

GE_GERICHTE ATA/988/2022 vom 4. Oktober 2022

GE Cour de justice, 2022-10-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_988_2022

FR: GE_GERICHTE ATA/988/2022 du 4 octobre 2022

IT: GE_GERICHTE ATA/988/2022 del 4 ottobre 2022

Regeste

Résumé: Constatation d'un licenciement contraire au droit d'un auxiliaire. Le recourant prévenu d'infractions graves a bénéficié d'une ordonnance de classement. Les insuffisances de prestations en lien avec son activité ne sont pas corroborées par le dossier. Réintégration impossible dans la mesure où le contrat du recourant devait dans tous les cas prendre fin. Indemnité fixée à deux mois du dernier traitement mensuel brut de l'intéressé compte tenu des circonstances. Recours admis partiellement.

Erwägungen

E. 05

; art. 62 al. 1 let. a et 63 al. 1 let. c de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2) a. Selon l'art. 65 LPA, l'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant (al. 1). Il contient également l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve (al. 2).

Compte tenu du caractère peu formaliste de cette disposition, la jurisprudence fait preuve d'une certaine souplesse s'agissant de la manière dont

- 17/31 - A/398/2022 sont formulées les conclusions du recourant. Le fait qu'elles ne ressortent pas expressément de l'acte de recours n'est, en soi, pas un motif d'irrecevabilité, pour autant que l'autorité judiciaire et la partie adverse puissent comprendre avec certitude les fins du recourant (ATA/204/2021 du 23 février 2021 consid. 2b ; ATA/1718/2019 du 26 novembre 2019 consid. 2).

b. En l'espèce, le recourant, pourtant assisté d'une avocate, n'a pas pris de conclusion formelle en annulation de la décision de résiliation des rapports de service du 22 décembre 2021. On comprend toutefois de son écriture qu'il conteste les éléments retenus à son encontre pour la motiver.

Le recours est donc recevable. 3)

Le recourant n'a pas formellement conclu à l'audition de témoins. Il a néanmoins offert de prouver, dans le corps de son état de faits, certains faits par son audition et celle de témoins. Il a également demandé la production du courriel envoyé par M. F_____ à M. H_____ le 12 octobre 2021

a. Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.- RS 101), comprend notamment le droit pour la personne concernée de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision et de participer à l'administration des preuves (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 129 II 497 consid. 2.2). Ce droit n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, s'il

acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; 136 I 229 consid. 5.2). Le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'être entendu oralement (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; arrêt Tribunal fédéral 2D_51/2018 du 17 janvier 2019 consid. 4.1) ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1).

b. En l'espèce, les écritures des parties et les pièces produites par leurs soins ont permis d'apporter à la chambre de céans les éléments suffisants pour lui permettre de trancher le litige en toute connaissance de cause. Le recourant a en particulier eu l'occasion de s'exprimer dans ses écritures sur les circonstances qui ont suivi son arrestation. Il a ainsi pu apporter ses explications par rapport au reproche relatif à la violation du principe de loyauté.

La chambre de céans dispose pour le surplus d'un dossier complet lui permettant de statuer en connaissance de cause.

Quant au courriel sollicité, il semble que celui-ci ait été joint à la convocation pour l'entretien de service du 4 novembre 2021, dans la mesure où celle-ci l'indique comme étant « l'annexe 1 ». En tout état de cause, le département

- 18/31 - A/398/2022 a produit ledit courriel en annexe de sa réponse au recours, de sorte que cette conclusion est satisfaite. 4)

Le litige porte sur la conformité au droit de la résiliation des rapports de service par le département.

a. Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA), non réalisée dans le cas d'espèce.

b. La LPAC s'applique aux membres du personnel administratif, technique et manuel de l'administration cantonale (art. 1 al. 1 let. a LPAC). Existente au sein de l'administration cantonale, des établissements publics médicaux et de l'Hospice général des fonctions permanentes et des fonctions non permanentes. Sont non permanentes les fonctions exercées par les auxiliaires et les agents spécialisés pour permettre l'accomplissement de tâches dévolues occasionnellement à l'administration ou aux établissements, ou le remplacement temporaire du titulaire d'une fonction permanente (art. 3 al. 1 et 3). Le personnel de la fonction publique se compose de fonctionnaires, d'employés, d'auxiliaires, d'agents spécialisés et de personnel en formation (art. 4 al. 1 LPAC).

c. À teneur de l'art. 7 LPAC, est un auxiliaire le membre du personnel engagé en cette qualité pour une durée déterminée ou indéterminée aux fins d'assumer des travaux temporaires (al. 1). Toutefois, la relation de service ne peut excéder une durée maximale de trois ans. Cette limite ne s'applique pas à l'auxiliaire accomplissant des tâches intermittentes et de très courte durée (al. 2).

Peut être engagée comme auxiliaire, toute personne définie à l'art. 7 LPAC et, pour les personnes majeures, capable, en règle générale, d'exercer ses droits civils (art. 60 al. 1 LPAC).

L'art. 62 RPAC prévoit que l'engagement dont la durée excède une semaine fait l'objet d'une lettre qui mentionne notamment : l'indication du service auquel l'auxiliaire est affecté (let. a) ; la durée de l'engagement et, s'il y a lieu, du temps d'essai (let. b) ; le taux d'activité (let. c) ; le montant du salaire (let. d) et, si l'engagement est de durée indéterminée, les délais de congé (let. e).

d. Les membres du personnel sont tenus au respect de l'intérêt de l'État et doivent s'abstenir de tout ce qui peut lui porter préjudice (art. 20 RPAC).

L'art. 21 RPAC prévoit que les membres du personnel se doivent, par leur attitude d'entretenir des relations dignes et correctes avec leurs supérieurs, leurs collègues et leurs subordonnés; de permettre et de faciliter la collaboration entre

- 19/31 - A/398/2022 ces personnes (let. a), d'établir des contacts empreints de compréhension et de tact avec le public (let. b) et de justifier et de renforcer la considération et la confiance dont la fonction publique doit être l'objet (let. c).

Un membre du personnel empêché de se présenter à son lieu de travail à l'heure prescrite doit en informer le plus tôt possible son supérieur direct et justifier son absence (art. 24 al. 1 RPAC).

e. Selon l'art. 24 al. 1 LPAC, les rapports de service prennent fin à l'échéance du contrat conclu pour une durée déterminée.

La fin des rapports de service d'un auxiliaire engagé pour une période indéterminée est régie par l'art. 24 al. 2 LPAC. Cette disposition prévoit qu'en pareil cas chacune des parties peut mettre fin aux rapports de service en respectant le délai de congé. L'intéressé est entendu par l'autorité compétente ; il peut demander que le motif de la résiliation lui soit communiqué.

Dans l'application de l'art. 24 al. 2 LPAC, l'administration dispose d'un très large pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de la poursuite des rapports de service. Elle reste néanmoins tenue au respect des principes et droits constitutionnels, notamment la légalité, la proportionnalité, l'interdiction de l'arbitraire et le droit d'être entendu (ATA/546/2021 du 25 mai 2021 consid. 10b ; ATA/1198/2017 du 22 août 2017 consid. 6).

f. Une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. À cet égard, il n'y a lieu de s'écarter de la solution retenue par l'autorité précédente que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 138 I 232 consid. 6.2 ; ATA/423/2021 du 20 avril 2021 consid. 5c).

La jurisprudence développée dans le cadre du licenciement d'employés est applicable mutatis mutandis au licenciement d'auxiliaires. Ainsi, le grief d'arbitraire ne doit être admis que dans des cas exceptionnels, par exemple lorsque les motifs allégués sont manifestement inexistantes, lorsque des assurances particulières ont été données, ou en cas de discrimination. En revanche, l'autorité de recours n'a pas à rechercher si les motifs invoqués sont ou non imputables à une faute ; il suffit en effet que la continuation du rapport de

service se heurte à des difficultés objectives, ou qu'elle n'apparaisse pas souhaitable pour une raison ou une autre (arrêt du Tribunal fédéral 8C_475/2021 du 24 novembre 2021 qui - 20/31 - A/398/2022 confirme l'ATA/546/2021 précité consid. 3.1.2 ; ATA/1198/2017 précité consid. 6 et les arrêts cités).

g. L'art. 2B LPAC garantit, à son al. 1, la protection de la personnalité des membres du personnel de l'administration cantonale, notamment en matière de harcèlement psychologique et de harcèlement sexuel. Des mesures sont prises pour prévenir, constater et faire cesser toute atteinte à la personnalité (al. 2). Les modalités sont fixées par règlement (al. 3). Cette disposition a son pendant, en droit privé, à l'art. 328 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220).

L'art. 328 CO concrétise, en droit du travail, la protection qu'offrent les art. 28 ss du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210) contre les atteintes aux droits de la personnalité (arrêt du Tribunal fédéral 4A_123/2020 du 30 juillet 2020 consid. 4.1). Les art. 28 CC et 328 CO s'appliquent par analogie en droit public, en l'absence de dispositions expresses prévues par le droit de la fonction publique (arrêt du Tribunal fédéral 2A.770/2006 du 26 avril 2007 consid. 4.2). Selon DÉFAGO GAUDIN, la notion de protection de la personnalité de l'agent public et l'obligation qui en découle pour l'employeur est typiquement un de ces concepts dont la portée et la valeur matérielle sont identiques en droit public et en droit privé (Valérie DÉFAGO GAUDIN, op. cit., p. 156 et les références citées).

L'atteinte n'est pas définie à l'art. 28 CC. Par atteinte, on désigne tout comportement humain qui remet en cause, totalement ou partiellement, l'existence ou la substance d'un bien de la personnalité appartenant à autrui. Cette remise en cause doit survenir avec une certaine intensité, c'est-à-dire dépasser le seuil de tolérance qu'on est en droit d'attendre de toute personne vivant en société, à défaut de quoi, il n'y a pas d'atteinte pertinente au sens de l'art. 28 al. 1 CC (Nicolas JEANDIN, in Commentaire romand - Code civil I, Pascal PICHONNAZ/Bénédict FOËX [éd.], 1ère éd., 2010, n. 67 ss ad art. 28 CC). Il y a violation de la personnalité notamment lorsque l'honneur d'une personne est terni, lorsque sa réputation sociale et professionnelle est dépréciée. Il n'est pas nécessaire que l'honneur soit effectivement lésé ; il suffit que le comportement incriminé soit propre à ternir celui-ci, étant précisé que la perturbation doit présenter une certaine intensité (arrêt du Tribunal fédéral 4A_123/2020 précité consid. 4.2 et les références citées). 5) a. En l'espèce, le recourant, à juste titre, ne conteste pas que le licenciement a été décidé par l'autorité compétente pour le licenciement d'un auxiliaire (art. 17 al. 5 LPAC), soit le service de la direction générale du département agissant d'entente avec l'office du personnel de l'État, et dans le respect du délai de congé, en l'occurrence d'un mois pour la fin d'un mois (reporté au 28 février 2022 compte tenu du certificat médical produit), les rapports de service ayant duré moins d'une année (art. 20 al. 2 LPAC). Il admet également avoir pu exercer son - 21/31 - A/398/2022 droit d'être entendu avant la prise de la décision, conformément à ce que l'art. 24 al. 2 LPAC prescrit.

Il se plaint toutefois que la décision de résiliation des rapports de service viole les principes de la proportionnalité et de la bonne foi et qu'elle a été prise en violation du devoir de l'employeur de protéger sa personnalité.

b. L'autorité intimée motive la résiliation des rapports de service en raison de la procédure pénale menée à l'encontre du recourant et de son empêchement de travailler compte tenu des mesures prises dans le cadre de celle-ci, notamment l'interdiction de se rendre à l'école E_____ et d'approcher D_____ et ses parents.

Selon la chronologie du dossier, à la suite du courriel du 12 octobre 2021 dans lequel il est fait état d'inquiétudes portées par les parents de D_____ et par son enseignante dans le cadre de l'encadrement assuré par le recourant, et d'un appel téléphonique des HUG le 14 octobre 2021 expliquant que la situation était grave, le recourant a été libéré de son obligation de travailler le 15 octobre 2021, ce qui lui a été confirmé par courriel. Le recourant a été arrêté par la police le jour même, étant soupçonné de différents actes d'ordre sexuel, de contrainte sexuelle et de menaces à l'endroit de D_____. Il a été incarcéré jusqu'au 8 novembre 2021, sa libération étant conditionnée notamment à l'interdiction de tout contact avec D_____ et ses parents et de se rendre à l'école E_____, selon l'ordonnance de mesures de substitution du 12 novembre 2021.

Il est incontestable que les soupçons qui pesaient sur le recourant étaient graves et qu'ils commandaient une réaction de la part de l'autorité employeur. Celle-ci n'est d'ailleurs pas resté inactive puisqu'après avoir reçu l'appel téléphonique des HUG, M. H_____, responsable hiérarchique, a libéré l'intéressé de son obligation de travailler avec traitement.

Néanmoins, force est de constater que la procédure pénale menée à l'encontre du recourant a débouché sur une ordonnance de classement, laquelle a retenu qu'aucun soupçon qui justifierait une mise en accusation n'avait été établi par la procédure. Il existait en effet de nombreux éléments à décharge, en particulier le fait que les volets de la classe n'aient jamais été complètement fermés, le fait que l'intérieur de la classe, y compris la bibliothèque, était immédiatement visible depuis la cour, le fait que la cour était fréquentée, pendant la plus grande partie des heures que le recourant passait seul en classe avec D_____, par des parents qui amenaient leurs enfants à l'école et qui pouvaient donc voir dans la classe, le fait que l'enseignante ait parfois trouvé la porte fermée (ce qui impliquait a contrario qu'elle l'avait parfois trouvée ouverte), mais jamais verrouillée, alors que même que le recourant disposait de la clé, le fait que D_____ ait indiqué que le recourant avait pris des photographies avec son téléphone, alors que la police n'en avait trouvée aucune. Le recourant n'avait en

- 22/31 - A/398/2022 outre passé, en tout et pour tout, que 9 x 45 minutes seul avec l'enfant. L'ordonnance précitée retient d'ailleurs que ce classement n'est pas un classement au « bénéfice du doute, mais un classement fondé sur l'impossibilité que les faits décrits par D_____ se soient produits ».

Par ailleurs, le département oublie qu'il a reçu de la part du MP, le 23 novembre 2021, copie de la procédure pénale concernant le recourant. Il pouvait ainsi prendre connaissance des procès-verbaux d'audition et des rapports de renseignements de la police. Or, ces documents démontraient, déjà à ce stade, que les soupçons dont faisait l'objet le recourant étaient douteux et ne reposaient pas sur des éléments sérieux.

En particulier, la brigade de criminalité informatique n'avait trouvé aucun élément utile à l'enquête dans le téléphone mobile du recourant malgré les dires de l'enfant sur les photographies prises de lui, pas plus que dans ses ordinateurs et supports numériques. En outre, les auditions selon la procédure appliquée aux auditions d'enfants victimes d'infractions graves (ci-après : EVIG) n'avaient pas apporté d'éléments tangibles. La police

avait également constaté, à l'école E_____, qu'il était aisé de voir depuis la cour de récréation ce qui se passait dans la salle de classe du recourant pour autant que les stores ne soient pas fermés, ce qui semblait impossible pour M. F_____ entendu par la police le 4 novembre 2021. Ce dernier a également déclaré le même jour qu'il était peu probable que le recourant et l'enfant aient été seuls dans la salle de classe sans que personne ne passe ou ne les voie, à travers les grandes baies vitrées, dans la mesure où la classe se trouvait au rez-de-chaussée du bâtiment et qu'il y avait beaucoup de passages.

En outre, il ressort du compte rendu de l'entretien de service que M. H_____ n'avait pas eu le temps d'en faire une lecture approfondie, alors qu'il appartenait à l'autorité intimée de vérifier si les soupçons reposaient sur des éléments sérieux, ce d'autant plus que la décision attaquée est motivée notamment sur la procédure pénale.

Par ailleurs, au vu de ces éléments et contrairement à ce que soutient l'intimé, à la suite de l'ordonnance de mesures de substitution du 12 novembre 2021, le recourant demeurait en mesure d'exercer une partie de l'activité pour laquelle il avait été engagé. En effet, les mesures de substitution prises à l'encontre du recourant ne concernaient que l'école E_____, D_____ et ses parents. Le département oublie ainsi que le recourant était également l'AIS de B_____ dans un autre établissement du canton, soit à l'école C_____. Il aurait donc pu poursuivre son activité à hauteur de 35 % jusqu'à l'échéance de son contrat de travail d'auxiliaire. Il aurait également été envisageable qu'il prenne en charge un autre enfant dans un autre établissement que l'école E_____ et/ou qu'il vienne en appui d'un autre AIS si un tel poste n'était pas disponible.

- 23/31 - A/398/2022

Enfin, comme il le sera expliqué ci-dessous, les reproches portant sur une insuffisance de prestations ne sont pas fondés.

c. Le département motive en outre sa décision de résiliation des rapports de service en soulignant que le recourant a violé son devoir de loyauté en n'informant pas son employeur de sa situation. Par ailleurs, les époux A_____ avaient menti au département, rampant ainsi le rapport de confiance les liant.

Selon le courriel du 15 octobre 2021 adressé au recourant à 12h08, il avait été convenu que M. H_____ reprenne contact avec lui le lundi suivant à la suite de la suspension de son obligation de travailler. Toutefois, le même jour à 12h30, le recourant a été arrêté par la police à son domicile. Au vu de la concomitance temporelle entre l'envoi de ce courriel et son arrestation par la police, il est plausible que le recourant n'ait pas pris connaissance de ce courriel avant son arrestation, ce d'autant plus que le courriel des ressources humaines a été adressé au recourant à son adresse professionnelle.

À la suite de son arrestation, le recourant a été entendu le lendemain par-devant le MP, lequel a formé une demande de mise en détention provisoire. Selon le procès-verbal de cette audience, le recourant a pu parler à son épouse par téléphone afin de lui expliquer la situation. Il a également demandé à ce que le département soit informé de la demande de mise en détention provisoire dont il faisait l'objet. Le MP a ainsi autorisé le précédent conseil du recourant à le faire. Il ressort de ce procès-verbal que le recourant a instruit son précédent conseil d'aviser l'intimé de la situation.

Toutefois, selon le compte rendu de l'entretien de service du 24 novembre 2021, son précédent conseil ne l'a pas fait car le département était déjà au courant qu'une procédure

était en cours et qu'à ce moment-là, « elle avait d'autres priorités à gérer ». Elle était également tenue par le secret professionnel.

Certes, sa précédente avocate n'a pas informé le département de la situation pour des raisons qui lui sont propres. Néanmoins, force est de constater que le recourant ne s'est pas défaussé par rapport à ses obligations contractuelles. Il a clairement instruit son avocate d'avertir le département. En tout état de cause, il ressort du courriel de la femme du recourant daté du 25 octobre 2021 que celle-ci avait contacté M. H_____ le lundi 18 octobre 2021 pour l'avertir de l'absence de son époux. Dans ce courriel, elle n'a pas détaillé les raisons de l'incapacité de travail de son époux mais a prévenu l'employeur du recourant qu'il serait « dans l'incapacité de travailler et ceci pour une durée indéterminée ». Ce faisant, il a répondu aux attentes de l'art. 24 RPAC.

Compte tenu de ces éléments, il ne peut pas être reproché au recourant d'avoir menti à son employeur.

- 24/31 - A/398/2022

En outre, le département n'ignorait pas que la situation du recourant était délicate puisque M. H_____ avait reçu un appel déjà le 14 octobre 2021 de la part des HUG l'informant que la situation concernant le recourant était grave et qu'une dénonciation pénale était envisagée. D'ailleurs, le 21 octobre 2021, la conseillère d'État en charge du département a sollicité des informations au MP concernant le recourant. Le 29 octobre 2021, la procureure en charge de la procédure pénale lui a ainsi répondu que le recourant était prévenu des chefs d'actes d'ordre sexuel avec des enfants, de contrainte sexuelle et de menaces. Le département ne peut donc pas, de bonne foi, soutenir n'avoir pas été au courant des raisons de l'absence du recourant à son poste.

Enfin, il ressort du dossier pénal transmis au département que le risque de collusion a été retenu pour justifier la mise en détention provisoire du recourant jusqu'au 29 novembre 2021. Certes, ce risque concernait spécifiquement D_____, voire ses parents selon l'ordonnance de mise en détention provisoire. Toutefois, ce risque pouvait également concerner des employés du département, tels que par exemple M. F_____, lequel sera d'ailleurs entendu par la police en date du 4 novembre 2021, de sorte qu'il est compréhensible que tous les éléments concernant la situation du recourant n'aient pas été transmis au département soit par son avocate soit par son épouse, étant rappelé que le recourant était quant à lui incarcéré pour des motifs qui se révéleront être infondés. D'ailleurs, il ressort de l'ordonnance de mesures de substitution du 12 novembre 2021 que le recourant avait l'interdiction d'évoquer avec quiconque les faits relatifs à la procédure pénale. Cette mesure n'a été levée que le 22 novembre 2021, permettant ainsi la tenue de l'entretien de service deux jours plus tard.

Au vu de ces éléments pris dans leur ensemble, le département ne peut pas reprocher au recourant de lui avoir menti et/ou d'avoir manqué de loyauté à son égard par rapport à sa situation.

e. Le département soutient enfin que le recourant ne donnait pas satisfaction dans ses prestations. Des parents s'étaient plaints de son comportement à l'égard de leur fils, lequel avait déclenché une grande défiance desdits parents. Il s'agissait d'éléments suffisants en soi pour mettre fin à la relation de travail en sa qualité d'auxiliaire.

Le courriel du 12 octobre 2021 fait référence à l'épisode du toboggan que D_____ a descendu entre les jambes du recourant et au fait que l'intéressé se montrait insistant pour entrer en contact avec les thérapeutes de l'enfant, ce que les parents ne voulaient pas. Il est également fait état que l'enseignante de D_____ avait déploré une maîtrise imparfaite de son français empêchant le soutien de l'enfant dans ses apprentissages. Enfin, D_____ adoptait un comportement plus opposant les jeudis et vendredis selon les parents.

- 25/31 - A/398/2022

Sur l'épisode du toboggan, qui a eu lieu le 8 octobre 2021 pendant la récréation, il ressort de l'audition de la mère de D_____ par-devant la police que son fils était capable de descendre seul le toboggan. L'enseignante a également déclaré à la police le 9 février 2022 que l'enfant était capable de descendre le toboggan tout seul. Toutefois, il ne ressort pas du dossier que le recourant avait connaissance de cela, étant rappelé que l'on se trouvait au début de l'année scolaire et que le recourant n'était présent que deux fois par semaine.

Par ailleurs, selon son cahier des charges, l'une des tâches du recourant consistait précisément à accompagner l'élève dans la vie en société et scolaire, ce qui englobe l'activité d'assister l'élève pendant la récréation et par conséquent d'envisager la possibilité d'une descente du toboggan présent dans la cour. Le PAI du 23 août 2021 précise d'ailleurs que l'AIS doit assurer une surveillance et une aide dans la cour de récréation. Or, le fait de positionner D_____ entre ses jambes pour effectuer la descente s'inscrit justement dans cette recherche de sécurité, en ce sens qu'avec ses pieds, le recourant pouvait contrôler la vitesse lors de ladite descente. Il ressort également de l'audition de la mère de D_____ devant la police que son fils lui avait rapporté avoir eu peur de descendre car le toboggan disposait d'un tunnel. Cet élément vient en appui de la position du recourant selon laquelle D_____ a effectivement demandé au recourant de l'accompagner dans la descente. Le département ne peut donc pas retenir cet épisode à la charge du recourant pour justifier un manquement dans le cadre de l'accomplissement de ses tâches, étant en outre précisé qu'un enseignant se trouvait à l'arrivée du toboggan pour leur réception, ce dont la mère de l'enfant a également fait état par-devant la police. Il en est de même des autres jeux reprochés au recourant pratiqués dans la cour de récréation. Il s'agit en effet de jeux ordinaires et innocents visant à s'attraper et à se libérer de la « prison », illustrée en l'occurrence par une barrière. En tout état de cause, il n'apparaît pas qu'au travers de ces jeux, la sécurité de l'enfant fût mise concrètement en danger.

À propos du fait que le recourant aurait proposé à la mère de D_____ de l'appeler « I_____ », soit le nom que « tout le monde » avait l'habitude d'utiliser, la chambre de céans ne voit pas en quoi cela pourrait lui être reproché. Le recourant a laissé le choix à la mère de l'appeler par son prénom, ce qu'elle a préféré. En tout état de cause, retenir un tel reproche pour retenir une insuffisance de prestations serait clairement disproportionné au vu de son caractère insignifiant. Il en est de même lorsque le recourant a repris fermement D_____ sur la politesse avec un ton perçu par la mère de l'enfant comme étant « trop sec ».

Le recourant reconnaît s'être retrouvé en difficulté par rapport à la prise en charge de D_____ et avoir demandé des renseignements sur l'enfant. Même si cela pouvait être perçu par les parents comme étant intrusif, force est de constater que le recourant n'a été mû que par l'idée d'assister correctement et efficacement l'enfant.

- 26/31 - A/398/2022

En effet, il ressort des auditions de la Dre K_____ et de l'enseignante du 3 mars et 9 février 2022 que déjà au cours de l'année scolaire précédente, l'intervention d'un AIS non formé correctement n'était pas suffisante pour prendre en charge un enfant atteint d'un tel handicap. Une procédure d'évaluation standardisée pour obtenir des périodes d'appui dispensées par un enseignant spécialisé aurait dû être mise en place, ce qui n'avait pas été fait par l'école. Il n'est dès lors pas justifié de lui reprocher d'avoir cherché plus de renseignements auprès des différents interlocuteurs comme les parents de l'enfant, son enseignante ou encore éventuellement son ergothérapeute.

En outre, au vu de son cahier des charges, il ne peut pas être reproché au recourant, comme le fait l'enseignante, de ne pas avoir rempli de tâches pédagogiques dans la prise en charge de D_____, notamment un comblement de lacunes en français et en mathématiques. Le cahier des charges ne comporte qu'une forme de soutien lors des apprentissages scolaires. En outre, le PAI indique qu'il ne faut pas forcer D_____ à poursuivre une activité s'il la refuse pour cause de fatigabilité, ce qui pouvait être le cas lors du retour en classe de l'enseignante. Enfin, « la fiche élève » de D_____ dans laquelle sont listées les activités ou fonctions pour lesquelles l'aide est nécessaire ne contiennent aucune activité pédagogique précise.

Il en est de même de son présumé manque de connaissances en langue française dont fait état seulement l'enseignante et dont l'audition par-devant la police témoigne de plusieurs incompréhensions sur leur méthode de travail respective et un manque de communication entre celle-ci et le recourant pouvant expliquer un certain ressentiment de l'enseignante envers l'intéressé qui a pu percevoir ce dernier comme étant une difficulté supplémentaire. En tout état de cause, les constats effectués par l'enseignante apparaissent isolés par rapport aux autres éléments du dossier qui font état de bonnes capacités professionnelles du recourant, comme il sera expliqué ci-dessous.

De manière générale, la chambre de céans constate que l'employeur n'a pas assisté le recourant par rapport à la prise en charge de D_____, notamment au vu de ce qui devait être mis en place compte tenu de l'insuffisance de l'encadrement de D_____ déjà constatée en avril 2021, soit bien avant l'arrivée du recourant.

Enfin, il ne ressort pas du dossier que des manquements similaires, tels que ceux dont fait état le département, lui auraient été reprochés dans le cadre de la prise en charge de l'autre enfant pendant la même période. L'enseignante de B_____ a d'ailleurs relevé dans une attestation détaillée, établie le 20 janvier 2022, que le recourant avait accompagné l'enfant de manière bienveillante, ce qui avait permis à son élève d'appréhender l'école en dehors de sa maladie. Grâce à son intervention, B_____ avait pu participer à toutes les activités et son intégration pleine à la vie de la classe avait été favorisée. Le recourant avait également pu construire une relation de confiance entre la famille de B_____ et

- 27/31 - A/398/2022 l'école. L'intéressé s'était démarqué par sa capacité à collaborer. Grâce à sa capacité d'adaptation et de réflexion ainsi qu'aux nombreux échanges qu'ils avaient eus au sujet de leurs pratiques, ils étaient parvenus à mettre en place une collaboration réussie.

Une autre enseignante qui avait eu le recourant dans sa classe entre le 18 mars et le 2 juillet 2021 a relevé qu'il s'était montré très investi et avait tout mis en œuvre pour le bien-être de l'élève qu'il assistait. Il s'était montré très à l'écoute de ses remarques et ils avaient pu imaginer ensemble des stratégies pour cet enfant. Il avait également su instaurer une relation de confiance avec l'enfant, les parents et l'enseignante. Elle le remerciait pour son

travail de qualité, son investissement, sa disponibilité et leurs échanges qui avaient permis de collaborer dans un climat de confiance.

Certes, dans son ordonnance de classement, le MP a éprouvé « un doute sur l'adéquation [du recourant] au poste qu'il occupait » et a retenu qu'il venait de commencer son activité d'AIS sans avoir d'expérience préalable. Comme il vient toutefois d'être démontré, le doute formulé par le MP ne résiste pas à l'examen. Il avait en outre des expériences préalables avec des enfants notamment handicapés comme l'attestent les différents certificats de travail – tous très positifs voire élogieux – et les « factures pour traitement AIS auxiliaire » figurant au dossier.

Cela dit et contrairement à ce qu'il soutient, le fait que son licenciement fût motivé par une violation de son devoir de loyauté, des prestations de service censément insatisfaisantes et des responsabilités confiées allant au-delà de son cahier des charges n'atteignent pas le seuil d'intensité requis par la jurisprudence précitée pour retenir une atteinte à sa personnalité.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, même si le recourant bénéficie du statut d'auxiliaire, les circonstances du cas d'espèce, accompagnées de l'absence de motifs sur lesquels se basent la décision attaquée, rendent arbitraire la décision de résiliation des rapports de service. 6)

Il convient encore d'examiner s'il y a lieu à réintégration du recourant, comme celui-ci le demande.

a. Selon l'art. 31 LPAC, tout membre du personnel dont les rapports de service ont été résiliés peut recourir à la chambre administrative pour violation de la loi (al. 1). Si la chambre administrative retient que la résiliation des rapports de service ne repose pas sur un motif fondé, elle ordonne à l'autorité compétente la réintégration (al. 2). Si la chambre administrative retient que la résiliation des rapports de service est contraire au droit, elle peut proposer à l'autorité compétente la réintégration (al. 3). En cas de décision négative de celle-ci ou de refus du recourant, la chambre administrative fixe une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à un mois et supérieur à vingt-quatre mois du dernier traitement brut

- 28/31 - A/398/2022 à l'exclusion de tout autre élément de rémunération ; concernant un employé, l'indemnité ne peut être supérieure à six mois (al. 4).

b. Dans sa jurisprudence récente, la chambre de céans a eu à connaître d'un licenciement en raison de l'insuffisance de ses prestations d'un employé au bénéfice du statut d'auxiliaire (ATA/8/2019 du 8 janvier 2019). Elle a retenu que la décision de résiliation des rapports de service était contraire au droit au motif que les règles sur la récusation avaient été violées et a proposé à l'employeur la réintégration du recourant (consid. 5).

c. En l'espèce, le dossier récent connu par la chambre de céans est particulier en ce sens que le contrat d'auxiliaire du recourant concerné arrivait à échéance le 31 janvier 2019, soit à une date postérieure au prononcé de l'arrêt en question.

Or, dans le cas présent, il serait absurde d'ordonner ou de proposer la réintégration du recourant alors que son contrat de travail a pris fin 1er juillet 2022, soit il y a plusieurs mois maintenant. En outre, l'intimé a clairement fait savoir qu'il s'opposerait à une réintégration.

Il convient dès lors de fixer l'indemnité à laquelle le recourant a droit.

d. La chambre administrative a pour pratique de fixer l'indemnité à un certain nombre de mois du dernier traitement brut de l'employé, conformément à l'art. 31 al. 4 LPAC (ATA/1042/2016 du 13 décembre 2016 consid. 13c ; ATA/258/2014 du 15 avril 2014 consid. 7). L'indemnité fondée sur cette disposition comprend le treizième salaire au prorata du nombre de mois fixés et n'est pas soumise à la déduction des cotisations sociales (ATA/1042/2016 précité consid. 13c ; ATA/590/2016 du 12 juillet 2016 consid. 17). En l'absence de conclusion sur ce point, les intérêts moratoires n'y sont pas additionnés (art. 69 al. 1 LPA ; ATA/273/2015 du 17 mars 2015 consid. 17c ; ATA/193/2014 du 1er avril 2014 consid. 17).

e. En l'occurrence, aux fins d'en fixer la quotité, il sera retenu que le recourant se trouvait sous contrat de droit public depuis le 30 août 2021 seulement. La durée des relations de travail doit donc être qualifiée de courte. Comme il a été vu, le congé était arbitraire. Le recourant était âgé de 57 ans au moment de la résiliation des rapports de service.

Selon l'ordonnance de classement précitée, le recourant a perçu un montant de CHF 6'485.80 pour la perte de salaire pour la période de mars à juin 2022 inclus. Toutefois et comme l'indique la jurisprudence de la chambre de céans (ATA/699/2016 du 23 août 2016 consid. 5) et la doctrine (Héloïse ROSELLO, Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, 2016, p. 317), l'indemnité a une double finalité, punitive et réparatrice. Dès lors, le fait que le recourant ait été indemnisé dans le cadre de la procédure pénale pour les

- 29/31 - A/398/2022 mois de mars à juin 2022 n'apparaît pas avoir d'influence dans le cadre de la fixation de l'indemnité due au recourant par le département.

Ainsi et compte tenu de l'ensemble des circonstances susmentionnées, l'indemnité sera arrêtée à deux mois de son dernier traitement mensuel brut. Elle comprendra le treizième salaire au prorata du nombre de mois fixés, à l'exclusion de tout autre élément de rémunération. Elle n'est pas soumise à la déduction des cotisations sociales et, en l'absence de conclusion sur ce point, sera sans intérêts moratoires (art. 69 al. 1 LPA ; ATA/842/2021 du 24 août.2021 consid. 6f).

Partant, les considérants qui précèdent conduisent à l'admission partielle du recours. 7)

Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA), et une indemnité de procédure de CHF 500.- sera allouée au recourant – celui-ci ayant, après l'ordonnance de classement précitée dans laquelle son avocate a été indemnisée à hauteur de CHF 12'601.50 pour la procédure administrative, restreint sa conclusion en indemnité de procédure aux seuls actes postérieurs au 21 juin 2022 – à la charge du département (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.