

GE_GERICHTE A/900/2024 vom 18. Juni 2024

GE Cour de justice, 2024-06-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_900_2024

FR: GE_GERICHTE A/900/2024 du 18 juin 2024

IT: GE_GERICHTE A/900/2024 del 18 giugno 2024

Erwägungen

E. 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).

E. 2

La recourante conclut à titre préalable à l'audition de témoins.

E. 2.1

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il y soit donné suite (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b). Ce droit ne s'étend qu'aux éléments pertinents pour l'issue du litige et n'empêche 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 138 III 374 consid. 4.3.2 ; 131 I 153 consid. 3). En outre, il n'implique pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1).

E. 2.2

En l'espèce, la chambre de céans a entendu O_____ et P_____. Les auditions de la référente et du neuropédiatre de la recourante ne sont pas nécessaires pour trancher le litige, ainsi qu'il sera vu plus loin. Elles ne seront pas ordonnées.

E. 3

Dans un grief qu'il convient d'examiner préliminairement, la recourante se plaint de la violation de son droit d'être entendue.

E. 3.1

Le droit d'être entendu comprend également le droit pour la personne concernée de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment et celui d'avoir accès au dossier. En tant que droit de participation, le droit d'être entendu englobe donc tous les droits qui doivent être attribués à une partie pour qu'elle puisse faire valoir efficacement son point de vue dans une procédure (ATF 148 II 73 consid. 7.3.1 ; 132 II 485 consid. 3.2 ; 129 II 497 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_700/2022 du 28 novembre 2022 consid. 3 et les références).

E. 3.2

En matière de rapports de travail de droit public, la jurisprudence admet que des occasions relativement informelles de s'exprimer avant le licenciement peuvent remplir les exigences du droit constitutionnel d'être entendu, pour autant que la personne concernée ait compris qu'une telle mesure pouvait entrer en ligne de compte à son encontre (ATF 144 I 11 consid. 5.3 in fine ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_176/2022 du 21 septembre 2022 consid. 4.1). La personne concernée ne doit pas seulement connaître les faits qui lui sont reprochés, mais doit également savoir qu'une décision allant dans une certaine direction est envisagée à son égard (arrêt du Tribunal fédéral 8C_158/2009 du 2 septembre 2009 consid. 5.2, non publié aux ATF 136 I 39 , et les arrêts cités).

E. 3.3

La violation du droit d'être entendu doit en principe entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances du recourant sur le fond (ATF 141 V 495 consid. 2.2 ; 140 I 68 consid. 9.3 ; 135 I 279 consid. 2.6.1). Une réparation devant l'instance de recours est possible si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen que l'autorité intimée (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 ; 133 I 201 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_302/2018 du 14 mars 2019 consid. 2.1). Le recours à la chambre administrative ayant un effet dévolutif complet, celle-ci dispose d'un libre pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 61 LPA). Celui-ci implique la possibilité de guérir une violation du droit d'être entendu, même si l'autorité de recours n'a pas la compétence d'apprécier l'opportunité de la décision attaquée (ATF 145 I 167 consid. 4.4 ; 137 I 195 consid. 2.3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral du 12 mai 2020 8C_257/2019 consid. 2.5 et les références citées), sous réserve que ledit vice ne revête pas un caractère de gravité (arrêts du Tribunal fédéral 8C_541/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.5). La réparation d'un vice de procédure en instance de recours peut se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; 137 I 195 consid. 2.3.2).

E. 3.4

En l'espèce, l'intimé a convoqué la recourante pour l'entendre. Il ne soutient pas avoir indiqué à l'avance l'objet et l'enjeu de l'audition. Il n'a pas tenu de procès-verbal de l'audition. La note de service censée synthétiser l'audition ne permet pas de comprendre ce que l'intimé a dit à la recourante, ni ce que cette dernière aurait compris, sur les motifs de son audition et les mesures envisagées à son égard. L'intimé a admis lors des enquêtes qu'il n'a pas indiqué à la recourante lors de son audition qu'il l'entendait parce qu'il envisageait de lui interdire de travailler avec des enfants. Par ailleurs, au moment de l'audition, l'intimé ne possédait pas encore le jugement pénal sur lequel il a fondé la décision querellée, que la recourante allait lui fournir par la suite, à sa demande. L'instruction n'était donc pas complète avec l'audition de la recourante, et l'intimé ne soutient pas lui avoir communiqué ses intentions ni donné l'occasion de s'exprimer une fois l'instruction achevée. Il ne soutient pas non plus lui avoir remis une copie de la note de service – qui contient des appréciations sur le caractère et la santé psychique de la recourante déterminantes pour la décision et apparemment fondées sur les seules observations des juristes ayant conduit l'entretien – ou toute autre forme de procès-verbal de son audition. Il suit de là que la recourante n'a pas pu saisir les enjeux de son audition, ni même de la procédure en général, et n'a pas été en mesure de s'exprimer avant que la décision soit prise. Ces circonstances sont constitutives d'une violation du droit d'être entendue de la recourante. Cette violation apparaît particulièrement grave compte tenu : (1) de la sévérité de la décision, qui interdit à

vie à la recourante de travailler avec des enfants et porte ainsi une atteinte grave à sa liberté économique, (2) du caractère déterminant du jugement pénal et (3) du caractère déterminant d'observations sur la personnalité et la santé psychique de la recourante qui ressortissent *prima facie* à la compétence de psychiatres ou de psychologues forensiques et commandent, ainsi qu'il sera vu plus loin, une instruction spécifique. Le vice formel affectant la décision n'apparaît ainsi pas réparable devant la chambre de céans, dès lors qu'il n'appartient pas à celle-ci de se substituer à l'autorité pour accomplir l'instruction de la décision. Cela est d'autant plus vrai que l'intimé semble encore occupé à établir une pratique en matière de contrôle des personnes travaillant avec des enfants. Pour ce premier motif, la décision devra être annulée.

E. 4

Dans un second grief formel, la recourante conteste la compétence de l'autorité pour lui interdire de travailler avec les enfants. L'intimé a fondé sa décision sur les art. 316 al. 1 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210), 19 al. 4 OPE et 32 al. 1 let. c LEJ.

E. 4.1

De jurisprudence constante, la chambre administrative est habilitée à revoir, à titre préjudiciel et à l'occasion de l'examen d'un cas concret, la conformité des normes de droit cantonal au droit fédéral (ATA/675/2021 du 29 juin 2021 consid. 6 ; Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, *Droit administratif*, vol. 1, 3 e éd., 2012, p. 345 ss n. 2.7.3). Cette compétence découle du principe de la primauté du droit fédéral sur le droit des cantons, ancré à l'art. 49 Cst. (ATF 138 I 410 consid. 3.1 ; ATA/397/2021 du 13 avril 2021 consid. 6). D'une manière générale, les lois cantonales ne doivent rien contenir de contraire à la Cst., aux lois et ordonnances du droit fédéral (ATF 145 IV 10 consid. 2.1 ; ATA/1299/2020 du 15 décembre 2020 consid. 4a ; Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER/ Maya HERTIG RANDALL/Alexandre FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. 1, 4 e éd., 2021, p. 33 ss n. 1982 ss). Le contrôle préjudiciel permet de déceler et de sanctionner la violation par une loi ou une ordonnance cantonale des droits garantis aux citoyens par le droit supérieur. Toutefois, dans le cadre d'un contrôle concret, seule la décision d'application de la norme viciée peut être annulée (ATA/1367/2019 du 10 septembre 2019 consid. 6b ; Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, *op. cit.*, p. 352 ss n. 2.7.4.2). La juridiction constitutionnelle suisse consacre de façon générale le système diffus de contrôle de constitutionnalité. Toute autorité chargée de l'application des normes doit examiner si celles-ci sont conformes au droit supérieur et, si tel n'est pas le cas, refuser de les mettre en œuvre. Cette obligation est désignée par l'expression « contrôle préjudiciel général » (Giorgio MALINVERNI et al. , *op. cit.* , p. 733 n. 1982). Le contrôle préjudiciel général s'exerce également sur les actes législatifs cantonaux, en tout cas dans la mesure où leur conformité au droit fédéral et au droit international est en cause. Cette conclusion s'impose en vertu du principe de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal (art. 49 al. 1 Cst. ; Giorgio MALINVERNI et al. , *op. cit.* , p. 736 n. 1991).

E. 4.2

Selon l'art. 5 al. 1 Cst., le droit est la base et la limite de l'activité de l'État. Le principe de la légalité se compose de deux éléments : le principe de la suprématie de la loi et le principe de l'exigence de la base légale. Le premier signifie que l'autorité doit respecter l'ensemble des normes juridiques ainsi que la hiérarchie des normes. Le second implique que l'autorité ne

peut agir que si la loi le lui permet ; son action doit avoir un fondement dans une loi (Pierre MOOR et al. , op. cit. , vol. I, 3 e éd., 2012, p. 621, 624 et 650 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2 e éd., 2018, n. 448, 467 ss et 476 ss). Le principe de la légalité exige que les autorités n'agissent que dans le cadre fixé par la loi (ATF 147 I 1 consid. 4.3.1). Hormis en droit pénal et fiscal où il a une signification particulière, le principe de la légalité n'est pas un droit constitutionnel du citoyen. Il s'agit d'un principe constitutionnel qui ne peut pas être invoqué en tant que tel, mais seulement en relation avec la violation, notamment, du principe de la séparation des pouvoirs, de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire ou la violation d'un droit fondamental spécial (ATF 146 II 56 consid. 6.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_776/2020 du 7 juillet 2022 consid. 7.1).

E. 4.3

Selon l'art. 27 al. 1 Cst., la liberté économique est garantie. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.). La liberté économique protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 137 I 167 consid. 3.1 ; 135 I 130 consid. 4.2). L'art. 36 Cst. exige que toute restriction d'un droit fondamental soit fondée sur une base légale (al. 1), justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) et proportionnée au but visé (al. 3). Les restrictions à la liberté économique peuvent consister en des mesures de police ou d'autres mesures d'intérêt général tendant à procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens ou à accroître ce bien-être, telles des mesures sociales ou de politique sociale. Ces restrictions ne doivent toutefois pas se fonder sur des motifs de politique économique et intervenir dans la libre concurrence pour favoriser certaines formes d'exploitation en dirigeant l'économie selon un certain plan, à moins qu'elles ne soient prévues par une disposition constitutionnelle spéciale ou fondées sur les droits régaliens des cantons (arrêt du Tribunal fédéral 2A.456/2004 du 23 mai 2005 consid. 4.2).

E. 4.4

La LEJ, entrée en vigueur le 19 mai 2018, a pour but, entre autres, de protéger les enfants menacés dans leur intégrité physique et psychique (art. 1 let. d LEJ). Elle s'applique à tous les enfants et jeunes domiciliés ou résidant dans le canton ou scolarisés dans les établissements publics ou subventionnés du canton (art. 2). Selon la LEJ, est un enfant tout être humain âgé de moins de 18 ans et un jeune tout être humain âgé de 18 ans révolus et au maximum de 25 ans (art. 4). Le DIP est chargé d'appliquer la LEJ (art. 6). Parmi les « missions », la LEJ désigne entre autres la « protection » (chapitre III section 3), soit l'ensemble des mesures socio-éducatives visant à prévenir, limiter ou faire disparaître un danger qui menacerait un enfant en raison des difficultés rencontrées par les parents dans l'exercice de leurs responsabilités, à assister les familles, à rétablir les conditions favorables au développement de l'enfant et, si nécessaire, à l'éloigner (art. 22 LEJ). Ces mesures visent à prévenir, limiter ou faire disparaître le danger qui menace l'enfant (art. 23 al. 1 LEJ), et consistent en l'assistance éducative et personnelle (art. 25), la lutte contre la maltraitance (art. 26), la clause péril (art. 27), le placement (art. 28), la protection internationale (art. 29), les expertises (art. 30) et la désignation des institutions pour le traitement des addictions. Au chapitre IV, intitulé « autorisation de surveillance », l'art. 32 LEJ al. 1 prévoit qu'en vertu de l'art. 316 al. 1 CC, de l'OPE, et de l'ordonnance sur les prestations de la Confédération dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures, du 21 novembre 2007 (OPPM -

RS 341.1), le DIP est l'autorité compétente (a) pour autoriser et surveiller le placement d'enfants chez des parents nourriciers, dans une institution et à la journée ; (b) pour les prestations fournies dans le cadre du placement chez des parents nourriciers ; (c) pour interdire à une personne, pour une durée déterminée ou indéterminée, l'accueil de mineurs soit à titre personnel, soit dans le cadre d'un groupe ou d'une institution et cela notamment pour les recevoir, les réunir, les héberger, leur donner un enseignement, organiser ou diriger leurs loisirs. Cette compétence s'étend également aux personnes et institutions dispensées d'autorisation ou de surveillance ; (d) pour désigner l'office de liaison au sens de l'article 26 de l'ordonnance sur les prestations de la Confédération dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures du 21 novembre 2007 (OPPM - RS 341.1). Selon l'al. 2 de cette même disposition, les hospitalisations sociales d'enfants ne doivent être permises qu'en dernier recours et si aucune alternative n'a pu être trouvée. L'exposé des motifs du Conseil d'État du 25 janvier 2017 à l'appui du PL 12054, qui deviendra la LEJ, fait explicitement référence à l'OPE. Au sujet de l'art. 30 al. 1 let. c, qui deviendra l'art. 32 al. 1 let. c LE, il indique qu'il est donné la compétence au département d'interdire, pour une durée déterminée ou indéterminée, à des personnes et des institutions, l'accueil de mineurs à titre personnel ou dans le cadre d'un groupe ou d'une institution, pour les recevoir, les réunir, les héberger, leur donner un enseignement, organiser ou diriger leurs loisirs. « Sont visés par cette disposition notamment les moniteurs, répétiteurs, entraîneurs sportifs, éducateurs, enseignants, etc. qui auraient commis des actes de violence ou d'abus sexuels sur des mineurs » (p. 43). Le rapport de la commission de l'enseignement, de l'éducation, de la culture et du sport du 8 janvier 2018 ne semble pas avoir abordé cette disposition. La disposition a été adoptée sans discussion lors du deuxième débat le 1^{er} mars 2018. Le règlement d'application de la LEJ du 9 juin 2021 (REJ - J 6 01.01) prévoit, à son art. 69, que, indépendamment du régime de l'autorisation et de la surveillance, le service peut interdire l'accueil de mineures et de mineurs à toute requérante ou tout requérant qui ne satisfait pas, soit sur le plan de l'éducation, soit quant à son caractère, ses qualités personnelles ou à son état de santé, aux exigences de sa tâche et des objectifs du placement, ou que les conditions matérielles ne sont manifestement pas remplies (al. 1), et que concernant les institutions, soumises ou non à autorisation, l'accueil de mineures et de mineurs peut être interdit en sus si les qualifications de la personne responsable de l'institution et du personnel ne sont pas suffisantes, que les conditions d'accueil, l'encadrement des enfants, l'état sanitaire, la sécurité du bâtiment ne permettent pas d'offrir une sécurité adéquate aux mineures et aux mineurs, et/ou que les objectifs éducatifs sont contraires à l'ordre public (al. 2).

E. 4.5

Au chapitre C du droit de la filiation (art. 307-317 CC), consacré à la protection de l'enfant, le CC prévoit, au titre des mesures protectrices, la curatelle (art. 308 CC), le retrait du droit des parents de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 310 CC) et le retrait de l'autorité parentale (art. 311 et 312 CC), tout en réservant les faits nouveaux (art. 313 CC). La procédure pour la protection des adultes est applicable par analogie (art. 314 CC). L'enfant est entendu (art. 314a CC). Un représentant lui est désigné en cas de besoin (art. 314a bis CC). Le placement dans une institution fermée ou dans un établissement psychiatrique est réglé spécifiquement (art. 314b à 314 d CC). Les parties à la procédure et les tiers ont l'obligation de collaborer à l'établissement des faits (art. 314e CC). Le chapitre règle encore le for (art. 315 CC), la compétence du juge (art. 315a CC) et la modification des mesures (art. 315b CC). Sous le titre VIII « surveillance des enfants placés chez des

parents nourriciers », l'art. 316 CC prévoit que le placement d'enfants auprès de parents nourriciers est soumis à l'autorisation et à la surveillance de l'autorité de protection de l'enfant ou d'un autre office du domicile des parents nourriciers, désigné par le droit cantonal (al. 1). Lorsqu'un enfant est placé en vue de son adoption, une autorité cantonale unique est compétente. (al. 1 bis). Le Conseil fédéral édicte des prescriptions d'exécution (al. 2).

E. 4.6

Selon l'art. 1 OPE, le placement d'enfants hors du foyer familial est soumis à autorisation et à surveillance (al. 1). Indépendamment du régime de l'autorisation, le placement peut être interdit lorsque les personnes intéressées ne satisfont pas, soit sur le plan de l'éducation, soit quant à leur caractère ou à leur état de santé, aux exigences de leur tâche, ou que les conditions matérielles ne sont manifestement pas remplies (al. 2). Selon l'al. 3 de cette même disposition, sont réservées : (a) les attributions des parents, de l'autorité de protection de l'enfant et des tribunaux pour mineurs ; (b) les dispositions de droit public assurant la protection des mineurs, notamment dans le domaine de la lutte contre la tuberculose.

Aucune autorisation n'est exigée pour la prise en charge et le placement d'enfants dans le cadre de programmes d'échange scolaire, d'engagements au pair et de séjours de nature comparable, hors du domicile familial, qui ne sont pas ordonnés par les autorités (al. 4).

Selon l'art. 2 al. 1, est compétente pour délivrer l'autorisation ou recevoir l'annonce et pour exercer la surveillance : (a) s'agissant du placement de l'enfant chez des parents nourriciers, dans une institution ou à la journée, l'autorité de protection de l'enfant du lieu de placement ; (b) s'agissant des prestations fournies dans le cadre du placement chez des parents nourriciers, une autorité cantonale centrale désignée par le canton du siège ou du domicile du prestataire. Ces tâches peuvent être confiées à d'autres autorités (al. 2). Selon l'art. 3 al. 1 OPE, les cantons peuvent, aux fins d'assurer la protection des mineurs vivant en dehors de leur foyer, édicter des dispositions allant au-delà de celles de l'ordonnance.

L'OPE soumet à autorisation les parents nourriciers (art. 4 à 11 OPE), les mamans de jour (art. 12), et les institutions (art. 13 à 20 OPE), soit, selon l'art. 13 al. 1 OPE, les institutions qui s'occupent d'accueillir (a) plusieurs enfants, pour la journée et la nuit, aux fins de prendre soin d'eux, de les éduquer, de leur donner une formation, de les soumettre à observation ou de leur faire suivre un traitement ; (b) plusieurs enfants de moins de 12 ans, placés régulièrement à la journée (crèches, garderies et autres établissements analogues).

Selon l'al. 2 de la même disposition, sont dispensés de requérir l'autorisation officielle (a) les institutions cantonales, communales ou privées d'utilité publique soumises à une surveillance spéciale par la législation scolaire, sanitaire ou sociale et (c) les colonies et camps de vacances, sous réserve de dispositions cantonales contraires. La demande d'autorisation doit contenir tout élément utile à son appréciation, mais indiquer au moins, entre autres, les données d'identité et la formation du directeur et du personnel (art. 14 al. 1 let. c OPE). L'art. 15 al. 1 let. b OPE prévoit que l'autorisation ne peut être délivrée que si les qualités personnelles, l'état de santé, les aptitudes éducatives et la formation du directeur de l'établissement et de ses collaborateurs leur permettent d'assumer leur tâche et si l'effectif du personnel est suffisant par rapport au nombre des pensionnaires. Avant de délivrer l'autorisation, l'autorité détermine de manière appropriée si les conditions d'accueil sont remplies, notamment en procédant à des visites, en ayant des entretiens, en prenant des renseignements et, s'il le faut, en recourant à des experts. Elle demande un extrait 2 du casier judiciaire destiné aux autorités pour s'assurer de la réputation du directeur et du personnel (art. 15 al. 2 OPE). La direction ou l'organisme responsable de l'institution

présente chaque année à l'autorité de surveillance une liste des données d'identité du directeur et du personnel (art. 17 al. 3 OPE). Selon l'art. 18 OPE, le directeur et, le cas échéant, l'organisme ayant la charge de l'institution communiquent en temps utile à l'autorité toute modification importante qu'ils ont l'intention d'apporter à l'organisation, à l'équipement ou à l'activité de l'établissement, notamment l'engagement de nouveaux collaborateurs ainsi que les décisions d'agrandir, de transférer ou de cesser l'exploitation (al. 1). L'autorité demande un extrait 2 du casier judiciaire destiné aux autorités pour s'assurer de la réputation des nouveaux collaborateurs. (al. 4). Chaque année, l'autorité s'assure de la réputation des personnes mentionnées dans la liste que lui remet l'établissement en vertu de l'art. 17 al. 3 sur la base d'un extrait 2 du casier judiciaire destiné aux autorités (art. 19 al. 4 OPE). Selon l'art. 20 OPE, lorsqu'il est impossible de corriger certains défauts, même après avoir chargé des personnes expérimentées de donner des conseils ou d'intervenir, l'autorité met le directeur de l'établissement en demeure de prendre sans retard les mesures nécessaires pour remédier aux manques constatés; elle en informe l'organisme ayant la charge de l'institution (al. 1). L'autorité peut soumettre l'établissement à une surveillance spéciale et arrêter à cet effet des prescriptions particulières (al. 2). Si ces mesures n'ont pas d'effet ou apparaissent d'emblée insuffisantes, l'autorité retire l'autorisation. Elle prend en temps utile les dispositions nécessaires pour la fermeture de l'établissement et, s'il le faut, aide au relogement des enfants; lorsqu'il y a péril en la demeure, elle prend immédiatement les mesures nécessaires (al. 3).

E. 4.7

La LCJ règle le traitement, dans le casier judiciaire informatique VOSTRA, des données concernant des personnes physiques (art. 1 al. 1), et notamment les délais de saisie des données, le temps pendant lequel elles figurent sur les extraits du casier judiciaire et le moment de leur élimination de VOSTRA (al. 2 let. e) et les droits et les obligations des autorités qui ont le droit de consulter VOSTRA en ligne ou sur demande écrite, ou auxquelles des données du casier judiciaire sont communiquées de manière automatique (al. 2 let. g). Les jugements suisses qui portent sur une infraction relevant du droit fédéral commise par un adulte doivent être saisis s'ils sont entrés en force (art. 18 al. 1 let. a LCJ). Selon l'art. 37 al. 1 LCJ, l'extrait 1 destiné aux autorités permet de consulter : (a) les données d'identification de la personne ; (b) les jugements ; (c) les décisions ultérieures ; (d) le cas échéant, les copies électroniques des jugements, des décisions ultérieures et des formulaires de communication, sous réserve des exceptions relatives à la communication d'extraits aux autorités étrangères ; (e) les procédures pénales en cours. Selon l'art. 38 LCJ, l'extrait 2 destiné aux autorités permet de consulter les données figurant sur l'extrait 1 destiné aux autorités, à l'exception des copies électroniques des jugements et des décisions ultérieures (al. 1). Les données se rapportant à un jugement dans lesquels est prononcé une peine privative de liberté assortie d'un sursis ou d'un sursis partiel qui n'a pas été révoqué, une peine pécuniaire, un travail d'intérêt général ou une amende relevant du droit pénal des adultes cessent de figurer sur l'extrait après dix ans (al. 3 let. d). L'art. 46 LCJ désignant les autorités ayant un droit de consultation en ligne de l'extrait 2 ne mentionne pas le DIP en ce qui concerne la surveillance des lieux de placement. Celui-ci ne peut obtenir des extraits 2 du casier judiciaire que sur demande écrite (art. 51 let. c LCJ).

E. 4.8

L'art. 123 c Cst., fruit de l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », accepté en votation populaire le 18 mai 2014 et entré en vigueur le

même jour, prévoit que quiconque est condamné pour avoir porté atteinte à l'intégrité sexuelle d'un enfant ou d'une personne dépendante est définitivement privé du droit d'exercer une activité professionnelle ou bénévole en contact avec des mineurs ou des personnes dépendantes.

E. 4.8.1

Selon le message du Conseil fédéral 10 octobre 2012 relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants » et au contre-projet indirect sous la forme d'une modification du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs (FF 2012 8151), l'initiative contenait des notions imprécises qui ne permettaient pas immédiatement d'en déterminer le champ d'application exact, ce qui appelait une interprétation (ch. 3.2.1 p. 8167). En outre, elle ne prévoyait pas la façon dont l'interdiction d'exercer une activité devait être réalisée sur le terrain. Les auteurs de l'initiative laissaient donc implicitement au législateur le soin de concrétiser cette disposition constitutionnelle. Cet aspect du dossier était fondamental pour garantir le succès de la mesure proposée (ch. 3.3 p. 8174). La condamnation, la privation du droit d'exercer une activité en contact avec des mineurs ou des personnes dépendantes, étaient autant de termes qui devaient être soigneusement analysés avant d'en comprendre le sens réel. Les auteurs visés et les infractions susceptibles de mener à une interdiction devaient également être déterminés (ch. 4.2.1 p. 8175). L'interdiction absolue et définitive posée par le texte de l'initiative entrainait en contradiction avec des principes constitutionnels et des règles non impératives du droit international (ch. 4.2.3 et 4.2.4 p. 8175-8176). Le message souligne les problèmes en matière d'ingérence dans la vie privée et familiale et à la liberté personnelle, et insiste sur la nécessité d'une pondération des intérêts en présence et l'exigence de respecter le principe de proportionnalité (p. 8176, 8177, 8181, 8182, 8184, 8186, not. 8208 à 8210). Selon le message, le principe de proportionnalité doit faire l'objet d'une évaluation dans chaque cas (p. 8192).

E. 4.8.2

Le 13 décembre 2013, les Chambres ont adopté à titre de contre-projet indirect à l'initiative les art. 67 al. 2, 67 b, 67 c et 67 d CP, qui sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2015. Selon l'art. 67 al. 2 CP, si l'auteur a commis un crime ou un délit contre un mineur ou une autre personne particulièrement vulnérable et qu'il y a lieu de craindre qu'il commette un nouvel acte de même genre dans l'exercice d'une activité professionnelle ou d'une activité non professionnelle impliquant des contacts réguliers avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables, le juge peut lui interdire l'exercice de cette activité pour une durée de un à dix ans. L'art. 67 a CP définit les activités professionnelles (al. 1) et la portée de l'interdiction (al. 2 et 5). Il prévoit que s'il y a lieu de craindre que l'auteur commette des infractions dans l'exercice de son activité alors même qu'il agit selon les instructions et sous le contrôle d'un supérieur ou d'un surveillant, le juge lui interdit totalement l'exercice de cette activité (al. 3). La levée d'une interdiction peut être prononcée ou sa durée ou son contenu limités sur demande ou d'office, mais après dix ans seulement en ce qui concerne les interdictions à vie, s'il n'y a plus lieu de craindre que l'auteur commette un nouveau crime ou délit dans l'exercice de l'activité concernée ou en cas de contact avec des personnes déterminées ou des membres d'un groupe déterminé et s'il a réparé le dommage qu'il a causé autant qu'on pouvait l'attendre de lui (art. 67 c al. 4 à 6 CP). Selon l'art. 67 d CP, s'il s'avère, pendant l'exécution d'une interdiction d'exercer une activité, d'une interdiction de contact ou d'une interdiction géographique, que

l'auteur réunit les conditions d'une extension de l'interdiction ou d'une interdiction supplémentaire de ce type, le juge peut, ultérieurement, étendre l'interdiction ou en ordonner une nouvelle à la demande des autorités d'exécution (al. 1). S'il s'avère, pendant l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'une mesure entraînant une privation de liberté, que l'auteur réunit les conditions d'une interdiction au sens de l'art. 67 al. 1 ou 2, ou de l'art. 67 b, le juge peut, ultérieurement, ordonner cette interdiction à la demande des autorités d'exécution (al. 2).

E. 4.8.3

Le 16 mars 2018, suite à l'approbation par le peuple et les cantons du nouvel art. 123 c Cst., elles ont adopté l'art. 67 al. 2 bis et 4 bis CP nouveaux, modifié l'art. 67 al. 3 et adopté l'art. 67 c al. 6 bis CP, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019. Selon l'art. 67 al. 2 bis CP, le juge peut prononcer à vie une interdiction au sens de l'al. 2 s'il est à prévoir qu'une durée de dix ans ne suffira pas pour que l'auteur ne représente plus de danger. À la demande des autorités d'exécution, il peut prolonger de cinq ans en cinq ans au plus une interdiction limitée dans le temps prononcée en vertu de l'al. 2 lorsque cette prolongation est nécessaire pour empêcher l'auteur de commettre un nouveau crime ou délit de même genre que celui qui a donné lieu à l'interdiction. Selon l'art. 67 al. 3 CP, s'il a été prononcé contre l'auteur une peine ou une mesure prévue aux art. 59 à 61, 63 ou 64 CP pour un des actes suivants, le juge lui interdit à vie l'exercice de toute activité professionnelle et de toute activité non professionnelle impliquant des contacts réguliers avec des mineurs : (a) traite d'êtres humains (art. 182 CP) si l'infraction a été commise à des fins d'exploitation sexuelle et que la victime était mineure ; (b) actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP), des personnes dépendantes (art. 188 CP) ou des mineurs contre rémunération (art. 196 CP) ; (c) contrainte sexuelle (art. 189 CP), viol (art. 190 CP), actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP), actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées, détenues ou prévenues (art. 192 CP), abus de la détresse (art. 193 CP), exhibitionnisme (art. 194 CP), encouragement à la prostitution (art. 195 CP) ou désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel (art. 198 CP), si la victime était mineure ; (d) pornographie (art. 197 CP) (1) au sens de l'art. 197 al. 1 ou 3 CP ou (2) au sens de l'art. 197 al. 4 ou 5, si les objets ou représentations avaient comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des mineurs. L'al. 4 règle la situation lorsque la victime est un adulte vulnérable. L'art. 67 al. 4 bis CP prévoit que dans les cas de très peu de gravité, le juge peut exceptionnellement renoncer à prononcer une interdiction d'exercer une activité au sens des al. 3 ou 4 lorsqu'elle ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres infractions passibles de cette même mesure. Il ne peut le faire si l'auteur (a) a été condamné pour traite d'êtres humains (art. 182 CP), contrainte sexuelle (art. 189), viol (art. 190 CP), actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191) ou encouragement à la prostitution (art. 195 CP) ou qu'il (b) est pédophile conformément aux critères de classification internationalement reconnus. Selon l'art. 67 c al. 6 bis CP, les interdictions prévues à l'art. 67 al. 3 ou 4, ne peuvent pas être levées.

E. 4.8.4

Le message du Conseil fédéral du 3 juin 2016 relatif à la modification du CP suite à l'adoption de l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants » (FF 2015 5905) rappelle la nécessité de respecter le principe de proportionnalité dans la restriction des droits fondamentaux (ch. 1.2.3 p. 5915). Il analyse la portée de l'art.

123 c Cst. et observe que : (a) la pédophilie est un trouble de la personnalité décrit par les classifications CIM-10 de l'organisation mondiale de la santé et DSM-V de l'association américaine de psychiatrie comme une préférence sexuelle pour les enfants, qu'il s'agisse de garçons, de filles, ou de sujet de l'un ou l'autre sexe, généralement d'âge prépubère ou au début de la puberté, et répondant à des critères diagnostiques précis (ch. 1.2.5 p. 5916-5917) ; (b) l'auteur a été condamné pénalement pour (c) actes portant atteinte à l'intégrité sexuelle (p. 5918) (d) entre autres contre des mineurs (p. 5919 et 5928-5929). Les activités interdites ne doivent pas forcément être soumises à autorisation (p. 5920). L'infraction ne doit pas forcément avoir été commise dans le cadre de l'activité interdite (p. 5926). La variété des infractions contre l'intégrité sexuelle et de leurs gravités respectives et le respect du principe de proportionnalité commandent de réserver une marge d'interprétation au juge et d'introduire une clause d'exception, de portée toutefois réduite (p. 5933-5935). L'interdiction ne porte que sur des activités professionnelles et non professionnelles mais organisées, à l'exclusion des activités dans un cadre strictement privé (p. 5935). Les activités « en contact avec » des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables sont d'une part des activités qui impliquent des contacts directs avec ces personnes et sans doute l'existence d'une relation de confiance. Il s'agit en particulier d'activités d'enseignant, d'accompagnateur, d'entraîneur, de soignant, etc. Mais il s'agit aussi d'autre part de toutes les autres activités exercées de manière régulière dans des institutions qui fournissent des prestations destinées directement et spécifiquement aux mineurs ou aux personnes particulièrement vulnérables. Il peut s'agir d'activités d'intendance (concierge, secrétaire, cuisinier, personnel de nettoyage) exercées dans les institutions susmentionnées (par ex. associations sportives, écoles, crèches, internats, colonies de vacances, établissements de soins, établissements spécialisés pour les personnes souffrant d'un handicap physique ou mental, cliniques gériatriques ou pédiatriques, etc.), sauf s'il est certain, du fait de leur emplacement ou de leur horaire, qu'elles ne peuvent pas impliquer de contacts avec ces groupes de personnes. Le terme « régulier » peut désigner aussi bien des contacts sporadiques ou brefs sur une longue période que des contacts intenses sur une courte période. Une activité exercée une unique fois ne suffit pas (p. 5936). La personne condamnée doit selon les circonstances avoir la possibilité de faire réexaminer son cas après une certaine période d'exécution, c'est-à-dire de demander à l'autorité compétente de restreindre le contenu ou la durée de l'interdiction, voire de la faire lever. Ce dispositif découle du principe de proportionnalité et des engagements internationaux de la Suisse. Le CP prévoit des possibilités de réexamen pour d'autres peines ou mesures ordonnées à vie. Une libération conditionnelle est par exemple possible en cas de peine privative de liberté à vie, et ce au plus tôt après quinze ans, lorsque les conditions sont réunies (art. 86 al. 5 cum art. 86 al. 1 CP). Exceptionnellement, le détenu peut être libéré conditionnellement après dix ans déjà si des circonstances extraordinaires qui tiennent à sa personne le justifient (art. 86 al. 5 cum art. 86 al. 4 CP). Un examen de la libération de l'internement à vie au sens de l'art. 64 al. 1bis CP et une libération conditionnelle sont également possibles (art. 64c CP). Il est inapproprié et contraire au principe de proportionnalité de maintenir une interdiction d'exercer alors que la personne ne risque plus d'utiliser son activité pour commettre de nouvelles infractions sexuelles (p. 5940). Du fait de l'interdiction de la rétroactivité inscrite à l'art. 2 al. 1 CP, le juge ne pourra prononcer l'interdiction d'exercer une activité proposée que si l'auteur commet une infraction après l'entrée en vigueur de la modification de la loi. L'interdiction de la rétroactivité vaut en principe également pour les mesures. La question de la lex mitior ne se pose pas, le nouveau

droit étant plus sévère (p. 5941). En droit comparé, l'ensemble des pays étudiés par le Conseil fédéral (Allemagne, Autriche, Belgique, Canada, France, Italie, Royaume-Uni, Suède) connaissent une forme d'interdiction des activités professionnelles ou non professionnelles exercées en contact avec des mineurs ou des adultes vulnérables. Les interdictions que le juge doit prononcer systématiquement font plutôt figure d'exception. En règle générale, l'autorité compétente a une certaine marge d'appréciation ou peut faire dépendre l'interdiction d'un pronostic défavorable quant au risque de récurrence. La durée des interdictions varie selon les pays : d'un à cinq ans en Allemagne, en France et en Autriche, dix ans en Suède, un à vingt ans en Belgique, les interdictions peuvent être de durée illimitée en Allemagne, en France, en Autriche, en Italie, au Royaume-Uni et au Canada. La France et l'Italie ne disposent d'aucun mécanisme exprès permettant d'examiner périodiquement l'utilité de la mesure (p. 5944-5945).

E. 4.9

La loi vaudoise sur la protection des mineurs du 2 mai 2004 (LProMin - RS/VD 850.41) prévoit également que ce sont les institutions qui sont soumises à autorisation et surveillance (art. 44 al. 1) et charge le directeur de l'institution de vérifier que le personnel qu'il engage en vue d'exercer une profession, une charge ou une fonction en relation avec les mineurs ait la formation requise et les compétences personnelles et professionnelles nécessaires, et de s'assurer notamment que le personnel n'a pas fait l'objet d'une condamnation à raison d'infractions contraires aux bonnes mœurs ou autres infractions pouvant mettre en danger les mineurs, en requérant de l'intéressé en particulier la production de l'extrait de son casier judiciaire (art. 44 al. 3). Les art. 47 s. du règlement d'application de la LProMin du 5 avril 2017 (RLProMin - RS/VD 850.41.1) règlent la délivrance de l'autorisation générale d'accueillir un enfant, et prévoient l'évaluation de la santé physique et psychique en cas de doute sur la capacité des accueillants (art. 50), ainsi que l'évaluation in situ des accueillants par le service compétent (art. 51). La loi bernoise sur la protection de l'enfant et de l'adulte du 1^{er} février 2012 (LPEA - RS/BE 213.316) ne règle que la compétence d'autoriser le placement d'enfant chez des parents nourriciers ou à la journée (art. 56 al. 1 let. i). L'ordonnance sur la surveillance des institutions résidentielles et des prestations ambulatoires destinées aux enfants du 23 juin 2021 (OSIPE - RS/BE 213.319.2) règle le régime de l'autorisation de placement chez les parents nourriciers (art. 3 s.) et de l'autorisation des institutions (art. 16 s.), cette dernière soumise notamment à la condition que les personnes assumant la direction ainsi que les collaborateurs et collaboratrices sont adéquats (art. 18 al. 1 let. b), la direction étant chargée de vérifier que les collaborateurs remplissent les conditions professionnelles, éducatives, personnelles et de santé nécessaires à l'exercice de leurs tâches (art. 21 al. 1), que les personnes travaillant dans une institution résidentielle ne sont ni impliquées dans une procédure pénale en cours ni n'ont été condamnées pour une infraction qui, du fait de sa gravité ou de sa nature, met en cause l'aptitude à s'occuper d'enfants, ce en les obligeant contractuellement à les informer sans délai au sujet des procédures pénales en cours et en réclamant la production d'un extrait du casier judiciaire tous les cinq ans au moins (art. 22). Tous les événements particuliers, notamment des comportements transgressifs qui émanent des collaborateurs ou collaboratrices ou des enfants ou alors qui sont dirigés contre eux doivent être annoncés sans délai à l'autorité de surveillance (art. 27 al. 2), laquelle peut prendre des mesures allant jusqu'à la révocation de l'autorisation d'exploiter l'institution (art. 28 et 29) voire l'interdiction de l'activité (art. 30 al. 1).

E. 5

En l'espèce, il y a lieu de déterminer tout d'abord si l'autorité disposait d'une base légale suffisante pour restreindre la liberté économique de la recourante.

E. 5.1

C'est à bon droit que l'intimé ne fonde pas la mesure querellée sur l'art. 123 c Cst., dont il a été vu qu'il appelait une concrétisation, conforme aux principes constitutionnels, dans la loi, et plus précisément, selon le Conseil Fédéral dans le CP.

E. 5.2

La recourante a été condamnée le 28 octobre 2014 pour des agissements commis en 2009, soit avant l'entrée en vigueur des art. 67 al. 2 67 b , 67 c et 67 d CP le 1 er janvier 2015 et des art. 67 al. 2 bis et 4 bis , 67 al. 3 et 67 c al. 6 bis CP le 1 er janvier 2019. La question de la conformité du dispositif genevois au principe de la primauté du droit fédéral ne se pose donc pas dans la présente espèce. Cette question devrait probablement être examinée si une interdiction était prononcée par l'intimé pour des agissements postérieurs à l'entrée en vigueur du nouveau droit pénal alors que le juge pénal n'aurait pas prononcé de mesure d'interdiction de travailler avec les enfants. Cela étant, les dispositions pénales actuellement en vigueur portant sur l'interdiction des activités avec les enfants peuvent servir de point de comparaison.

E. 5.3

La LEJ a été adoptée le 1 er mars 2018 et est entrée en vigueur le 19 mai 2018, soit après la condamnation de la recourante et les agissements qui l'ont motivée. L'art. 32 al. 1 let. c LEJ n'avait pas d'équivalent dans le droit en vigueur jusque-là, soit l'ancienne loi sur l'office de l'enfance et de la jeunesse du 28 juin 1958 LOJeun . La recourante n'a pas soulevé la question de la non-rétroactivité. Celle-ci doit toutefois être examinée d'office.

E. 5.3.1

La rétroactivité est réalisée lorsque la loi attache des conséquences juridiques nouvelles à des faits qui se sont produits et achevés entièrement avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. Ne constitue en revanche pas une rétroactivité proprement dite le fait de tenir compte d'événements passés pour régler de façon nouvelle une situation future. De même, n'est pas constitutive de rétroactivité l'application de la loi à des situations durables nées sous l'ancien droit, pour autant qu'elle ne porte pas atteinte à des droits acquis (Thierry TANQUEREL, op. cit. , n. 417■419).

E. 5.3.2

En l'espèce, en dépit des défauts qui la rendent inapplicable, ainsi qu'il sera vu plus loin, la réglementation genevoise poursuit l'objectif non pas de sanctionner administrativement un comportement pénalement répréhensible, mais de protéger les enfants en interdisant de travailler à leur contact à des personnes dont il est établi qu'elles sont dangereuses pour eux. C'est donc le danger actuel qui fonde la mesure, une condamnation passée ne constituant qu'un indice, de sorte que la disposition ne produit pas d'effet rétroactif proprement dit.

E. 5.4

L'intimé fonde sa compétence sur l'art. 32 LEJ.

E. 5.4.1

Cette disposition se réfère à l'art. 316 al. 1 CC, dont l'objet semble restreint aux placements auprès de parents nourriciers. La portée de cette disposition a cependant été élargie par l'OPE, qui institue une surveillance large des institutions accueillant les enfants, s'étendant aux qualités du personnel et instituant un contrôle à l'embauche ainsi qu'une surveillance régulière et systématique. L'art. 15 al. 2 OPE détaille les modalités du contrôle et prévoit notamment la demande d'un extrait du casier judiciaire 2 pour le personnel. L'art. 19 al. 4 OPE systématise ensuite ce contrôle. Il a été vu que l'exposé des motifs du Conseil d'État du 25 janvier 2017 à l'appui de la LEJ faisait explicitement référence à l'OPE. Il n'est ainsi pas douteux que le DIP peut tirer des art. 32 al. 1 let. c LEJ et 15 al. 2 et 19 al. 4 OPE la compétence de réclamer les listes du personnel des institutions d'accueil, de demander les extraits du casier judiciaire les concernant et de s'assurer de leur réputation.

E. 5.4.2

Plus délicate est la question de la compétence de signifier une interdiction professionnelle à la recourante ou plus généralement à une personne travaillant dans une institution d'accueil. En effet, l'interdiction querellée porte une atteinte grave à la liberté économique de la recourante, tant par sa durée que par son étendue professionnelle, étant rappelé que selon l'intimé environ 15'000 personnes seraient soumises en raison de leurs profils ou situations professionnels à une surveillance annuelle. La mesure nécessite donc une base légale formelle et claire. L'intimé invoque l'OPE. Cette ordonnance ne prévoit qu'un régime d'autorisation pour les institutions. Elle établit, certes, une procédure pour vérifier l'honorabilité de leurs employés, mais ne prévoit de mesures que contre les institutions elles-mêmes, la plus sévère étant le retrait de l'autorisation (art. 20 OPE). Cela étant, l'art. 3 al. 1 OPE réserve aux cantons la possibilité, aux fins d'assurer la protection des mineurs vivant en dehors de leur foyer, d'édicter des dispositions allant au-delà de celles de l'ordonnance. L'intimé invoque l'art. 32 al. 1 let. c LEJ, qui lui attribue la compétence d'interdire à une personne, pour une durée déterminée ou indéterminée, l'accueil de mineurs soit à titre personnel, soit dans le cadre d'un groupe ou d'une institution et cela notamment pour les recevoir, les réunir, les héberger, leur donner un enseignement, organiser ou diriger leurs loisirs, cette compétence s'étendant également aux personnes et institutions dispensées d'autorisation ou de surveillance. Cette disposition peut être regardée comme un cas concret d'exercice par le canton de la marge de manœuvre que lui réserve l'art. 3 al. 1 OPE, étant rappelé que la protection de l'enfant est une compétence cantonale résiduelle. Encore faut-il déterminer si elle constitue une base légale suffisante. L'art. 32 al. 1 let. c LEJ ne détermine pas les situations ou les cas qui fonderaient le prononcé d'une interdiction. Il ne mentionne ni faute professionnelle, ni inaptitude, ni d'ailleurs aucun motif spécifique qui justifierait une interdiction de travailler. L'exposé des motifs évoque certes le fait d'avoir « commis des actes de violence ou d'abus sexuels sur des mineurs » (p. 43), mais ces termes n'ont pas été repris dans le texte de loi. Il ne mentionne pas non plus l'existence, les motifs et la sévérité d'une condamnation, pas plus que sa date et la durée de son inscription au casier judiciaire. Il n'envisage aucune autre mesure que l'interdiction, et notamment pas d'activité sous surveillance, et s'il évoque, sans plus de précision, une durée « déterminée ou indéterminée », il ne mentionne pas la possibilité de revoir, d'abréger ou d'abroger la mesure. Il ne prévoit aucune procédure, ni aucune exigence de preuve telle que par exemple une expertise pour l'établissement d'une éventuelle incapacité ou d'une dangerosité. Enfin, il semble s'appliquer à une population très large, puisqu'il précise que la compétence du département d'interdire toute activité avec des enfants « s'étend également aux personnes et institutions dispensées d'autorisation

ou de surveillance ». L'exposé des motifs indiquait que la mesure s'appliquait « notamment » aux moniteurs, répétiteurs, entraîneurs sportifs, éducateurs, enseignants, « etc. » (p. 43). Pour sa part, le REJ prévoit, certes, les cas dans lesquels un retrait d'autorisation (art. 67) ou une interdiction (art. 69) peuvent être prononcés, mais uniquement en ce qui concerne les familles d'accueil et les institutions. Il ne détaille pas les conditions et les modalités d'une interdiction personnelle de travailler au contact des enfants telle que celle prononcée contre la recourante. Les législations des cantons de Vaud et de Berne évoquées plus haut à titre de comparaison semblent avoir également adopté un modèle axé sur l'autorisation et la surveillance des institutions et des familles d'accueil, mais non des personnes appelées à être en contact avec des enfants. Pour sa part, l'interdiction introduite dans le droit pénal et examinée plus haut expose les infractions en raison desquelles elle peut être prononcée. Il peut y être renoncé, dans certains cas, et elle n'est obligatoire que lorsqu'une mesure des art. 59 à 61, 63 ou 64 CP a été prononcée en plus de la peine, laquelle requiert une expertise psychiatrique (art. 56 al. 3 CP) voire deux expertises concordantes (art. 56 al. 4 bis CP). Sa durée varie de un à dix ans et peut être à vie. Elle peut dans certains cas être revue postérieurement. Son étendue est définie précisément. Sauf exceptions, l'activité peut être poursuivie sous instructions et contrôle d'un supérieur. Par comparaison encore, si des interdictions professionnelles peuvent être prononcées dans le cadre de professions ou d'activités soumises à autorisation (médecins, pharmaciens, avocats, notaires, architectes, exploitants d'établissements, etc.), c'est en raison de manquements à des devoirs spécifiques ou de défaut d'aptitudes, au titre d'ultima ratio, d'autres mesures moins sévères étant prévues, sous forme d'interdiction d'exercer ou de retrait d'autorisation et surtout sur la base de dispositions claires (art. 17 et 18 cum art. 12 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 - LLCA - RS 935.61 ; art. 43 cum art. 40 de la loi fédérale sur les professions médicales universitaires du 23 juin 2006 - loi sur les professions médicales, LPMéd - RS 811.11). Sans doute, mis à part certains cas spécifiques comme les familles d'accueil et les accueillantes familiales de jour, les personnes se trouvant en contact avec des enfants à titre professionnel ou bénévole ne sont pas soumises de manière générale à autorisation ni à surveillance. Cette circonstance ne fait toutefois que renforcer l'exigence de densité et de clarté de la base légale fondant une interdiction d'activité, s'agissant notamment de déterminer les aptitudes et les devoirs professionnels. À cet égard, la loi vaudoise susévoquée, bien qu'elle pose des exigences indirectes, dont l'institution doit vérifier qu'elles sont réunies, mentionne par exemple la formation requise, les compétences personnelles et professionnelles nécessaires, ainsi que l'absence de condamnation à raison d'infractions contraires aux bonnes mœurs ou autres infractions pouvant mettre en danger les mineurs (art. 44 al. 3 LProMin), et le règlement prévoit l'évaluation de la santé physique et psychique en cas de doute sur la capacité des accueillants (art. 50 RLProMin). Il faut relever enfin que la population ciblée par la LEJ semble extrêmement large, et que le périmètre dépasse en tout cas les personnes soumises à autorisation ou à surveillance. Force est ainsi de constater, à titre préjudiciel, que l'art. 32 al. 1 let. c LEJ, sous sa forme actuelle, ne constitue pas une base légale d'une densité et d'une précision suffisantes pour prononcer une interdiction à vie de travailler avec les enfants. Il s'ensuit que la décision devra également être annulée pour ce motif.

E. 6

Il y a encore lieu d'examiner si la décision attaquée est affectée d'autres défauts. Elle a prononcé une interdiction à vie au seul motif d'une condamnation à une peine privative de liberté avec sursis portant sur des agissements vieux de quinze ans, constitutifs de

complicité d'actes d'ordre sexuel avec des enfants et viol et ayant pour victime une jeune femme de 15 ans, alors que la recourante était elle-même âgée de 18 ans. On ne voit pas que l'autorité aurait pesé la nécessité du prononcé d'une mesure ni discuté sa durée et son étendue, voire la possibilité de poursuivre une activité sous surveillance – comme c'était d'ailleurs le cas de l'emploi de la recourante à G_____. L'intimé ne soutient pas qu'une expertise psychiatrique aurait à l'époque des faits ou plus récemment mis en évidence une paraphilie ou un autre danger que la recourante présenterait pour les enfants. Aucun élément du dossier ne permet de le supposer, et certainement pas les impressions des auditrices ayant conduit l'audition telles que reportées sur la note de service, pas plus que les déclarations de la recourante sur les câlins, qui ont été reportées incorrectement dans la décision attaquée. Une attestation du médecin spécialiste traitant la recourante depuis plus de dix ans conteste au contraire tout danger. L'intimé n'a enfin motivé ni le principe, ni la sévérité de la mesure prononcée. Il a lui-même implicitement admis en audience et dans ses ultimes observations la nature disproportionnée de l'interdiction au regard de sa durée. Même si elle avait pu se fonder sur une base légale suffisante, la mesure apparaîtrait disproportionnée et devrait être annulée pour ce motif, sans que la chambre de céans ne puisse la réformer, faute pour elle d'avoir été suffisamment instruite. Le recours sera admis et la décision annulée. L'issue du recours rend les conclusions en restitution de l'effet suspensif sans objet.

E. 7

Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument et une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée à la recourante, à la charge de l'État de Genève (art. 87 LPA). * *
* * *

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