il était indispensable de communiquer au sujet de cette affaire en milieu scolaire. Les faits reprochés à M. A_____ n'étaient pas établis et rien ne prouvait qu'il avait d'une quelconque manière violé ses devoirs de fonction.

16) Par arrêté du 5 mai 2021, le Conseil d'État a clôturé l'enquête administrative et transmis le dossier au DIP afin qu'il détermine si une sanction disciplinaire devait être prononcée à l'encontre de M. A_____, la suspension provisoire prenant fin dès notification de cet arrêté.

17) Par courrier du 10 mai 2021, le DIP a écrit à M. A_____ pour l'informer qu'aucune sanction disciplinaire au sens des art. 142 LIP et 56 RStCE ne serait prise à son encontre et que la direction des ressources humaines le contacterait pour fixer les modalités de sa reprise. La demande de reconsidération relative à la prise en charge de ses frais d'avocat demeurait réservée.

18) Par courrier du 25 mai 2021, la juge déléguée, considérant que la cause était devenue sans objet concernant la question de son transfert dans un autre établissement, a imparti un délai au 15 juin 2021 aux parties pour se déterminer sur la question des frais et indemnité de procédure.

19) Par décision du 1er juin 2021, le DIP a informé M. A_____ de sa décision de prendre en charge les frais de la procédure pénale P/1_____/2019 dirigée contre M. A_____, de même que les procédures pénales P/2_____/2019, P/3_____/2019, P/4_____/2019 et P/5_____/2019 (soit celles dirigées contre les élèves) et de son refus de prendre en charge les frais de procédure et honoraires d'avocat de M. A_____ dans le cadre de la procédure administrative clôturée par arrêté du Conseil d'État du 5 mai 2021.

20) Par courrier du 1er juin 2021, le conseil de M. A_____ a contesté que la cause soit devenue sans objet, rappelant que demeure ouverte la question de la prise en charge des frais de défense dans le cadre de la procédure administrative.

21) Par courrier du 8 juin 2021, M. A_____, considérant que l'État devait prendre en charge les frais de la procédure administrative et rappelant son point de vue à ce sujet, a conclu à l'admission du recours.

22) Le 15 juin 2021, le département s'en est rapporté à justice concernant les frais et indemnités relatifs à la présente procédure. Pour ce qui était de l'admission du recours de M. A_____ sur la couverture des frais et honoraires d'avocat engagés dans le cadre de l'enquête administrative, le DIP a persisté dans ses conclusions relevant que la jurisprudence invoquée soit de l'ATA/1335/2018 du 11 décembre 2018 reposait sur un état de fait totalement différent de celui à juger en l'espèce et rappelait que l'enquête administrative faisait toujours suite à des griefs rapportés d'une manière ou d'une autre par des tiers.

23) Par courrier du 17 juin 2021, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (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) L'objet du présent litige est le bienfondé de la décision du 18 octobre 2019 de la conseillère d'État en charge du DIP, de sorte que la chambre administrative n'a pas à se prononcer sur celle du 1er juin 2021 postérieure au dépôt du recours.

3) Travaillant comme enseignant d'un établissement de l'instruction publique, le recourant, fonctionnaire, est notamment soumis aux dispositions de la loi sur l'instruction publique du 17 septembre 2015 (LIP - C 1 10), au règlement du cycle d'orientation du 9 juin 2010 (RCO - C 1 10.26) et au RStCE.

4) Suite au résultat de l'enquête administrative qui a mis hors de cause M. A_____, aucune mesure disciplinaire n'a été prise par le département.

Reste à statuer sur la demande du recourant visant à la prise en charge par l'État des frais de procédure et honoraires de l'avocat qu'il a mandaté pour le défendre dans le cadre de l'enquête administrative, suite au allégations de quelques élèves à son encontre.

5) a. Selon l'art. 14A al. 1 RStCE, les frais de procédure et honoraires d'avocat effectifs à la charge d'un membre du personnel en raison d'une procédure de nature civile, pénale ou administrative initiée contre lui par des tiers pour des faits en relation avec son activité professionnelle sont pris en charge par l'État pour autant que, cumulativement : le membre du personnel concerné ait obtenu au préalable l'accord du chef du département ou de la personne déléguée par lui quant à ladite prise en charge (let. a) ; le membre du personnel n'ait pas commis de faute grave et intentionnelle (let. b) et la procédure ne soit pas initiée par l'État lui-même (let. c).

L'art. 14A RStCE est strictement identique à l'art. 14A 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), de sorte que la jurisprudence relative à cet article peut s'appliquer au cas d'espèce. La chambre de céans s'est déjà prononcée sur la notion du tiers au sens de l'art. 14A al. 1 RPAC et constaté qu'un tiers ne peut être qu'une personne non membre de l'administration (ATA/1040/2016 du 13 décembre 2016 consid. 8). Dans un autre cas, la procédure avait été initiée par

le service du médecin cantonal et avait été considérée comme initiée par l'État (ATA/1335/2018 du 11 décembre 2018).

b. Selon la doctrine, l'État a une obligation de protection à l'égard de son personnel, qui ne doit pas se comprendre comme un simple pendant de l'art. 328 de la loi fédérale complétant le code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220), mais plutôt comme celui du devoir de fidélité de l'agent public vis-à-vis de l'État. La collectivité doit ainsi notamment protéger la personnalité du fonctionnaire contre des attaques injustifiées (Fritz LANG, Das Zürcher Personalgesetz vom 27. September 1998 in Peter HELBLING et Tomas POLEDNA, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern, 1999, p. 73).

c. Dans le cadre de la protection précitée, les frais des procédures pénales initiées tant contre le recourant devant le Ministère public genevois que contre les élèves ayant été mises en cause devant le Tribunal des mineurs ont été pris en charge par le département par décision du 1er juin 2021.

Le recourant estime que l'affaire ayant été déclenchée par des élèves et leurs parents, la procédure administrative a été commencée par des « tiers ». L'arrêt cité ATA/1335/2018 traitant d'un problème administratif de reconnaissance d'un diplôme canadien de médecin-dentiste ne parait pas utile pour trancher le cas d'espèce. Dans ce cas, l'État avait ouvert une procédure administrative sans que des tiers en soient le déclencheur. Cette problématique diverge totalement de celle concernant un professeur mis en cause par ses élèves.

La chambre administrative a déjà eu l'occasion de se prononcer et a écarté l'action d'un fonctionnaire, intentée contre l'État, pour le paiement de ses honoraires d'avocat, au motif que la prétention n'avait pas de fondement de droit public. Elle avait considéré que le droit cantonal ne prévoyait pas la possibilité d'une prise en charge par l'État des frais de la défense d'un fonctionnaire poursuivi d'office, dans le cadre d'une procédure pénale. Cette absence de norme ne constituait pas un silence qualifié, la doctrine ne prévoyant pas non plus une telle obligation (ATA/1040/2016 du 13 décembre 2016 ; ATA/88/2006 du 14 février 2006 confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 2P.96/2006 du 27 juillet 2006). Bien que rendus sous l'ancien droit - l'art. 14A RPAC a été totalement modifié le 31 août 2016 - ces arrêts conservent leur pertinence dans le cas d'espèce. En effet, dans sa teneur actuelle, l'art 14A RPAC ne contient aucune règle visant la prise en charge des frais de défense d'un collaborateur dans le cadre d'une enquête administrative. Au contraire, elle l'exclut lorsque la procédure est initiée par l'État lui-même, ce qui est le cas en l'espèce (ATA/397/2019 consid. 4 du 9 avril 2019).

Pour ces motifs, le recours doit être rejeté sur ce point.

6) Vu l'issue et les circonstances du litige, un émolument réduit de CHF 250.- sera mis à la charge du recourant qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Il ne sera alloué aucune indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 21 septembre 2020 par Monsieur A_____ contre l'arrêté du Conseil d'État du 19 août 2020 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 250.- à la charge de Monsieur A_____ ;

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), 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, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, 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 le présent arrêt à Me Romain Jordan, 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 :	le président siégeant :
F. Scheffre	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :