

N° dossier: CDP.2010.45
Autorité: CDP
Date décision: 10.02.2012
Publié le: 21.02.2012
Revue juridique:

Titre: Devoir de réserve des fonctionnaires. Liberté d'expression et d'opinion.

Résumé: L'avertissement préalable par le chef de service ou la direction d'établissement est en principe une phase obligatoire de la procédure disciplinaire, avant le prononcé d'autres sanctions par l'autorité de nomination. La garantie constitutionnelle de la liberté d'expression peut l'emporter sur le devoir de réserve des fonctionnaires, aux conditions prévues par la jurisprudence de la CEDH et du Tribunal fédéral. In casu, annulation d'un blâme prononcé à l'encontre d'un enseignant, - auteur d'un message, sur Facebook, de soutien à une manifestation de lycéens -, la procédure disciplinaire étant viciée et les conditions de restriction, imposable par le devoir de réserve, de la liberté d'expression des fonctionnaires n'étant pas réunies.

Articles de loi

Art. 16 CST.F/1999
Art. 36 CST.F/1999
Art. 17 CST.N/2000
Art. 15 LST
Art. 45 LST
Art. 46 LST
Art. 47 LST
Art. 48 LST
Art. 82 LST

A. X. né en 1973, titulaire d'une licence et d'un certificat d'aptitudes pédagogiques pour l'enseignement secondaire, inférieur et supérieur, a été nommé le [...] 2002 au lycée W. à Neuchâtel. Il est également chargé de mission pour la direction de cet établissement d'enseignement secondaire.

A la suite de l'annonce par le Conseil d'Etat de diverses mesures de restrictions budgétaires touchant notamment le secteur de l'enseignement secondaire, une manifestation de lycéens et d'étudiants s'est déroulée le 22 septembre 2009 dans les rues de

Neuchâtel. Le 29 septembre 2009, trois députés au Grand Conseil neuchâtelois ont déposé une question à l'intention du Conseil d'Etat intitulée : "Les étudiants manifestent... de leur plein gré (?)" requérant de celui-ci des explications sur le fait qu'une députée-enseignante était à la tête de la manifestation des lycéens du 22 septembre 2009 et que des membres de direction d'écoles auraient incité les étudiants à manifester, ceci en particulier avec des moyens comme facebook par exemple (question 9.388 du 22.09.2009 des députés P., C. et H.).

Dans sa réponse du 30 septembre 2009 devant le Grand Conseil, le Conseil d'Etat a précisé que la première enseignante visée intervenait comme déléguée syndicale pour déposer une pétition, qu'elle ne participait pas à la manifestation des étudiants et qu'elle n'avait pas incité ses élèves à y participer. Il a par contre précisé que la seconde partie de la question déposée (intervention de membres de direction) soulevait plus de problèmes et confirmé que dans un cas au moins un membre de la direction des lycées neuchâtelois avait incité ses élèves, sur facebook, à participer à ladite manifestation. Il a donné lecture du texte figurant selon lui sur facebook et indiqué que la personne concernée serait convoquée par le Département de l'éducation, de la culture et des sports (ci-après : DECS). Le 20 octobre 2009, X., auteur de la publication sur facebook incriminée, a été entendu par le chef du DECS. En résumé, ce dernier a indiqué à l'intéressé que le Conseil d'Etat ne saurait tolérer qu'un membre de la direction d'un lycée apporte son soutien public sur facebook à une manifestation d'étudiants, voire incite ces derniers à manifester. Il a précisé qu'il s'agissait là d'une grave violation du devoir de réserve qui devait être sanctionnée. L'intéressé a expliqué qu'il avait uniquement pensé répondre à un message privé d'un de ses contacts, qu'il ignorait que ce message serait divulgué et publié, qu'il maîtrisait mal le système facebook. La direction de l'école a pour sa part relevé que le message en cause dont elle avait pris connaissance peu avant cette discussion émanait de l'ordinateur privé de l'enseignant, que celui-ci n'était pas membre de la direction mais chargé de mission pour cette dernière mais qu'il était clair qu'une incitation à manifester ne saurait être tolérée.

Par courrier du 19 novembre 2009, le chef du DECS a maintenu qu'en transmettant le message en cause, X. n'avait pas respecté les devoirs imposés par sa fonction, que cette violation devait être sanctionnée par le biais d'un blâme et lui a ouvert un délai de 10 jours pour observations éventuelles. Par lettre du 24 novembre 2009, l'intéressé a rappelé pour sa part qu'il n'était pas membre de la direction, que son intention

n'était en aucun cas d'appeler des élèves à manifester, que des professeurs avaient également manifesté ou débrayé le 19 novembre 2009 sans autre sanction qu'une retenue salariale, qu'il avait par ailleurs désactivé son compte facebook et que la sanction envisagée était disproportionnée.

Par décision du 15 janvier 2010, le Conseil d'Etat a prononcé à l'encontre de X. un blâme pour le comportement incriminé. Il a retenu qu'en assurant son contact sur facebook de son soutien, il avait suggéré aux élèves du lycée que leur action, soit la première manifestation organisée par les étudiants le 22 septembre 2009, était soutenue, voire confortée, à un niveau directorial. Il a considéré qu'un tel comportement violait le devoir de réserve imposé aux fonctionnaires et aux enseignants et plus encore aux chargés de mission directoriale, que la sanction retenue était une peine disciplinaire légère et qu'elle n'équivalait pas à un avertissement préalable. Il a par contre donné acte à l'intéressé que son intention n'était pas d'inciter les étudiants à manifester mais que son message apparaissait comme un soutien manifeste à leur démarche. Il a par ailleurs réfuté toute inégalité de traitement, les enseignants ayant débrayé lors de la seconde manifestation du 19 novembre 2009 l'ayant fait dans le cadre de leur liberté d'association et ce débrayage pouvant être assimilé à un congé non payé, par ailleurs individuellement annoncé par chaque enseignant-manifestant.

B. X. a recouru le 11 février 2010 auprès du Tribunal administratif contre cette décision et conclu à l'annulation de celle-ci, se prévalant d'une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents, le Conseil d'Etat ayant d'emblée retenu que le message transmis sur facebook avait un caractère public et non confidentiel alors que lui-même ne pensait que répondre à titre privé à un message privé, d'une violation du droit cantonal ou plus exactement du droit constitutionnel cantonal et fédéral, les articles [16](#) et [36 Cst. féd.](#) et [17 Cst. NE](#) l'emportant ici sur le principe du devoir de réserve imposé par la loi cantonale sur la fonction publique et par le règlement des enseignants et finalement d'une inégalité de traitement, le Conseil d'Etat absolvant de toute faute les enseignants-manifestants le 19 novembre 2009, sous couvert de leur liberté d'association, en ignorance totale du même devoir de réserve qui leur est opposable.

Dans ses observations du 18 mars 2010, le Conseil d'Etat, agissant par le Service juridique du DJSF conclut au rejet du recours. Il conteste que le recourant doive être considéré comme un novice en informatique, réitère que, comme chargé de mission au

niveau directorial, le recourant doit tolérer un niveau de devoir de réserve plus élevé que ses collègues, même en dehors de son temps de travail, surtout au regard de la situation politique du moment, qu'il n'est au surplus pas adéquat qu'un enseignant ait des contacts amicaux avec de jeunes adultes encore scolarisés au lycée et que la sanction prononcée est, de ces faits, pleinement appropriée. Quant au comportement d'autres enseignants, le Conseil d'Etat maintient qu'il s'agissait d'une situation totalement différente, soit d'activités syndicales.

C. Dans un mémoire complémentaire du 28 avril 2010, le recourant revient longuement sur le système de fonctionnement de facebook, maintient que l'exercice de ses droits fondamentaux l'emporte ici sur le devoir de réserve qui lui est imposable et qu'il est victime d'une injustice.

D. Dans ses observations finales du 11 mai 2010, le Conseil d'Etat conteste que le recourant ait pu confondre un message privé et un message public, vu la maîtrise du système facebook, telle qu'elle ressort de son mémoire complémentaire, dont il semble faire preuve.

CONSIDERANT

en droit

1. a) Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable.
b) Suite à la modification de la Loi sur le statut de la fonction publique ([LSt](#)) par la loi du 5 novembre 2008 (FO 2008, no 52) et conformément à la jurisprudence antérieure du Tribunal administratif (ATA non publié du 17.06.1997 [TA 140.97] et ATA non publié du 25.08.2008 [TA 2008.224]), les décisions frappant les fonctionnaires d'un blâme ou d'un déplacement sont susceptibles d'un recours au Tribunal administratif (art. 82 al. 3 [LSt](#)), l'avertissement préalable (art. 46 [LSt](#)) restant pour sa part soumis au recours hiérarchique (art. 82 [LSt](#)).
c) Depuis le 1^{er} janvier 2011, la Cour de droit public du Tribunal cantonal a succédé au Tribunal administratif et a repris les causes traitées par cette dernière instance (art. 47, 83 [OJN](#)).
2. Conformément à l'article [15 LSt](#), les titulaires de fonctions publiques doivent se montrer dignes de la confiance que leur situation officielle exige. Ils

accomplissent leurs tâches avec engagement, fidélité, honnêteté et impartialité, dans le respect des instructions reçues. L'esprit de courtoisie préside à leurs relations avec le public, ainsi qu'avec leurs supérieurs, leurs collègues et leurs subordonnés. L'enseignement doit être donné aussi objectivement que possible et dans le respect des institutions et de la personnalité de l'élève. Les élèves sont traités avec équité. L'article 26 du règlement général des Lycées cantonaux stipule pour sa part que les maîtres assurent un enseignement de qualité et exercent sur leurs élèves une influence favorable à leurs études en développant leur sens de la responsabilité et de la solidarité. En accord avec le directeur, ils sont responsables du maintien de la discipline.

Au regard du droit des fonctionnaires neuchâtelois, et plus particulièrement de l'article 45 al. 1 [LSt](#), si des raisons d'inaptitude, de prestations insuffisantes, de manquements graves ou répétés aux devoirs de service ou d'autres raisons graves ne permettent plus la poursuite des rapports de service, l'autorité qui a nommé peut ordonner le renvoi d'un titulaire de fonction publique. Toutefois, lorsque les faits reprochés au titulaire de fonction publique dépendent de sa volonté ou lorsque les exigences de la fonction ne sont pas remplies à satisfaction, le chef de service ou la direction d'établissement (art. 80 [LSt](#)) doit en avertir par écrit l'intéressé après l'avoir entendu et lui fixer un délai raisonnable pour s'améliorer, en lui suggérant autant que possible certains moyens pour y parvenir (art. 46 al. 1 [LSt](#)). A défaut d'amélioration constatée dans le délai imparti, le chef de service transmet le dossier à l'autorité de nomination avec ses observations (art. 46 al. 2 [LSt](#)). Avant de prendre sa décision, l'autorité de nomination entend l'intéressé en lui indiquant les faits ou omissions qui lui sont reprochés, ainsi que les moyens de défense dont il dispose, en particulier son droit de consulter le dossier et de se faire assister d'un mandataire (art. 47 [LSt](#)). Si l'autorité de nomination estime que la violation des obligations de service ou le comportement permettent la poursuite des rapports de service, elle peut renoncer à toute mesure ou prononcer un blâme assorti le cas échéant d'une menace de cessation des rapports de service (art. 48 al. 1 [LSt](#)). Sinon l'autorité de nomination prononce le renvoi du titulaire de fonction publique et lui notifie la décision moyennant un préavis de trois mois pour la fin d'un mois (art. 48 al. 2 [LSt](#)).

L'avertissement préalable au sens de l'article 46 [LSt](#) ne constitue pas en lui-même une sanction disciplinaire; il s'agit en principe d'une étape obligatoire avant le blâme ou avant la résiliation des rapports de service, lorsque les faits qui sont reprochés au titulaire de la fonction publique dépendent de sa volonté et qu'ils ne sont pas graves au

point d'envisager d'emblée une sanction disciplinaire (ATF [125 I 119](#) p. 122 cons. 2 in fine; [RJN 2004, p. 125](#)). Selon la jurisprudence, le but de l'avertissement est d'amender si possible le fonctionnaire (arrêt du TF du [09.10.2006 \[2P.149/2006\]](#) cons. 6.4). En droit neuchâtelois (art. 46 al. 1 [LSt](#)), il implique l'octroi d'un délai suffisant pour s'améliorer qui tient compte des exigences posées par le chef de service. Le délai pourra donc être plus ou moins long selon qu'il s'agit d'améliorer des prestations dont les résultats probants ne peuvent se vérifier qu'à moyen, voire, à long terme, ou de modifier un comportement que le fonctionnaire est à même de corriger immédiatement (RJN 2001, p. 205).

Selon la jurisprudence (ATA du 25.02.2004 dans la cause S. [\[TA.2003.364\]](#)), et conformément à l'article 33 let. a et d [LPJA](#), le Tribunal administratif puis la Cour de droit public qui lui a succédé, examinent uniquement si l'autorité a abusé de son pouvoir d'appréciation ou l'a excédé; la Cour n'est pas habilitée à contrôler l'opportunité de la décision puisque aucun texte légal ne lui en donne la compétence (RJN 2002, p. 230 cons. 2b et les références, 1998, p. 209 cons. 3a et les références).

Selon une jurisprudence constante (ATA non publié du 12.01.2012 dans la cause L [CDP.2011.302]), la Cour de droit public examine par contre d'office les conditions formelles de validité et la régularité de la procédure administrative suivie devant les autorités précédentes (RJN 1996, p. 246 cons. 2, 205 cons. 2a, 191, p. 164 cons. 2a, 1987, p. 271 cons. 1a, 1986, p. 116).

Elle n'est pas liée par les motifs du recours ou les conclusions des parties (art. 43 [LPJA](#)).

3. En l'espèce, la procédure menée à l'encontre du recourant est doublement viciée. D'une part, l'enseignant n'a fait l'objet d'aucun avertissement préalable, phase obligatoire selon la jurisprudence pré-rappelée. D'autre part, la procédure d'instruction a été menée par le Conseiller d'Etat chef du DECS personnellement, alors que le législateur neuchâtelois a souhaité clairement distinguer deux phases de la procédure disciplinaire (avertissement préalable puis si nécessaire autre mesure) et en a chargé deux autorités distinctes (chef de service ou direction d'établissement pour la première phase, autorité de nomination - ici le Conseil d'Etat - pour la deuxième). En dernier lieu, on peut se demander, au regard de l'article 11 [LPJA](#), s'il était judicieux que le Conseiller d'Etat, chef du DECS, qui s'était déjà prononcé au nom du Conseil d'Etat devant le Grand Conseil (BGC 2009 p. 748-749) en des termes qu'expliquent peut-être les conditions d'un débat

parlementaire mais qui ne correspondent finalement pas aux faits établis par la procédure, se charge lui-même de l'instruction du cas puis participe à la décision de sanction prononcée. A eux seuls, ces éléments doivent conduire à l'annulation de la décision attaquée. On relèvera par ailleurs que le refus opposé à la requête du 24 novembre 2009 du recourant de se faire assister par le syndicat SAEN contrevient probablement à l'article 47 [LSt](#) mais le recourant ne s'en prévaut pas.

4. Par surabondance de droit, la Cour de droit public rappellera pour le surplus, en tant que besoin, que la liberté d'opinion et d'expression est un droit fondamental garanti par l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, l'article 19 du Pacte ONU 2, l'article 10 de la CEDH, l'article [16 de la Constitution fédérale](#) et l'article 17 de la [Constitution cantonale neuchâteloise](#). Il s'agit d'un droit qui ne peut être restreint que par une loi, la restriction devant être justifiée notamment par un intérêt public prépondérant et devant être proportionnée au but visé (art. [36 Cst. féd.](#)). Certes, et comme le mentionnent tant le recourant que l'intimé, la liberté d'expression des employés soumis au droit public peut être limitée par le devoir de fidélité, devoir qui s'étend aussi au comportement en dehors du service (ATF [120 Ia 203](#) / JdT 1996 I 622). Tant la Cour européenne des droits de l'Homme que le Tribunal fédéral se montrent cependant restrictifs quant aux limitations de la liberté d'expression des fonctionnaires, surtout lorsque l'opinion s'est manifestée dans le cadre d'un débat public sur des questions d'intérêt général, cette liberté représentant pour tous un des fondements essentiels d'une société démocratique et une des conditions fondamentales pour son développement et pour la réalisation personnelle de chacun (ATF [136 I 332](#) / JdT 2011 I 43 et l'abondante jurisprudence et doctrine citées). Le devoir de réserve n'exclut donc pas la critique publique en particulier lorsqu'elle vise des décisions concernant le domaine d'activité propre de l'employé et que pour ce motif elle est indissociable d'une critique de supérieurs hiérarchiques. Le devoir de fidélité oblige toutefois l'employé public à s'imposer une certaine retenue en particulier dans la manière d'exercer la critique et de n'en appeler à l'opinion publique que si des démarches internes n'ont produit aucun résultat.

5. En l'espèce (cf. sur cette question, l'arrêt du TA du [28.12.2010 \[TA.2010.68\]](#), cons. 4 c), au terme d'une enquête administrative plus que sommaire, - le seul acte d'enquête apparent ayant consisté en l'audition de l'intéressé, la publication incriminée sur facebook ne figurant pas au dossier, même sous forme de copie d'écran tiers, sa date et son destinataire étant inconnus, son cercle de distribution l'étant tout

autant, l'auteur du message ou de l'invitation initial restant ignoré, la façon dont il est parvenu à la connaissance du DECS l'étant aussi -, le Conseil d'Etat a retenu qu'apporter sur facebook son soutien public à une manifestation d'étudiants et conserver des relations personnelles avec une ancienne étudiante (dont on ignore tout) constituaient une violation du devoir de fidélité. Une telle argumentation ne convainc en rien. Reprocher à un enseignant (parmi 3'500) d'avoir conservé des contacts avec l'une de ses anciennes étudiantes est d'une totale inanité, tant il est vrai que les enseignants neuchâtelois doivent être des centaines à avoir conservé avec certains de leurs anciens élèves des relations quelles qu'elles soient, par des moyens électroniques ou autres. Reprocher à un enseignant d'avoir apporté son soutien à l'une des deux manifestations démocratiques qu'ont suscité dans l'opinion publique et plus particulièrement dans le corps étudiant et dans le corps professoral les velléités budgétaires restrictives du Conseil d'Etat en matière d'enseignement secondaire supérieur revient à nier tout droit de critique de l'activité gouvernementale. Ceci d'autant que le recourant, comme l'admet l'intimé, n'a pas appelé à manifester et qu'il n'a cessé de répéter qu'il pensait répondre à un message personnel (la formulation du texte, tel qu'il figure dans le procès-verbal d'audition, ne fait que le confirmer) par un autre message personnel de soutien dont il n'a jamais imaginé qu'il finirait dans le domaine public. Prétendre en outre, qu'en sa qualité d'enseignant, le recourant devait avoir et avait une parfaite maîtrise de facebook et savait que son soutien serait public, méconnaît manifestement les complexités d'un tel système. Certes, la confidentialité de publications sur facebook est relative, même en limitant les informations librement accessibles et le cercle de leur distribution (il suffit d'intervenir sur le "mur" d'un "ami" ou qu'un "ami" reprenne à son propre compte une publication pour perdre toute maîtrise de la diffusion) mais il est notoire que la version basique du système de confidentialité de facebook donne une (fausse) impression de sécurité, la modification, possible, de ce système nécessitant par contre de multiples opérations. La maîtrise supposée de facebook par le recourant alléguée par l'intimé relève par ailleurs bien plutôt des travaux de recherches et d'explications de son mandataire. Quant à la maîtrise de facebook par les enseignants, elle est démentie par le fait que dès 2011, le DECS a mis sur pied pour les enseignants, en collaboration avec la Police cantonale et le Service ICT et pédagogie du CPLN, des cours spécifiques sur les réseaux sociaux.

6. Le recourant ne voulait donc ici qu'apporter son soutien (qu'il soit public ou destiné à une seule personne) à une manifestation démocratique intervenant dans

un débat public sur un sujet précis. Il s'est exprimé dans le cadre d'une opposition démocratique aux projets du Conseil d'Etat, préalablement aux décisions que devait ratifier le Grand Conseil. Il s'agissait d'une question d'intérêt général sujette à discussion et à assez large contestation et ayant provoqué deux défilés de rues successifs, autorisés, organisés et restés pacifiques. Rares ont été d'ailleurs, ces dernières années, les manifestations de rue de la population estudiantine neuchâteloise et plus rares encore celles parvenant à mobiliser non pas seulement les étudiants universitaires mais ici et avant tout les lycéens et une part de leur corps professoral, ce qui dénote peut-être le caractère jugé, à tort ou à raison, comme impopulaire des décisions annoncées par le Conseil d'Etat et les réactions "à chaud" qu'elles ont pu susciter. Le recourant était tout aussi en droit d'y apporter son soutien comme ses collègues qui ont eux-mêmes participé auxdits défilés, sans que l'intimé ne prenne la moindre des sanctions disciplinaires à leur égard. Pour reprendre les termes du Tribunal fédéral dans l'arrêt précité, au regard de la signification de la liberté d'expression dans le processus démocratique de la formation de l'opinion, le recourant n'a pas violé son devoir de fidélité, sa fonction dirigeante (par ailleurs contestée) n'y changeant rien. Il en résulte que le blâme prononcé constitue également une restriction inadmissible de sa liberté d'expression.

7. Pour l'ensemble de ces motifs le recours doit être admis et la décision de l'intimé annulée. Il est statué sans frais, les autorités cantonales n'en payant pas. Le recourant qui obtient gain de cause a droit à des dépens. Ceux-ci doivent être définis dans les limites prévues par [l'arrêté temporaire du 22 décembre 2010 du Conseil d'Etat fixant les tarifs des frais](#), cet arrêté étant applicable à toutes les procédures pendantes au moment de son entrée en vigueur. Le mandataire de X. a déposé trois mémoires totalisant 5'175.50 francs d'honoraires, débours et TVA. Ce montant dépasse toutefois la limite supérieure du tarif, arrêtée à 4'000 francs en son article 59. Au regard de la complexité de la cause, de recherches techniques qu'elle a nécessitées et de ses enjeux, le montant de 4'000 francs précité, représentant 16 heures de travail, paraît approprié et sera donc retenu. A cette somme s'ajoutent les débours forfaitaires par 400 francs et la TVA à 7,6 %, la quasi totalité de l'activité productive du mandataire s'étant déroulée en 2010. C'est dès lors un montant final de 4'734.40 francs qui sera alloué pour la procédure devant l'Autorité de céans.

Par ces motifs,

LA COUR DE DROIT PUBLIC

1. Admet le recours.
2. Annule la décision 15 janvier 2010.
3. Statue sans frais et alloue au recourant une indemnité de dépens de 4'734.40 francs, honoraires, débours et TVA compris.

Neuchâtel, le 10 février 2012

Art. 16 Cst. Féd.

Libertés d'opinion et d'information

- ¹ La liberté d'opinion et la liberté d'information sont garanties.
- ² Toute personne a le droit de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion.
- ³ Toute personne a le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser.

Art. 36 Cst. Féd.

Restriction des droits fondamentaux

- ¹ Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.
- ² Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.
- ³ Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.
- ⁴ L'essence des droits fondamentaux est inviolable.

http://jurisprudence.ne.ch/scripts/omnisapi.dll?OmnisPlatform=WINDOWS&WebServerUrl=jurisprudence.ne.ch&WebServerScript=/scripts/omnisapi.dll&OmnisLibrary=JURISWEB&OmnisClass=rtFindinfoWebHtmlService&OmnisServer=JURISWEB,localhost:7000&Parametername=NEWEB&Schema=NEWEB&Source=&Aufruf=getMarkupDocument&cSprache=FRE&nF30 KEY=5581&nTrefferzeile=1&Template=search_result_document.html