

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2826/2020-FPUBL

ATA/1042/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 16 octobre 2020

sur mesures provisionnelles

dans la cause

Madame A_____

représentée par Me Thomas Barth, avocat

contre

DÉPARTEMENT PRÉSIDENTIEL

Attendu, en fait, que :

- 1) a. Madame A_____, née le _____ 1982, est auxiliaire à l'État de Genève depuis le 1^{er} mai 2008, rémunérée à l'heure selon les besoins du service des élections (ci-après : SEV). Par décision du 11 août 2020, le Président du département présidentiel (ci-après : le département) a dit que sa non-convocation depuis le 1^{er} août 2019 était licite et confirmée, que l'absence d'indemnisation pour les heures non travaillées était de même licite et qu'il ne lui était accordé aucune indemnité pour ses frais de défense.

b. Cette décision est en lien avec sa dénonciation, auprès de la Cour des comptes (ci-après : CC) le 5 février 2019, puis du Ministère public (ci-après : MP), et via la presse, y compris la télévision, de prétendues malversations d'un collègue pour modifier le résultat des votations (ventes de votes, destruction de bulletins de vote, modification/altération de bulletins...). Les répercussions en avaient en substance été importantes, tant auprès du SEV que du public. Le 27 février 2020, le MP avait rendu une ordonnance de classement partiel relative notamment à des allégations ayant trait aux questions électorales et au stockage de drogue dans les locaux du SEV. Dans son communiqué de presse du même jour, le MP avait indiqué avoir classé la procédure pénale. Les investigations qu'il avait conduites n'avaient pas confirmé les allégations des deux collaboratrices du SEV, dont l'intéressée. La concernant, ce communiqué précisait qu'elle avait « cité certains faits isolés, impropres à étayer l'existence d'une fraude, précisant que pour le surplus [elle avait] échafaudé des suppositions ». Le 27 février 2020 encore, la CC avait rendu son rapport concernant l'audit de légalité et de gestion sur le traitement du vote par correspondance dans les locaux du SEV et avait conclu que la gestion et l'encadrement du personnel auxiliaire étaient insuffisants mais qu'elle n'avait pas constaté de fraude.

Cette décision était déclarée exécutoire nonobstant recours.

- 2) Par acte déposé le 14 septembre 2020 au guichet universel du Pouvoir judiciaire, Mme A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision. Elle a conclu à son annulation et préalablement à la restitution de l'effet suspensif sur le seul point de sa non-convocation jusqu'à l'issue de la procédure de résiliation de ses rapports de service.

Dans la mesure où depuis son engagement elle avait dans les fait été appelée à toutes les votations et élections jusqu'au 2 août 2019 et avait ainsi perçu un salaire annuel équivalent un travail à plein temps (CHF 42'765.20 en 2015, CHF 39'454.45 en 2016, CHF 25'646.20 en 2017, CHF 47'965.50 en 2019 ; le montant horaire brut s'élevant à CHF 32.30), il se justifiait de rétablir l'effet suspensif au recours en raison de son intérêt prépondérant à être reconvoquée afin de bénéficier à nouveau d'une

rémunération. Tant qu'elle n'était pas formellement licenciée, ce point de la décision ne devait pas entrer en force. Il en allait de sa protection jusqu'à son éventuel licenciement. Du fait de l'absence de convocation depuis le mois de juillet 2019, elle avait été contrainte de solliciter une aide financière auprès de l'hospice général (ci-après : HG). Aucune raison objective ne justifiait la pérennité de cette situation. Le fait de continuer à ne pas la convoquer reviendrait à une suspension au sens de l'article 28 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05), dont les conditions étaient nullement réunies.

Selon le décompte produit par Mme A_____, en 2015, elle n'a pas été appelée à fonctionner pour le SEV aux mois d'août et décembre. En juillet, elle a travaillé durant 38 heures. En 2016, elle a travaillé 54 heures en mars, 20 heures en avril, 75 heures en juin, 43 heures en octobre et pas du tout en août et décembre. En 2017, elle a été appelée pour 38 heures en janvier, 20 heures en mars, 34 heures en avril, 44 heures en juillet, 56 heures en août, 52 heures en octobre et 65 heures en décembre ; elle n'a pas du tout travaillé aux mois de février et novembre. En 2018, elle a travaillé 73 heures en juillet, 34 heures en août, 53 heures en octobre et 32 heures en décembre. En 2019, elle a travaillé plus de 100 heures en janvier et février, 8 heures en mars, 72 heures en avril, 159 heures en mai, 38,5 heures en juin et 17 heures en juillet.

- 3) Dans le délai prolongé à sa demande au 1^{er} octobre 2020, le département a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif.

Bien qu'engagée depuis plus de trois ans, Mme A_____ demeurait soumise au statut d'auxiliaire, conformément à l'art. 7 al. 2 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 24 février 1999 (RPAC - B 5 05.01), dans la mesure où les tâches confiées aux auxiliaires du SEV étaient intermittentes et de courte durée, en moyenne quelque trois semaines par scrutin organisé, variaient par ailleurs en fonction des besoins du service en termes de volume à traiter et de l'attribution des tâches à une personne plutôt qu'à une autre. Elle n'avait partant aucun droit à être convoquée pour effectuer un certain nombre d'heures par année.

Partant, une restitution de l'effet suspensif sur ce point n'emporterait pas l'obligation pour le département de la convoquer pour effectuer un certain nombre d'heures. Elle n'avait dès lors aucun intérêt à la restitution de l'effet suspensif. En toute hypothèse, même à supposer qu'une restitution de l'effet suspensif entraînerait automatiquement la convocation de la recourante, une telle décision reviendrait à lui accorder l'une de ses conclusions au fond, ce qui était exclu par la jurisprudence. Elle ne démontrait au demeurant pas une urgence économique de sa situation.

Il y avait lieu de prendre en compte dans la pesée des intérêts la procédure de résiliation éventuelle des rapports de services, qui était à bout touchant ; une décision

serait rendue prochainement. Il était dans l'intérêt de l'État d'assurer la bonne marche du SEV. Enfin, la limitation dans le temps de la non-convocation respectait dans les circonstances du cas d'espèce le principe de proportionnalité.

Tant le statut d'auxiliaire de Mme A_____, que des éléments objectifs, tels que les perturbations au sein du SEV, la réaction des médias et de la population genevoise, ainsi que l'appréciation intermédiaire du MP communiquée le 13 mai 2019 déjà, puis son ordonnance de classement partiel du 27 février 2020, permettaient à eux seuls de justifier la décision du 11 août 2020 et étaient autant d'éléments qui permettaient de douter du bien-fondé du recours. En conséquence, ce recours ne présentait pas non plus le niveau requis quant à ses éventuelles chances de succès.

- 4) Mme A_____ a répliqué sur la question de l'effet suspensif le 12 octobre 2020.

Même si elle ne disposait pas d'un droit à être convoquée, il suffisait de se fonder sur le décompte des heures effectuées jusqu'au mois d'août 2019 pour comprendre que la Chancellerie d'État aurait manifestement continué à la convoquer dans l'hypothèse où aucune procédure de résiliation éventuelle des rapports de services n'avait été ouverte à son encontre. Au bout du compte, après dix ans, elle s'était habituée à être rémunérée, certes de façon variable, mais pour des montants relativement similaires année après année. Elle avait ainsi réussi à trouver un certain équilibre afin d'organiser sa vie en fonction de ses rentrées financières aléatoires et comptait évidemment sur ces dernières pour vivre. Dans la mesure où l'issue de la procédure de résiliation éventuelle des rapports de services était inconnue, il ne se justifiait pas de la priver plus longtemps de son travail. Lui refuser sa demande de restitution d'effet suspensif reviendrait à anticiper l'instruction de la cause, puisque si elle obtenait gain de cause, le fait de la priver ne serait-ce qu'un mois supplémentaire de son emploi, revêtirait un caractère contradictoire et serait également disproportionnée, car excessivement long. Une non-convocation, puisque les conditions d'une suspension en vertu de la LPAC n'étaient pas réalisées, ne reposait sur aucune base légale de sorte que le principe de la légalité avait été violé.

L'octroi de l'effet suspensif ne reviendrait pas à anticiper le résultat de l'instruction du recours puisqu'il ne visait qu'à lui permettre d'être convoquée à nouveau, le temps de la procédure de résiliation. Pièces à l'appui, son aide financière globale s'élevait à CHF 4'456.75 par mois, alors que son budget mensuel, établi officiellement par le Service de protection de l'adulte, s'élevait à CHF 4'593.25. Partant son préjudice économique depuis plus d'un an ne pouvait être négligé dans la mesure où elle se trouvait injustement privée de tout traitement salarial depuis le mois de juillet 2019.

Rien ne permettait d'anticiper l'issue de la procédure de résiliation éventuelle des rapports de service, étant relevé que la recourante était sans nouvelles de la chancellerie d'État.

Son intérêt privé prépondérant, sous la forme d'une situation d'urgence économique, ne faisait aucun doute.

- 5) Le 12 octobre 2020, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 1) Les décisions sur mesures provisionnelles sont prises par le président ou le vice-président de la chambre administrative ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, par un autre juge (art. 21 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 et art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 mai 2020).
- 2) Aux termes de l'art. 66 LPA, sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (al. 1) ; toutefois, lorsque aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (al. 3).
- 3) L'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (art. 21 al. 1 LPA).
- 4) Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles - au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER/Astrid HIRZEL, *Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen*, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, 2013, 61-85, p. 63) - ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/503/2018 du 23 mai 2018 ; ATA/955/2016 du 9 novembre 2016).

Elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (arrêts précités). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HÄNER, *op. cit.*, p. 265).

- 5) L'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405).
- 6) Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).
- 7) Pour effectuer la pesée des intérêts en présence qu'un tel examen implique, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).
- 8) Le critère de l'urgence commandant qu'il soit statué sur des mesures provisionnelles ne semble en l'espèce a priori pas rempli dans la mesure où la recourante n'était déjà plus convoquée depuis plus d'une année par le SEV au moment du dépôt de son recours. Cette question peut demeurer indécise vu ce qui suit.

Les chances de succès du recours ne sont prima facie pas manifestes, la recourante n'établissant, de prime abord, pas l'existence d'un droit à être appelée et en conséquence rémunérée, voire d'un droit à un taux de convocation minimum.

La recourante allègue que le fait de ne pas être convoquée au SEV pour l'activité qu'elle y déploie depuis des années et qui lui procurait jusqu'au mois de juillet 2019 un revenu qu'elle qualifie de régulier justifierait la « restitution de l'effet suspensif ». Elle démontre avoir émarginé à l'aide sociale, sans toutefois étayer que cela n'aurait été le cas que depuis le mois de juillet 2019. Elle chiffre à CHF 136.- par mois son manque à gagner correspondant à la différence entre le montant global de ses diverses aides et le montant moyen mensualisé qu'elle percevait alors qu'elle était appelée à fonctionner pour le SEV. On ignore toutefois comment elle comblait les mois où elle était très peu appelée (il sera retenu les mois où il a été question de moins de 40 heures d'activité correspondant à un revenu brut inférieur à CHF 1'300.-), voire pas du tout, comme cela a été le cas, en 2015, aux mois de juillet, août et décembre, en 2016 aux mois d'avril, juillet et décembre, en 2017, aux mois de janvier à avril inclus, et novembre, en 2018, en août et décembre et enfin en 2019, en mars, juin et juillet.

Aussi, si désormais la situation financière de la recourante dépend de la seule aide sociale sous ses diverses formes, le solde négatif de CHF 136.- ne peut sans autre être retenu vu précisément les importantes fluctuations du revenu, annuellement et mensuellement, qu'elle réalisait auprès du SEV. Ainsi la recourante n'établit pas que la non convocation au SEV menacerait gravement et irrémédiablement ses intérêts économiques.

En outre, l'intérêt public invoqué par l'intimé, soit le bon fonctionnement du SEV, de même que la confiance que les citoyens doivent pouvoir mettre en la Chancellerie d'État apparaissent plus importants que l'intérêt privé invoqué par la recourante à être convoquée, compte tenu du poste en cause.

9) Au vu de ce qui précède, la requête en mesures provisionnelles sera rejetée.

Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la requête en mesures provisionnelles ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public, s'il porte sur les rapports de travail entre les parties et que la valeur litigieuse n'est pas inférieure à CHF 15'000.- ;

- par la voie du recours en matière de droit public, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- et que la contestation porte sur une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- ;

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Michael Anders, avocat de la recourante, ainsi qu'au département présidentiel.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :