

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2566/2020-FPUBL

ATA/1175/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 24 novembre 2020

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 1^{er} septembre 2003 en qualité de maître d'éducation physique.
- 2) Depuis le 1^{er} septembre 2005, M. A_____ enseigne l'éducation physique au cycle d'orientation B_____ (ci-après : CO B_____).
- 3) Par arrêté du Conseil d'État du 24 mai 2006, M. A_____ a été nommé fonctionnaire, dès le 1^{er} septembre 2006, à la fonction de maître d'enseignement secondaire.
- 4) Le 25 avril 2018, M. A_____ a fait l'objet d'une pétition signée par cinquante-sept élèves du CO B_____ pour avoir, en substance, tenu des propos inadéquats à certains élèves.

Après une enquête interne, la direction du CO B_____ a constaté l'absence de violation des devoirs de service ou de fonction à l'endroit de M. A_____. Toutefois, l'intéressé devait améliorer ses outils de communication et de gestion des relations avec les élèves, selon un courrier qui lui a été adressé le 4 septembre 2018 par la direction du CO B_____.

- 5) Le 3 avril 2019, la mère d'un élève s'est plainte auprès de la direction du CO B_____ du fait que M. A_____ avait saisi le bras de son fils et l'avait forcé à courir de telle manière qu'il s'était fait une entorse lors d'un cours le 1^{er} avril précédent.

Au cours de l'enquête interne, des élèves de la classe, qui avaient appuyé la version de l'élève en question, ont avoué avoir menti. L'élève concerné avait également avoué son mensonge à son père.

Cet élève a été sanctionné par la direction du CO B_____ de six jours d'exclusion de tous les cours et d'une exclusion des cours d'éducation physique jusqu'à la fin de l'année scolaire.

- 6) Par arrêté du 1^{er} juillet 2020, le Conseil d'État a ordonné l'ouverture d'une enquête administrative à l'encontre de M. A_____, avec suspension provisoire, la suppression de toute prestation à la charge de l'État demeurant réservée, et l'a confiée à Madame C_____ (ci-après : l'enquêtrice).

Selon cet arrêté, le 23 septembre 2019, Madame D_____, mère d'E_____, née le _____ 2007 et alors élève en 9^{ème} année au CO B_____,

avait informé Madame F_____, doyenne, d'éléments rapportés par sa fille en relation avec M. A_____.

Lors de l'entretien du 24 septembre 2019, en présence de Madame G_____, directrice du CO B_____, de Mme F_____, Mme D_____ et d'E_____, cette dernière avait indiqué que lors du cours de gymnastique du 20 septembre 2019, M. A_____ avait regardé ses fesses dans la salle, au moment où elle s'était levée. Suite à cela, dans la cour, sous les fenêtres des bureaux de la directrice et des doyens, M. A_____ avait frôlé ses fesses avec sa main, étant précisé qu'il avait juste auparavant touché les fesses de deux autres élèves. E_____ ignorait si ce geste avait été intentionnel mais M. A_____ ne s'était pas excusé.

Les 4, 8 et 9 octobre 2019, des audits d'élèves avaient eu lieu par la directrice et un autre membre de la direction du CO B_____.

Le 25 novembre 2019, un entretien de service s'était tenu au cours duquel M. A_____ avait contesté l'intégralité des éléments qui lui étaient reprochés. Il avait déposé une plainte pénale le 23 octobre 2019 du chef de dénonciation calomnieuse, subsidiairement de calomnie, voire de diffamation à l'encontre des élèves concernées.

Le 23 décembre 2019, M. A_____ avait remis ses observations au procès-verbal de l'entretien de service, s'opposant aux griefs retenus à son endroit.

- 7) Le 21 août 2020, l'enquêtrice a procédé à des audits.
- 8) Le 22 août 2020, elle a convoqué E_____ pour l'entendre à titre de renseignement le 28 août 2020.

Les art. 28A et 42 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) étaient reproduits dans la convocation.

- 9) Le 25 août 2020, le conseil nouvellement constitué d'E_____, a écrit à l'enquêtrice pour savoir quelles mesures allaient être prises en vue de l'audience compte tenu de l'âge d'E_____.

En tout état de cause, les parties ne devaient pas être autorisées à poser leurs questions directement à E_____. Si une salle séparée en deux parties, avec un miroir sans tain entre celles-ci (ci-après : salle LAVI) n'était pas disponible, M. A_____ ne devait pas être présent mais représenté par son avocat.

- 10) Par courriel du 26 août 2020, l'enquêtrice a transmis ce courrier au conseil de M. A_____, lui indiquant qu'au vu de la nature de l'affaire et afin de protéger la personnalité d'E_____, elle entendrait celle-ci hors la présence de M. A_____, en application de l'art. 42 al. 5 LPA.

- 11) Le jour même, le conseil de M. A_____ a écrit à l'enquêtrice pour s'opposer à cette modalité d'audition.

L'art. 42 LPA offrait un droit à la participation à l'administration des preuves, soit un droit étendu au contradictoire. La simple possibilité, a posteriori, de s'exprimer sur le contenu d'un témoignage n'était pas conforme à la loi, surtout en matière disciplinaire.

Il ne suffisait pas d'alléguer une atteinte pour pouvoir se prévaloir de l'art. 42 al. 5 LPA, celle-ci devant être au moins un peu étayée.

Or, les déclarations d'E_____ étaient ineptes, incohérentes et non crédibles. Elles n'avaient pas la moindre assise. En revanche, la cabale menée par certains élèves du CO B_____ depuis plus de deux ans à l'encontre de M. A_____ était bien réelle et établie par pièces.

M. A_____ étant le mieux à même de relever les inepties prononcées par E_____, sa présence à l'audience était essentielle. Dans le cas contraire, l'interrogatoire d'E_____ serait forcément lacunaire.

Il s'opposait également à ce qu'E_____ soit accompagnée d'une personne de confiance ou assistée d'un conseil.

- 12) Par décision du 27 août 2018 (recte : 2020), l'enquêtrice a rejeté les incidents soulevés par M. A_____ dans son courrier du 26 août 2020, dit qu'E_____ serait entendue hors la présence du M. A_____ lors de l'audience du 28 août 2020 et qu'elle pourrait y être accompagnée d'une personne de confiance et être assistée d'un conseil de son choix.

E_____ avait notamment indiqué, le 24 septembre 2019, que, lors du cours de gymnastique du 20 septembre 2019, M. A_____ avait regardé ses fesses dans la salle de cours, au moment où elle s'était levée puis, suite à cela, dehors dans la cour, sous les fenêtres des bureaux de la directrice et des doyens, frôlé ses fesses avec sa main, précisant ne pas savoir si ce geste avait été intentionnel et que M. A_____ ne s'était pas excusé.

Une procédure pénale avait été ouverte à l'encontre de M. A_____, pour actes d'ordre sexuel avec des enfants, en raison de ces faits.

Dans la mesure où les faits allégués par E_____, en ce qui la concernait, portaient notamment atteinte à son intégrité sexuelle, cette dernière pouvait se prévaloir des droits découlant de l'art. 28A LPA, dans le cadre de son audition du 28 août 2020.

En outre, les faits dénoncés, s'ils étaient avérés – ce que l'enquête avait précisément pour objet de vérifier –, étaient en lien avec l'intégrité sexuelle

d'E_____, mineure âgée de 13 ans, ce qui impliquait, à double titre, une protection accrue de sa personnalité.

Dans ces circonstances, les conditions pour procéder à l'audition d'E_____ hors la présence de M. A_____ étaient réalisées.

Pour le surplus, le droit d'être entendu de M. A_____ était respecté, dès lors que ses avocats seraient présents lors de l'audition d'E_____, que lui-même aurait accès au procès-verbal d'audience et pourrait se déterminer à son égard.

- 13) Par acte du 28 août 2020, M. A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision incidente précitée, concluant, sur mesures superprovisoires et provisoires, à ce qu'il soit ordonné à l'enquêtrice de reporter l'audition d'E_____ jusqu'à droit jugé sur son recours. Au vu de la contestation pendante, la chambre administrative devait également nier, ou du moins restreindre l'accès au dossier à E_____, pour autant qu'elle ait la qualité de partie dans la présente procédure de recours, ce qui était contesté. Au fond et préalablement, il a repris cette conclusion précédente. Principalement, la décision attaquée devait être annulée et réformée en ce sens qu'E_____ devait être entendue en présence de M. A_____ et non accompagnée d'une personne de confiance ou assistée par un conseil. Subsidiairement, l'enquêtrice devait tenir l'audition d'E_____ dans une salle LAVI.

Il ne suffisait pas d'alléguer une atteinte pour pouvoir se prévaloir des art. 28A et 42 al. 5 LPA. Celle-ci devait être au moins un peu étayée, sauf à vider de sens les garanties fondamentales rattachées au droit d'être entendu.

La procédure était en outre d'ores et déjà déséquilibrée du fait que M. A_____ devait subir une enquête administrative – avec de lourdes conséquences financières et une grave atteinte à sa réputation – alors même que le dossier était « vide ».

M. A_____ disposait d'un intérêt prépondérant à la manifestation de la vérité. Or, s'il était aisé de prononcer des mensonges dans un environnement « immunisé », il était nettement plus difficile de les assumer devant la personne intéressée.

L'intéressé était en outre le mieux à même de relever les inepties et incohérences dans les déclarations d'E_____, si bien que sa présence à l'audience était essentielle. Dans le cas contraire, l'interrogatoire d'E_____ serait forcément lacunaire et la procédure viciée en conséquence.

Par ailleurs, au vu de l'absence totale de fondement des accusations d'E_____, celle-ci ne pouvait prétendre à être accompagnée d'une personne de confiance, respectivement assistée par un conseil.

Enfin, les modalités prévues par l'enquêtrice constitueraient forcément un obstacle à la manifestation de la vérité. E_____ ne révélerait pas le caractère mensonger de ses déclarations en présence de sa personne de confiance et de son conseil, lesquels interviendraient au demeurant assurément pour éviter des aveux.

Ces modalités n'étaient donc ni nécessaires, ni adéquates au but visé par l'enquête.

Subsidiairement, l'audition d'E_____ devait se dérouler en salle LAVI.

- 14) Le 28 août 2020, le juge délégué a indiqué à l'enquêtrice que dans la mesure où la décision attaquée n'avait pas été déclarée exécutoire nonobstant recours, le recours de M. A_____ avait effet suspensif de par la loi.
- 15) L'enquêtrice a annulé l'audition du 28 août 2020.
- 16) Le 8 septembre 2020, l'enquêtrice a conclu au rejet du recours, renvoyant aux considérants de sa décision.
- 17) Le 25 septembre 2020, M. A_____ a répliqué, persistant dans ses conclusions.

Le 18 septembre 2020, de nouvelles auditions avaient été menées par l'enquêtrice, dont il a détaillé le contenu et les procès-verbaux y afférents.

- 18) Aucun échange d'écritures n'a eu lieu avec le département.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ce point de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. b LPA).
- 2) a. Selon l'art. 57 let. c LPA, sont susceptibles d'un recours les décisions incidentes, 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.

b. Une décision incidente (art. 4 al. 2 LPA) est une décision prise pendant le cours d'une procédure, qui ne représente qu'une étape vers la décision finale (arrêts du Tribunal fédéral 8C_686/2011 du 2 mai 2012 consid. 4.1 ; 1C_40/2012 du 14 février 2012 consid. 2.3 ; ATA/399/2016 du 10 mai 2016 consid. 2a et l'arrêt cité).

Le préjudice irréparable suppose que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée, comme un intérêt économique ou un intérêt tiré du principe de l'économie de la procédure (ATF 127 II 132 consid. 2a ; 126 V 244 consid. 2c ; 125 II 613 consid. 2a ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^{ème} éd., 2018, n. 1265).

La disposition légale précitée a la même teneur que l'art. 93 al. 1 let. a et b de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110). Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, un préjudice est irréparable au sens de cette disposition lorsqu'il ne peut être ultérieurement réparé par une décision finale entièrement favorable au recourant (ATF 138 III 46 consid. 1.2 ; 134 III 188 consid. 2.1 et 2.2 ; 133 II 629 consid. 2.3.1). Un intérêt économique ou un intérêt tiré du principe de l'économie de la procédure peut constituer un tel préjudice (ATF 127 II 132 consid. 2a ; 126 V 244 consid. 2c ; 125 II 613 consid. 2a). Le simple fait d'avoir à subir une procédure et les inconvénients qui y sont liés ne constitue toutefois pas en soi un préjudice irréparable (ATF 133 IV 139 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_149/2008 du 12 août 2008 consid. 2.1 ; ATA/827/2015 du 11 août 2015 consid. 2 ; ATA/305/2009 du 23 juin 2009 consid. 2b et 5b et les références citées).

c. La chambre de céans a précisé à plusieurs reprises que l'art. 57 let. c LPA devait être interprété à la lumière de ces principes (ATA/746/2014 du 23 septembre 2014 consid. 2d et les références citées).

En matière d'enquête administrative, elle a déclaré irrecevable, pour défaut de préjudice irréparable, un recours contre une décision d'ouverture d'une enquête administrative (ATA/16/2016 du 12 janvier 2016 ; ATA/657/2015 du 23 juin 2015 et les références citées), de même qu'un recours contre une décision de l'enquêteur administratif d'entendre en qualité de témoins des collaborateurs d'une autorité ayant requis du Conseil d'État l'ouverture de l'enquête administrative (ATA/715/2013 du 29 octobre 2013 consid. 3). Elle a également 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 licenciement envisagée (ATA/1149/2015 du 27 octobre 2015 ; ATA/923/2014 du 25 novembre 2014). Enfin, la chambre de céans n'a pas retenu de préjudice irréparable contre une décision refusant de suspendre la procédure d'enquête administrative le temps que le recourant se rétablisse (ATA/621/2016 du 19 juillet 2016).

De son côté, le Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 2P.183/2005 du 19 juillet 2005) a rejeté pour le même motif un recours dirigé contre un jugement du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel du 29 juin 2005. Cette juridiction avait déclaré irrecevable un recours contre une décision de refus d'audition de témoins dans le cadre d'une enquête administrative au motif qu'une

telle décision prise en matière d'administration des preuves ne pouvait causer un préjudice irréparable. La notion de décision incidente créant un dommage irréparable, prévue par le droit de procédure administrative cantonale pour régir les conditions de recevabilité d'un recours contre une décision incidente, avait été interprétée par cette instance conformément à celle prévue par le droit fédéral (art. 45 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 - PA - RS 172.021) et le jugement attaqué ne pouvait être taxé d'arbitraire.

- 3) En l'espèce, le litige porte exclusivement sur la décision du 27 août 2018 (recte : 2020) refusant la présence du recourant lors de l'audition d'E_____ et admettant que cette dernière puisse être accompagnée d'une personne de confiance et assistée d'un conseil de son choix.

Si le souci du recourant d'être présent et de pouvoir participer activement à l'audience d'enquête afin de pouvoir éventuellement lui-même interroger E_____ est compréhensible, son conseil, qui connaît le dossier et qui aura tout loisir de préparer l'audience avec son client, pourra poser à celle-ci les questions qu'il estime pertinentes.

Par ailleurs et contrairement à ce qu'il soutient, une audition d'E_____ hors sa présence, accompagnée d'une personne de confiance et assistée d'un conseil de son choix, ne constitue pas un grave obstacle à la manifestation de la vérité, dans la mesure où l'audition de celle-ci ne constitue qu'une mesure d'instruction parmi d'autres déjà menées ou futures, et l'enquêtrice rendra son rapport sur la base de l'entier du dossier et non pas seulement sur la base des seules déclarations d'E_____ lors de cette audition.

Enfin, le recourant pourra en tout état de cause se déterminer sur le contenu essentiel du procès-verbal de l'audition d'E_____ (art. 42 al. 6 LPA ; ATA/747/2016 du 6 septembre 2016 consid. 4f).

Il pourra également, le cas échéant, faire examiner la décision incidente avec le recours dirigé contre la décision finale, si celle-ci lui est défavorable.

En conséquence, la décision du 27 août 2018 (recte : 2020) ne cause pas de préjudice irréparable au recourant.

- 4) La seconde hypothèse de l'art. 57 let. c LPA, à savoir la venue à chef immédiate d'une décision finale susceptible d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse, n'est pas davantage réalisée et le recourant ne le prétend d'ailleurs pas.
- 5) La question de savoir s'il est opportun de procéder à l'audition d'E_____ alors qu'une procédure pénale est en cours ne fait pas l'objet du présent litige, de sorte qu'elle ne sera pas traitée dans le présent arrêt.

- 6) Au vu ce qui précède, le recours sera déclaré irrecevable.
- 7) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 800.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (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 28 août 2020 par Monsieur A_____ contre la décision de Madame C_____, enquêtrice, du 27 août 2018 (recte : 2020) ;

met à la charge de Monsieur A_____ un émolument de CHF 800.- ;

dit qu'il ne lui 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 Romain Jordan, avocat du recourant, au département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse, ainsi qu'à Madame C_____, enquêtrice.

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

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

M. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :