

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3818/2009-FPUBL

ATA/513/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 3 août 2010

dans la cause

Monsieur X_____

contre

**DÉPARTEMENT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE, DE LA CULTURE ET DU
SPORT**

EN FAIT

1. Monsieur X_____, né en 1948, était, depuis le 1^{er} mars 1980, membre de l'enseignement général au collège des Coudriers. Il avait le statut de fonctionnaire du département de l'instruction publique, devenu depuis le 7 décembre 2009 le département de l'instruction publique, de la culture et du sport (ci-après : DIP).
2. Le 29 novembre 2006, M. X_____ a été arrêté sous l'inculpation d'actes d'ordre sexuel avec deux de ses enfants ainsi que de contrainte sexuelle et de tentative de viol à l'encontre de l'une d'entre elles. Des inculpations complémentaires d'infractions à l'intégrité sexuelle de ses enfants, de violation du devoir d'assistance et d'éducation ainsi que de lésions corporelles simples intentionnelles ont été ultérieurement prononcées.
3. Par décision du 21 mars 2007, déclarée exécutoire nonobstant recours, le Conseil d'Etat a ouvert une enquête administrative et suspendu provisoirement l'intéressé de ses fonctions tout en maintenant son droit au traitement.
4. Le 25 juillet 2007, le DIP a prononcé, à titre provisoire, l'éloignement de M. X_____ de son lieu de travail en application de l'art. 129A al. 5 de la loi sur l'instruction publique dans sa teneur au 31 mai 2007 (LIP - C 1 10). Le traitement de l'intéressé était maintenu.

Compte tenu de cette nouvelle décision, le Conseil d'Etat a rapporté sa décision précitée du 21 mars 2007.
5. Le 29 août 2007, M. X_____ a recouru contre la mesure d'éloignement auprès de la commission de recours du personnel enseignant de l'instruction publique (ci-après : CRIP), laquelle a, par décision du 30 janvier 2008 devenue définitive et exécutoire, déclaré le recours irrecevable (ACOM/37/2008 du 30 janvier 2008).
6. Le 30 avril 2008, la Cour d'assises a condamné M. X_____ à une peine de six ans de réclusion, l'ayant reconnu coupable sur ses deux filles, nées en 1983 et 1984, de contraintes sexuelles, tentatives de contraintes sexuelles, d'actes d'ordre sexuel avec une enfant, de tentatives d'actes d'ordre sexuel avec une enfant et l'a acquitté de la prévention de tentative de viol sur l'une de ses filles. La Cour d'assises l'a astreint à suivre une psychothérapie et l'a condamné à payer à la plus jeune de ses enfants CHF 40'000.- à titre d'indemnité pour tort moral et CHF 6'330.- à titre de frais médicaux.

Cet arrêt est devenu définitif et exécutoire, la Cour de cassation genevoise ayant rejeté, le 3 octobre 2008, le pourvoi de l'intéressé et le Tribunal fédéral

ayant rejeté son recours en matière pénale par arrêt du 5 mars 2009 (6B_929/2008).

7. Par pli recommandé du 24 août 2009 adressé à M. X_____, détenu aux établissements de Bellechasse, le directeur général de l'enseignement secondaire a fait part à l'intéressé du fait qu'en raison de la condamnation précitée et de l'impossibilité dans laquelle il se trouvait d'assumer un enseignement, le DIP avait l'intention de résilier les rapports de service pour motif fondé au sens de l'art. 129A LIP.

Un délai au 4 septembre 2009 lui était imparti pour faire valoir ses éventuelles observations. De plus, le DIP disait avoir procédé à un examen des possibilités de trouver un autre poste au sein de l'administration cantonale correspondant aux capacités de l'intéressé, mais cette recherche s'était avérée vaine.

8. Par pli daté du 31 août 2009, M. X_____ a répondu qu'il désirait être entendu et informé des résultats de l'enquête administrative ouverte en mars 2007. Il souhaitait connaître la prochaine étape de la procédure devant le Tribunal administratif et refusait, en l'état, d'être licencié pour motif fondé.

Il n'avait pas reçu de réponse à sa dernière demande de retraite anticipée (PLEND) à 100 % qui datait du 8 juillet 2009.

Il contestait les conclusions du DIP et réclamait le droit de bénéficier d'un reclassement. Il était hautement qualifié dans divers domaines (recherche, applications informatiques dans l'enseignement, gestion des tâches administratives des enseignants, enseignement aux adultes, etc.). La personne qui occupait le poste de délégué aux Nations Unies pour les droits de l'homme à la « DGCO » n'étant plus en poste, il priait donc le directeur général de l'enseignement secondaire de lui accorder cette mission. Il avait une riche pratique dans les organisations internationales et était l'auteur de l'art. 7 de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS - 0.107). Il était prêt à se déplacer à Genève pour une entrevue et restait ouvert à d'autres suggestions.

9. Par courrier du 23 septembre 2009 adressé à M. X_____ à Bellechasse, le conseiller d'Etat en charge du DIP lui a signifié qu'il mettait fin aux rapports de service pour le 31 décembre 2009, conformément aux art. 129A LIP et 64 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).

Cette décision était déclarée exécutoire nonobstant recours.

La condamnation pénale précitée était définitive. Bien que les faits pour lesquels M. X_____ avait été condamné relèvent de sa vie privée, ces infractions

étaient de nature « à anéantir l'autorité et la confiance indispensables à l'exercice de la mission éducative que doit (devait) exercer un enseignant ».

Son droit d'être entendu avait été respecté. Le DIP réitérait le fait que la recherche au sein de l'administration cantonale d'un autre poste correspondant à ses capacités s'était avérée vaine.

10. Par acte déposé au greffe du Tribunal administratif le 26 octobre 2009 au nom de M. X_____ et signé par Monsieur S_____, un courrier intitulé « acte de recours » a été dirigé contre la décision précitée du 23 septembre 2009. Ce courrier ne comportait aucune conclusion formelle et relevait brièvement quelques éléments, dont notamment le fait que la demande de PLEND déposée en juillet 2009 n'avait jamais été examinée, que le droit d'être entendu du recourant avait été violé par l'absence d'une audition aboutissant à la rédaction d'un procès-verbal et qu'aucune démarche n'avait été entreprise afin de trouver un poste correspondant à ses capacités.
11. Dans un arrêt sur partie (ATA/125/2010 du 2 mars 2010), auquel il convient de se référer pour le surplus, le tribunal de céans a constaté que Mme B_____ et M. S_____ n'avaient pas les qualités de mandataires professionnellement qualifiés (ci-après : MPQ), et que, partant, ils ne pouvaient pas valablement représenter M. X_____ dans la cause qui l'opposait au DIP. Toutefois, le recourant avait bénéficié d'une restitution de délai après l'expiration du délai de recours pour se déterminer sur le contenu du courrier du 23 septembre 2009 du DIP, quand bien même cela n'avait trait qu'à la recevabilité du recours. De cette manière, le vice avait pu être réparé.

Le Tribunal administratif a donc admis la recevabilité du recours interjeté par M. X_____ les 26 octobre 2009 et 12 janvier 2010, précisant qu'il ressortait des observations faites personnellement par l'intéressé le 12 janvier 2010, qu'il contestait le bien-fondé de la résiliation des rapports professionnels.

Un délai a été imparti aux parties afin qu'elles se déterminent sur le fond du litige. Le DIP devait notamment préciser quelles démarches avaient été entreprises par l'administration en vue du reclassement du recourant.

12. Le 15 avril 2010, le DIP a conclu au rejet du recours.

Le droit d'être entendu de M. X_____ avait été respecté. Malgré l'absence d'un entretien de service dans un cadre formalisé, la possibilité de se déterminer sur les manquements qui lui étaient reprochés avait été donnée au recourant qui en avait fait usage le 31 août 2009. L'entretien de service n'avait pas été organisé du fait que l'intéressé se trouvait en détention à Bellechasse.

De plus, le DIP avait procédé à un examen des possibilités de trouver une autre place au sein de l'administration cantonale correspondant aux capacités de

l'intéressé, mais les recherches s'étaient avérées vaines. Le 14 juillet 2009, la directrice des ressources humaine du DIP avait adressé, par courriel, une demande de recherche de poste à son assistante. Celle-ci avait transmis ladite demande aux membres du collège spécialisé - RH. Le contenu de cette dernière était le suivant : « Nous vous sollicitons dans le cadre d'une recherche de poste pour un reclassement d'un membre du personnel enseignant, dont vous trouverez les éléments relatifs au CV en pièce jointe ». Un fichier intitulé « JCL données essentielles » était joint ; il expliquait brièvement le parcours du M. X_____ et précisait que celui-ci avait suivi des formations continues dans le domaine de l'informatique. Toutes les réponses des départements interrogés (département du territoire, département des finances, département des institutions, pouvoir judiciaire, département de la solidarité et de l'emploi, département de l'économie et de la santé, département des constructions et des technologies de l'information et la chancellerie d'Etat) s'étaient avérées négatives. Quant au poste de délégué aux Nations Unies pour les droits de l'homme à la « DGCO », il n'avait jamais existé.

Conformément à la loi instaurant des mesures d'encouragement à la retraite anticipée du 15 décembre 1994 (LERA - B 5 20), la demande de PLEND déposée le 8 juillet 2009 par M. X_____ avait été refusée au motif qu'une résiliation des rapports de service était envisagée compte tenu de sa condamnation pénale.

Enfin, les faits pour lesquels M. X_____ avait été condamné étaient de nature à anéantir la confiance nécessaire entre le DIP et celui-ci, de sorte que la résiliation des rapports de service demeurait la seule hypothèse envisageable.

13. Le 17 mai 2010, M. X_____ a transmis ses observations au fond. Il dénonçait le bien-fondé des motifs de son licenciement, lesquels étaient le résultat d'un « amalgame entre ma (sa) vie privée et professionnelle ». Il demandait l'invalidation du refus du PLEND et du reclassement.

Son droit d'être entendu avait été violé au motif qu'aucun entretien de service n'avait été organisé quand bien-même il en avait exprimé la volonté dans son courrier du 31 août 2009. A cet égard, il précisait qu'il avait bénéficié d'une « permission » pour se rendre au Tribunal civil de Lausanne en novembre 2009. Une telle autorisation aurait également pu être sollicitée dans le cadre d'un entretien de service pour cause de licenciement.

Le DIP n'avait pas respecté son droit à être reclassé : d'une part, le curriculum vitae (ci-après : CV) joint à la demande de recherche de poste avait été rédigé par le DIP, alors qu'il avait lui-même établi un CV dans le cadre de la procédure pénale ouverte à son encontre, et d'autre part, la demande envoyée par courriel de même que les réponses données aux éventuels intéressés n'étaient pas élogieuses et n'incitaient pas à son engagement.

Enfin, il avait adressé une première demande de mise à la retraite anticipée le 6 novembre 2008 mais elle n'avait jamais été examinée. Cette demande était antérieure à la décision de résiliation du 23 septembre 2009. En conséquence, la décision de refus d'un PLEND n'était pas justifiée.

Ce courrier a été transmis au DIP le même jour.

14. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La recevabilité du recours a déjà été admise par arrêt sur partie du 2 mars 2010 (ATA/125/2010 déjà cité).
2. Le présent litige porte sur la validité de la décision de licenciement prise par le DIP à l'encontre du recourant.
3. Le recourant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu, faute d'avoir été convoqué à un entretien de service avant que ne soit prise la décision de le licencier pour motif fondé.
4. Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 133 III 235 consid. 5.3 p. 250 ; Arrêts du Tribunal Fédéral 5A.12/2006 du 23 août 2006 consid. 3.1 et les arrêts cités ; 1P.179/2002 du 2 septembre 2002 consid. 2.2 ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004). Sa portée est déterminée en premier lieu par le droit cantonal (art. 41ss LPA) et le droit administratif spécial (ATF 124 I 49 consid. 3a p. 51 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.39/2006 du 3 juillet 2006 consid. 3.2). Si la protection prévue par ces lois est insuffisante, ce sont les règles minimales déduites de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) qui s'appliquent (art. 29 al. 2 Cst. ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.39/2006 du 3 juillet 2006 consid. 3.2 et les arrêts cités ; A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2006, Vol. 2, 2ème éd., p. 603, n. 1315ss ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 198). Quant à l'art. 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), il n'accorde pas au justiciable de garanties plus étendues que celles découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. (Arrêt du Tribunal fédéral 4P.206/2005 du 11 novembre 2005 consid. 2.1 et arrêts cités).

Tel qu'il est garanti par cette dernière disposition, le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une

décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 2C_573/2007 du 23 janvier 2008 consid. 2.3 et les arrêts cités ; ATA/415/2008 du 26 août 2008 consid. 6a et les arrêts cités). La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droits constitutionnels a également déduit du droit d'être entendu le droit d'obtenir une décision motivée. L'autorité n'est toutefois pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties ; elle peut se limiter aux questions décisives, mais doit se prononcer sur celles-ci (ATF 133 II 235 consid. 5.2 p.248 ; 129 I 232 consid. 3.2 p. 236 ; 126 I 97 consid. 2b p. 103 ; cf. aussi ACEDH Kraska c/Suisse du 19 avril 1993 ; ATA/ 429/2008 du 27 août 2008).

5. La résiliation des rapports de service est une décision (art. 1 et 4 LPA) prise par une autorité administrative (art. 5 let f LPA). Les règles de la LPA sont ainsi applicables à la procédure de recours (art. 32 al. 6 et 7 LPA) et doivent être respectées par l'autorité intimée. Tel est le cas de l'art. 41 LPA notamment, selon lequel « les parties ont le droit d'être entendues par l'autorité compétente avant que ne soit prise une décision. Elles ne peuvent prétendre à une audition verbale sauf dispositions légales contraires », sous réserve des exceptions énumérées exhaustivement à l'art. 43 LPA, dont aucune n'est réalisée en l'espèce (ATA/181/2009 du 7 avril 2009 ; ATA/410/2009 du 25 août 2009).
6. Le recourant étant soumis au RStCE, le département intimé devait entre autre respecter l'art. 40 RStCE relatif à l'entretien de service, dont la teneur est la suivante :

« ¹ Un entretien de service entre le membre du personnel enseignant et son supérieur hiérarchique a pour objet les manquements aux devoirs du personnel.

² Le membre du personnel peut se faire accompagner d'une personne de son choix. Il peut demander qu'un responsable des ressources humaines soit présent.

³ La convocation doit parvenir au membre du personnel 10 jours ouvrables avant l'entretien. Ce délai peut être réduit lorsque l'entretien a pour objet une infraction aux devoirs du personnel enseignant. Dans ce dernier cas, et lorsqu'une décision de suspension provisoire ou de révocation au sens des art. 130B al. 1^{er} et 130 al. 1^{er} let. c. LIP sont envisagées, une représentante ou un représentant de la hiérarchie supérieure conduit l'entretien. Il en va de même lorsqu'en cas d'infraction aux devoirs une mesure d'éloignement ou une résiliation pour motif fondé au sens de l'article 129A LIP sont à titre exceptionnel envisagées.

⁴ La convocation précise la nature, le motif de l'entretien et les personnes présentes pour l'employeur. Elle rappelle le droit de se faire accompagner.

⁵ A la demande d'un des participants, un compte rendu d'entretien est établi. Les divergences éventuelles peuvent y figurer ou faire l'objet d'une note rédigée par le membre du personnel enseignant dans le délai imparti. »

En l'espèce, il est établi et non contesté que le recourant n'a pas été convoqué pour un entretien de service en raison de sa détention à Bellechasse. En lieu et place de cet entretien de service, le directeur général de l'enseignement secondaire a fait part à l'intéressé du fait qu'au vu de sa condamnation et de l'impossibilité dans laquelle il se trouvait d'assumer un enseignement, le DIP avait l'intention de résilier les rapports de service pour motif fondé au sens de l'art. 129A LIP. Un délai de dix jours lui était imparti pour présenter ses observations par écrit. Dans ce délai, le recourant a contesté les conclusions du DIP et expressément manifesté sa volonté d'être entendu. L'autorité n'y a donné aucune suite et la décision de licenciement litigieuse a été notifiée au recourant, considérant que son droit d'être entendu avait été respecté par la possibilité qui lui avait été offerte de s'exprimer par écrit.

La disposition réglementaire précitée précise le but et les conditions dans lesquelles doit intervenir ledit entretien de service. Or, il n'est fait nulle mention que ce dernier peut être remplacé par un autre mode de procéder, en particulier par une interpellation écrite adressée à l'intéressé. Cet entretien de service apparaît donc comme une mesure nécessaire, préalable à toute décision de résiliation des rapports de service d'un membre du personnel enseignant, qui serait fondée sur des manquements à ses devoirs (ATA/410/2009 déjà cité). Or, le licenciement du recourant est intervenu précisément pour un tel motif. Il s'ensuit que l'entretien prévu à l'art. 40 RStCE devait avoir lieu avant que celui-ci ne soit prononcé. Il aurait été loisible pour des fonctionnaires du DIP de se rendre à Bellechasse afin d'y entendre personnellement le recourant. En outre, un tel entretien n'a pas davantage été organisé à la suite du passage du recourant à un régime de semi-liberté, en novembre 2009.

Au vu de ce qui précède, le DIP a violé le droit d'être entendu du recourant. La résiliation des rapports de service est ainsi contraire au droit.

7. De jurisprudence constante, la violation du droit d'être entendu commise par l'autorité administrative peut être réparée devant l'instance de recours pour autant que celle-ci jouisse du même pouvoir d'examen (ATA/135/2008 du 24 juin 2008). Or, tel n'est pas le cas en l'espèce puisque le tribunal de céans ne peut contrôler l'opportunité de la décision attaquée (art. 61 al. 2 LPA).
8. Une décision entreprise pour violation du droit d'être entendu n'est pas nulle, mais annulable (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.207/2001 du

12 novembre 2001, consid. 5a et les références citées ; ATA/422/2010 du 22 juin 2010 et les références citées ; ATA/32/2010 du 11 mai 2010).

En conséquence, la décision litigieuse sera annulée.

9. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis. Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du DIP qui succombe. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée au recourant, qui n'a pas pris de conclusions en ce sens ni n'a allégué avoir engagé des frais particuliers pour assurer sa défense (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

admet le recours interjeté par Monsieur X_____ les 26 octobre 2009 et 12 janvier 2010 contre la décision du département de l'instruction publique, de la culture et du sport du 23 septembre 2009 résiliant les rapports de service pour le 31 décembre 2009 ;

annule la décision du 23 septembre 2009 ;

met à la charge du département de l'instruction publique, de la culture et du sport un émolument de CHF 1'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 et 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 ;

communiquera le présent arrêt à Monsieur X_____ ainsi qu'au département de l'instruction publique, de la culture et du sport.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy, Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

M. Tonossi

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :