RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1050/2006-CE** **ATA/649/2006**

# ARRÊT

# DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

# du 5 décembre 2006

dans la cause

**Monsieur Olivier DOBLER**

contre

**CONSEIL D'ÉTAT**

## EN FAIT

1. Par arrêté du 23 février 2005, le Conseil d'Etat a fixé au 5 juin 2005 la date de l'élection des seize juges assesseurs au Tribunal cantonal des assurances (ci-après : TCAS).

   La date du dépôt des listes de candidature pour les postes à pourvoir était fixée au 18 avril 2005 à midi.

   Le nombre de sièges à pourvoir était de seize.

2. Dans le courant du mois d'avril, une première liste comportant seize candidats a été déposée conjointement par la communauté genevoise d'action syndicale (ci-après : CGAS) et l'union des associations patronales genevoises (ci-après : UAPG) auprès du service des votations et des élections (ci-après : SVE), qui dépend de la Chancellerie d'Etat (ci-après : la Chancellerie).

   Une deuxième liste comportant deux candidats a été déposée le dernier jour du délai, juste avant midi, par l'Association suisse des assurés (ci-après : ASSUAS).

3. Le SVE a refusé le dépôt de cette dernière liste au motif que le paiement des frais d'enregistrement n'avait pu être effectué dans les délais.

4. Le 25 avril 2005, l'ASSUAS a recouru auprès du tribunal de céans contre ce refus.

5. Par arrêt du 10 mai 2005, le Tribunal administratif a annulé la décision du SVE au motif qu'elle violait l'interdiction du formalisme excessif.

6. La liste de l'ASSUAS, qui remplissait les autres conditions légales, a été admise, portant le nombre des candidats à dix-huit, pour seize postes à pourvoir.

7. Suite à l'admission de ce recours, le Conseil d'Etat s'est trouvé dans l'impossibilité d'organiser l'élection des juges assesseurs dans les délais prévus. Par arrêté du 30 mai 2005, il en a repoussé la date au 25 septembre 2005.

8. Le 7 juin 2005, l'ASSUAS et ses deux candidats, Messieurs Dominique Jeckelman et Monsieur Maurice Schneeberger, ont recouru auprès du Tribunal administratif contre l'article 2 de cet arrêté. Ils ont conclu à son annulation en tant qu'il admettait notamment les candidatures de Madame Christine Bulliard Mangili et de Messieurs Hans Jürg Stucki et Norbert Heck sur la liste commune CGAS-UAPG.

9. Le 19 juillet 2005, ce recours a été partiellement admis. Le tribunal a considéré que sur les trois candidats intimés, seule Mme Bulliard Mangili remplissait les exigences légales relatives à la formation que devaient avoir les candidats au poste de juge assesseur.

10. MM. Stuki et Heck ayant été écartés, il n'est alors resté que seize candidats à l'élection.

11. La CGAS et ses deux candidats évincés ont alors formé un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral. Ce recours a été admis le 23 décembre 2005.

La cause a été renvoyée au Tribunal administratif pour qu'il statue à nouveau sur le niveau de formation de ces deux candidats, à la lumière des considérants de son arrêt.

12. Le 14 février 2006, alors que ce recours était encore en cours d'instruction devant le tribunal de céans, MM. Schneeberger (liste ASSUAS) et Stucki (liste CGAS) ont informé la Chancellerie qu'ils retiraient leurs candidatures aux postes de juges assesseurs.

13. Le même jour, ils ont informé le tribunal qu'ils retiraient leur recours.

14. La cause a donc été rayée du rôle par décision du 2 mars 2006 (cause A/31/2006).

15. Ce double retrait ayant abaissé à seize le nombre de candidats restants, le Conseil d'Etat a constaté l'élection tacite des seize juges assesseurs au TCAS, par arrêté du 15 mars 2006, publié le 17 du même mois.

16. Le 23 mars 2006, Monsieur Olivier Dobler a recouru contre cet arrêté auprès du Tribunal administratif et conclu à l'annulation de ladite élection. On peut comprendre de ses écritures les arguments suivants :

a. Dans la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (Cst./GE - E 2 00), le système de l'élection tacite n'était prévu que pour l'élection générale des magistrats du pouvoir judiciaire et pour les élections complémentaires. Or, l'élection litigieuse n'était ni l'une ni l'autre, de sorte qu'elle était inconstitutionnelle de ce point de vue.

b. Les retraits des candidatures de MM. Stucki et Jenkelmann étaient intervenus trop tardivement pour être valables, de sorte que le nombre de candidats restant n'était pas de seize mais de dix-huit. L'élection tacite ne pouvait être organisée que si le nombre de candidats en lice était identique au nombre de postes à pourvoir. L'élection attaquée était donc contraire à la loi.

c. Les juges assesseurs élus n'étaient pas identifiés comme étant représentants de l'un ou l'autre des partenaires sociaux visés par l'article 56 T de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05). Cette situation violait les droits électoraux des citoyens.

d. Enfin, la notion de partenaire social posait un problème sous l'angle du principe de l'égalité de traitement (art. 8 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 - Cst. féd. - RS 101) et d'accès égal à une fonction publique (art. 2, 19 et 25 du Pacte international sur les droits civils et politiques ; Pacte II - RS 0.103.2). En effet, en prévoyant que huit juges assesseurs représentent les employeurs et huit les assurés, l'article 56T LOJ permettait que seize juges employeurs soient élus, tous les employeurs étant également des assurés. La loi instaurait ainsi un quota rigide en faveur des employeurs qui entraînait une surreprésentation de cette catégorie de personnes, contraire à la Cst. féd., car les employés, handicapés et retraités étaient discriminés par rapport à ce groupe, minoritaire au sein de la population. Enfin, dès lors qu'il y avait moins de femmes que d'hommes employeurs, le nombre de huit représentants de la catégorie des employeurs entraînait une violation du principe d'égalité entre hommes et femmes.

17. Le 28 avril 2006, le Conseil d'Etat a conclu au rejet du recours.

Ses arguments seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

18. Les parties on répliqué et dupliqué les 22 juin et 28 juillet 2006, sans apporter d'éléments complémentaires à leurs premières écritures.

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

## EN DROIT

1. Selon l'article 180 alinéa 2 loi sur l'exercice des droits politiques du 15 octobre 1982 (LEDP - A 5 05), le recours au Tribunal administratif est ouvert contre les violations de la procédure des opérations électorales, indépendamment de l'existence d'une décision au sens de l'article 56 alinéa 2 LOJ.

L'arrêté déféré, en tant qu'il constate l'élection tacite des juges assesseurs du TCAS, entre dans la définition des opérations électorales et peut faire l'objet d'un contrôle (ATF 130 I 226 ; 130 I 106 ss, consid. 1.2 et 1.4.3 ; ATA/227/2005 du 19 avril 2005).

2. Le délai de recours est de six jours à compter de la publication dans la Feuille d'avis officielle (ci-après : FAO) (art. 63 al. 1 let. c de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

Mis à la poste le 23 mars 2006, soit dans le délai de six jours à compter de la publication, le 17 mars 2006, dans la FAO, le recours est également recevable de ce point de vue.

3. La qualité pour recourir de M. Dobler a déjà été admise dans le cadre de la procédure d'élection des juges assesseurs du TCAS (ATF 130 I 226 ; 130 I 106 ss, consid. 1.2 et 1.4.3 ; ATA/227/2005 du 19 avril 2005).

4. Partant, le recours est recevable.

5. On peut isoler trois griefs d'ordre procédural dans les arguments soulevés par le recourant.

6. Le premier a trait au principe même de l'élection tacite, qui ne serait pas applicable à l'élection litigieuse.

a. Selon l'article 50 alinéa 5 Cst./GE, lors des élections générales des magistrats du pouvoir judiciaire ou des tribunaux de prud'hommes, le Conseil d'Etat proclame tous les candidats élus sans scrutin si le nombre de candidats inscrits pour une juridiction ou dans une catégorie d'un groupe ne dépasse pas celui des sièges à pourvoir.

Une élection tacite est également possible selon l'article 50 alinéa 4 Cst./GE lors d'élections complémentaires des magistrats du pouvoir judiciaire. Le même système est prévu pour l'élection des magistrats à la Cour des comptes lorsque le nombre de sièges à pourvoir ne dépasse pas celui des candidats (art. 50 al. 6 Cst./GE).

L'élection générale est celle qui intervient au terme de chaque législature, soit tous les six ans, lorsque tous les magistrats du pouvoir judiciaire - excepté ceux des tribunaux des prud'hommes (art. 122 al. 3 LEDP) - sont élus ou réélus (art. 132 alinéas 1 et 2 Cst./GE).

L'élection complémentaire vise les cas où des postes devenus vacants en cours de législature sont repourvus (art. 116 al. 2 LEDP).

b. La Cst./GE ne prévoit pas d'autres cas où l'élection tacite est possible en matière d'élection au pouvoir judiciaire. En particulier, l'élection litigieuse, qui désigne les juges assesseurs d'un tribunal nouvellement constitué par la loi n'entre pas, à rigueur de texte, dans les hypothèses visées par la loi. Il n'en demeure pas moins que ce mode d'élection, bien que non expressément prévu par la loi, est admissible dans ce cas.

c. En effet, il n'est pas contestable qu'après leur première élection, les juges assesseurs du TCAS seront élus conformément aux règles applicables à l'élection générale des magistrats du pouvoir judiciaire, dès lors qu'aucun régime dérogatoire à ces règles n'a été prévu par la loi. Une élection tacite sera donc possible à partir de la prochaine législature. C'est uniquement au sujet de la première élection que la loi ne dit mot.

On ne voit pas pourquoi le législateur aurait exclu pour cette seule élection l'application de règles qui régiront toutes les législatures suivantes. On ne se trouve pas non plus dans l'hypothèse visée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 97 I 24, qui avait annulé l'élection par le Grand conseil de la première composition du tribunal administratif lors de sa création, au motif que la compétence en cette matière n'était pas dévolue à cette autorité dans la constitution, mais au Conseil général. On se trouve ici dans le cadre d'une élection tacite des magistrats du pouvoir judiciaire entérinée par le pouvoir exécutif. Ce mode d'élection a été prévu par le constituant lui-même, qui a délégué au Conseil d'Etat la compétence de constater cette élection, lorsque le nombre de candidats inscrits pour une juridiction ne dépasse pas celui des sièges à pourvoir (cf. également ATF 130 I 106, consid. 3.1). Il a par ailleurs été précisé à plusieurs reprises par la jurisprudence et la doctrine que l'élection tacite n'était en principe pas contraire au droit de vote des citoyens (ATF 112 Ia 233, JT 1988 I 285, A. AUER/G. MALINVERNI/ H.HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2006, Vol. I, p. 229, n° 674).

Il convient enfin de noter que le silence de la loi ne concerne pas seulement l'élection des juges assesseurs du TCAS mais également celle des juges professionnels et suppléants de cette juridiction, qui ont été élus de manière tacite par arrêté du Conseil d'Etat du 30 avril 2003, sans qu'aucun recours n'ait été interjeté contre cette élection.

d. Partant, ce grief doit être rejeté.

7. a. M. Dobler considère que les retraits des candidatures de MM. Schneeberger (liste ASSUAS) et Stucki (liste CGAS-UAPG) du 14 février 2006 ne pouvaient être admis, car ils sont intervenus plusieurs mois après l'écoulement du délai fixé par l'article 24 LEPD. Selon ce calcul, il restait donc dix-huit candidats et non seize au moment de l'élection, soit 2 candidats de plus que de postes à pourvoir. Une élection tacite ne pouvait avoir lieu dans ces conditions.

Il est à noter tout d'abord que le nombre de seize sièges à pourvoir n'est pas contesté par les parties. Il en va de même du nombre initial des candidats sur les listes déposées, qui était de dix-huit avant le retrait des deux candidatures susvisées. Le litige porte donc sur la validité et la portée de ces deux retraits.

b. Aux termes de l'article 24 alinéa 8 LEDP, "le candidat qui ne veut pas être maintenu sur une liste doit en informer, par écrit, le service des votations et élections, avant midi au plus tard, 2 jours après le dépôt des listes de candidats. Le mandataire est aussitôt avisé et peut présenter un remplaçant éventuel avant midi au plus tard, 3 jours après le dépôt des listes de candidats".

En l'espèce, le dépôt des listes est survenu en avril 2005 et les retrait litigieux en février 2006. Il n'est donc pas contestable que ces retraits ne sont pas intervenus dans le délai prévu par l'article 24 alinéa 8 LEDP, mais plusieurs mois après son échéance.

8. La question porte donc sur les conséquences qu'il convient d'attacher au non respect du délai prescrit par la LEDP.

a. Le Conseil d'Etat considère que ce délai doit s'appliquer rigoureusement lorsque la procédure d'élection se déroule normalement et sans interruption, un retrait de candidature ne pouvant plus être envisagé lors de l'envoi, voire de la création, du matériel électoral. Il estime que dans le cas d'espèce, où plus d'un an s'est écoulé entre le dépôt des listes et lesdits retraits, il convenait d'admettre ces derniers, dont l'acceptation n'entraînait au demeurant pas de conséquences fâcheuses pour la suite de l'élection.

b. Cette manière de voir doit être suivie. En effet, contrairement à d'autres informalités, la LEDP ne prévoit pas quelles conséquences il faut attacher à l'inobservation par les candidats des délais prescrits par l'article 24 alinéa 8 LEDP.

c. Cette loi comporte plusieurs délais imposés non pas aux citoyens, mais à l'autorité (comme par exemple la disposition prescrivant au Conseil d'Etat de fixer la date des opérations électorales cantonales et communales 14 semaines avant le dernier jour du scrutin (art. 19 al. 1 LEDP ; ATA/274/2004 consid. 9 du 30 mars 2004). La jurisprudence et la doctrine considèrent que ces délais doivent être observés strictement, de sorte que leur non respect entraîne en principe l'invalidation des actes pris en violation de ceux-ci (ATA précité). Il a été jugé en effet que la solution contraire créerait une insécurité chez les électeurs, qui grâce à ces délais, peuvent prévoir l'action de l'administration ; elle donnerait également à l'autorité des incertitudes sur la question de savoir quand et jusqu'où une abréviation des délais serait admissible au regard de la loi (ATA/274/2004 du 30 mars 2004, consid. 9).

Par ailleurs, plusieurs dispositions dans la même loi traitent des conséquences de l'inobservation de délais ou du non-respect d'autres règles de procédure imposées aux citoyens (et non à l'administration), comme par exemple les exigences de forme prévues pour le référendum et l'initiative aux articles 86, 87 et 89 LEDP dont le non respect entraîne derechef la nullité de ces actes selon l'article 90 LEDP.

Enfin, la loi énonce les conséquences attachées à l'inobservation de certains délais accordés aux candidats à une élection (indications faisant défaut sur une liste, pour la régularisation desquelles un délai de 24 heures est accordé, à défaut, la candidature est radiée, art. 24 al. 5 in fine LEDP ; une liste déposée hors délai entraîne son refus, art. 24 al. 1 LEDP a contrario, qui statue sur les conditions de recevabilité des listes), mais elle ne prévoit pas de conséquences à la violation du délai prescrit par l'article 24 alinéa 8 LEDP.

9. Le silence des travaux préparatoires sur cette question s'explique. En effet, en poursuivant le raisonnement du recourant, il faudrait considérer que le non respect par les candidats du délai pour retirer leur candidature entraînerait l'obligation pour ceux-ci de se présenter à l'élection contre leur gré. Cette situation n'a pu être voulue par le législateur pour plusieurs raisons.

a. D'une part, il serait contraire aux principes régissant l'activité étatique, et notamment à l'intérêt public et au principe de la proportionnalité, de maintenir à une élection ou à une fonction publique un candidat qui ne souhaite pas ou plus en assumer la charge. Ainsi, le droit de se retirer d'une élection si des circonstances de nature à influencer sa décision sont intervenues après le dépôt des listes trouve son pendant dans le droit de démissionner d'une fonction publique après son élection (art. 76 Cst./GE pour les députés du Grand Conseil ; art. 109 Cst./GE pour les conseillers d'Etat ; art. 149 Cst./GE et 114 LEDP pour les conseillers municipaux). Ce droit est implicitement consacré dans la Cst./GE et dans la loi et existe sans préjudice des responsabilités qui peuvent en découler le cas échéant. Il est encore accru lorsqu'à cause de circonstances particulières et imprévisibles - telles que celles qui ont entouré cette élection - plus d'un an s'est écoulé entre le dépôt des listes et les retraits effectués.

b. Enfin, ces retraits sont intervenus avant qu'une élection n'ait été organisée. Ils n'ont ainsi eu aucune conséquence dommageable pour l'Etat.

Cet argument sera donc rejeté.

10. Le dernier argument d'ordre procédural concerne l'obligation qu'aurait le Conseil d'Etat de dire auquel des deux partenaires sociaux sont rattachés les candidats à l'élection.

a. Selon l'article 117 alinéa 1 LEDP, les bulletins de vote doivent porter la liste détaillée et distincte des fonctions à pourvoir en conformité de la loi sur l'organisation judiciaire. Les candidats sont regroupés par taux d'activité et leur nom et profession sont indiqués en regard de chacune de ces fonctions.

La LEDP ne contient pas de disposition identique pour l'élection tacite, qui imposerait à l'autorité de publier ces indications. Cette situation résulte de la différence fondamentale qui existe entre les deux systèmes, à savoir que dans le

premier cas, c'est le corps électoral qui se prononce, alors que dans le second, le conseil général a confié cette tâche à l'exécutif (Art. 50 al. 5 Cst./GE).

b. Ainsi, si la mention de ces indications est indispensable dans le cas de l'élection populaire, elle n'est exigée ni par la constitution ni par la loi dans le cadre de l'élection tacite.

c. Il résulte enfin du dossier soumis au tribunal de céans que le Conseil d'Etat a bien vérifié, avant de procéder à l'élection tacite, à quels partenaires sociaux étaient rattachés les candidats.

d. Partant, ce grief ne peut qu'être rejeté.

11. a. Sur le fond, le recourant s'en prend à l'article 56T lettre c LOJ. Cet article est libellé ainsi :

> Le Tribunal cantonal des assurances sociales se compose de :
>
> a) 5 juges, dont un président et un vice-président ;
>
> b) 5 suppléants ;
>
> c) 16 juges assesseurs représentant paritairement les partenaires sociaux. Ceux-ci doivent bénéficier d'une formation spécifique sur les questions juridiques et d'assurances sociales dont les modalités sont fixées par le règlement.

b. Le recourant ne met pas en cause la nature paritaire de la composition du TCAS, mais il considère qu'il serait contraire à cette parité d'admettre des employeurs dans le groupe représentant les assurés sociaux, car une telle admission conduirait à une surreprésentation de ce groupe par rapport aux autres catégories de personnes (salariés, handicapés, personnes sans activité lucrative, femmes, etc.)

Ce n'est pas la première fois que le recourant conteste cette disposition. Il l'a fait à plusieurs reprises, lors des précédents recours qu'il a interjetés tant auprès du tribunal de céans que du Tribunal fédéral dans le cadre de l'élection des juges assesseurs du TCAS. A chaque fois, il met en lumière des aspects différents de la violation alléguée, mais son argumentation revient toujours à contester le poids prédominant qui serait donné au groupe des employeurs (sic) par rapport à celui des assurés.

c. Or, il a été clairement jugé que l'article 56T lettre c LOJ était conforme aux textes de rang supérieur, qu'il s'agisse du Pacte ONU II, de la CEDH, de la Cst. féd. ou encore de la LEDP (ATA/227/2005 du 19 avril 2005). Le tribunal de céans a aussi souligné à cette occasion que la formulation de cette disposition, dont le texte a été modifié en octobre 2004, était désormais suffisamment vague pour permettre à tout citoyen de se porter candidat.

Le Tribunal fédéral lui-même, statuant sur la validité de l'élection des juges assesseurs du TCAS par le Grand Conseil, a considéré que la constitution de ce tribunal était conforme à la loi (ATF 130 I 226, consid. 2.4). Il a exposé que ce tribunal constituait une juridiction entièrement nouvelle, composée de juges professionnels et de juges assesseurs, ces derniers devant représenter paritairement les partenaires sociaux. Il a examiné la fonction représentative des juges assesseurs en indiquant, tout d'abord, que cette fonction n'était pas un obstacle à leur qualité de magistrat (arrêt du Tribunal fédéral 1P. 487/2003 du 27 janvier 2004) et qu'il n'existait pas fondamentalement, entre eux et les juges professionnels, de différence de statut (s'agissant du mode d'élection de ces deux catégories de magistrats ; ibidem). Dans un autre arrêt, rendu sur un recours portant sur les qualifications de candidats au poste de juge assesseur de ce même tribunal, il a interprété la notion de formation imposée à ces derniers par l'article 56T lettre c LOJ en relevant qu'une vision large de cette notion s'imposait. Il a considéré enfin que les difficultés liées au facteur représentatif ne paraissaient pas insurmontables, puisqu'il suffisait de proposer à l'élection deux listes distinctes de candidats (ATF 130 I 106, consid. 3.2).

Dans aucun de ces arrêts, dont le moins qu'on puisse dire est qu'ils touchaient de près la fonction représentative des juges assesseurs et la composition paritaire du TCAS, le Tribunal fédéral n'a relevé les déséquilibres allégués par le recourant ni mis en doute la conformité à la loi de la fonction de juge assesseur au TCAS.

d. En conséquence, le tribunal ne peut que rejeter les arguments du recourant, qui ne sont que des variations des griefs qu'il a, à maintes reprises, déjà soulevés.

12. Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant qui succombe (art. 87 LPA).

**PAR CES MOTIFS**

**LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 23 mars 2006 par Monsieur Olivier Dobler contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 15 mars 2006 ;

**au fond :**

le rejette ;

met à la charge du recourant un émolument de CHF 1'000.- ;

communique le présent arrêt à Monsieur Olivier Dobler ainsi qu'au Conseil d'Etat et au service des votations et des élections.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

| la greffière-juriste adj. : | la vice-présidente : |
|---|---|
| M. Tonossi | L. Bovy |

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :