



ARRÊTÉ

relatif au recours de Monsieur A_____

31 octobre 2018

LE CONSEIL D'ÉTAT

Vu le recours n° 4975-2018 interjeté le 15 octobre 2018 auprès du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève par A_____ (ci-après : le recourant), domicilié _____ (GE),

contre

l'objet n° 3 de la votation fédérale du 25 novembre 2018, soit la modification, du 16 mars 2018, de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) (Base légale pour la surveillance des assurés) ;

considérant ce qui suit :

I. EN FAIT

1. Le 16 mars 2018, l'Assemblée fédérale a adopté la modification de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) (Base légale pour la surveillance des assurés). Cette dernière a été publiée dans la Feuille fédérale le 27 mars 2018 avec une échéance pour le délai référendaire au 5 juillet 2018 (FF 2018 1469).
2. Un référendum a été formé contre cette modification de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales. Le 16 juillet 2018, la Chancellerie fédérale a constaté son aboutissement (FF 2018 4651).
3. Par arrêté du 3 septembre 2018 (FF 2018 5335), le Conseil fédéral a décidé de soumettre les objets suivants à la votation populaire du 25 novembre 2018 :

- Initiative populaire du 23 mars 2016 « Pour la dignité des animaux de rente agricoles (Initiative pour les vaches à cornes) » (FF 2018 3617) ;
 - Initiative populaire du 12 août 2016 « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) » (FF 2018 3615) ;
 - Modification du 16 mars 2018 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) (Base légale pour la surveillance des assurés) (FF 2018 1469).
4. Par pli recommandé du 15 octobre 2018, A_____ a formé recours auprès du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève contre l'objet n° 3 de la votation fédérale prévue le 25 novembre 2018.
 5. Il indique que, à la suite de la lecture d'un article de la Tribune de Genève, du 12 octobre 2018, il aurait pris connaissance du communiqué du Conseil fédéral daté du 9 octobre 2018 et intitulé « Le Conseil fédéral recommande l'adoption de l'article relatif à la surveillance dans les assurances sociales », publié sur le site internet de la Confédération (<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-72437.html>). Il aurait consulté des fiches d'informations de l'office fédéral des assurances sociales figurant sur la page du communiqué de presse.
 6. Le requérant se plaint d'une violation de l'article 34, alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (Cst. féd. ; RS 101) dès lors que ni l'article de presse de la Tribune de Genève, ni le Conseil fédéral, ni la Chancellerie fédérale n'auraient informé les citoyens sur les possibilités d'exploitation de preuves obtenues illicitement. Or, en vertu de l'intérêt public à lutter contre la fraude, des preuves obtenues illicitement, par exemple en filmant à l'intérieur d'un appartement depuis un lieu public librement accessible, pourraient malgré tout servir dans le cadre d'une procédure. En outre, les citoyens ne seraient pas informés du fait qu'il importerait peu que le moyen d'enregistrement soit autorisé ou non car la jurisprudence retiendrait que sont exploitables toutes les preuves qui servent l'intérêt public à lutter contre la fraude.
 7. Le requérant cite encore d'autres exemples de moyens de preuves obtenus illicitement qui seraient malgré tout exploitables. Il reproche également une méconnaissance de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme, du 18 octobre 2016, dans la cause Vukota-Bojic contre Suisse.
 8. Il conclut principalement à l'annulation de la votation fédérale du 25 novembre 2018 concernant l'objet n° 3, subsidiairement à la constatation d'une violation de l'article 34 Cst. féd.
 9. Par pli recommandé du 16 octobre 2018, la section des recours au Conseil d'Etat a transmis le recours à la Chancellerie fédérale en l'invitant à lui faire parvenir ses observations sur le recours d'ici au 22 octobre 2018 à 9h00.
 10. Par courrier du 18 octobre 2018, la Chancellerie fédérale a indiqué ne pas souhaiter à ce stade formuler des observations, tout en se réservant cette possibilité, dans la mesure où elle devait y être appelée ultérieurement en cas d'un recours auprès du Tribunal fédéral.
 11. Le même jour, la section des recours au Conseil d'Etat a transmis la réponse de la Chancellerie fédérale au requérant en lui impartissant un délai au mardi 23 octobre 2018 à 17h00 pour lui faire parvenir une éventuelle duplique.

12. Le 22 octobre 2018, le recourant a, par messagerie électronique, fait part d'un certain nombre de considérations sur la position de la Chancellerie fédérale de ne pas formuler d'observations à ce stade.
13. Le 25 octobre 2018, le recourant a sollicité un délai pour compléter ses écritures au vu de la mise en ligne la veille par le Conseil fédéral d'une vidéo explicative sur youtube relative à l'objet n° 3 de la votation du 25 novembre 2018.
14. Dans le délai imparti par la section des recours au Conseil d'Etat, il a expliqué notamment que les propos tenus dans cette vidéo étaient tendancieux et inexacts, par exemple par le fait que le Conseil fédéral n'indiquait pas qu'il existait d'autres bases légales pour la surveillance par la police ou encore par ce qu'il n'était pas clairement indiqué dans le texte figurant dans la vidéo que la surveillance était interdite à l'intérieur d'un appartement depuis un lieu librement accessible au public. Le recourant reproche également au Conseil fédéral de ne pas expliquer que des preuves obtenues illicitement pourraient être exploitables. Il énonce enfin que l'argumentation est contraire à la vérité, en ce qu'elle énonce que les moyens à disposition des détectives seront clairement limités et que la loi encadre strictement les observations.
15. La Chancellerie fédérale n'a pas souhaité s'exprimer sur ces observations complémentaires.
16. La cause a ainsi été gardée à juger.

II. EN DROIT

1. L'organisation des votations et élections fédérales est principalement régie par la loi fédérale sur les droits politiques, du 17 décembre 1976 (LDP ; RS 161.1) et l'ordonnance sur les droits politiques, du 24 mai 1978 (ODP ; RS 161.11). Le droit cantonal – et notamment la loi genevoise sur l'exercice des droits politiques, du 15 octobre 1982 (LEDP/GE ; RS/GE A 5 05) – s'applique dans la mesure où la LDP et les prescriptions d'exécution de la Confédération ne contiennent pas d'autres dispositions (art. 83 LDP).
2. Le titre 6 de la loi fédérale (art. 77 à 82 LDP) traite des voies de recours. L'article 77, alinéa 1, lettre b LDP prévoit notamment un recours au gouvernement cantonal contre « *des irrégularités affectant les votations (recours touchant les votations)* ».
3. La procédure de recours devant le Conseil d'Etat en matière de votations et élections fédérales est régie par la LDP, ainsi que par les articles 34 à 38 et 61, alinéa 2 de la loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (PA ; RS 172.021) (art. 79, al. 3 LPD). Pour le surplus, la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA/GE ; RS/GE E 5 10) est applicable.
4. Le recours pour violation du droit de vote est ouvert à tout électeur de la collectivité concernée, de même qu'aux partis politiques et aux autres organisations politiques qui y exercent leurs activités (ATF 121 I 252 cons. 1b et la jurisprudence citée).
5. Selon l'article 77, alinéa 2 LDP, le recours doit être déposé par lettre recommandée dans les trois jours qui suivent la découverte du motif du recours, mais au plus tard le troisième jour après la publication des résultats dans la feuille officielle du canton.

6. Un délai raccourci pour les recours contre les actes en matière de votations et élections se justifie par le fait que ces questions doivent être réglées rapidement pour assurer la sécurité juridique et le respect des décisions du corps électoral (arrêt du Tribunal fédéral du 19 mai 2008 1C_35/2008). S'agissant des irrégularités dans les actes préparatoires d'une votation, elles doivent être attaquées immédiatement, afin qu'elles puissent être éliminées avant la votation (Bénédicte Tornay, La démocratie directe saisie par le juge – L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse, Schulthess 2008, p. 28).
7. Selon le Tribunal fédéral, en matière d'élections et de votations, le citoyen qui veut s'en prendre aux dispositions de l'autorité fixant les modalités du vote doit en principe former son recours immédiatement, sans attendre le résultat du scrutin ; s'il omet de le faire alors qu'il en a la possibilité, il s'expose aux risques de la péremption de son droit de recourir. Dans de tels cas, le délai commence à courir au moment où l'intéressé a connaissance de l'acte préparatoire qu'il critique. Il serait contraire au principe de la bonne foi et à celui de l'économie de procédure démocratique que le recourant attende le résultat du vote pour attaquer les actes antérieurs dont il pourrait, encore avant le vote, faire corriger l'irrégularité alléguée. Si le délai de recours contre l'acte préparatoire n'est pas encore échu au moment du vote, le citoyen peut encore déposer son recours après le vote, mais avant l'expiration du délai (ATF 118 Ia 415 traduit in JdT 1994 I 20).
8. En l'espèce, le recours concerne l'objet n° 3 de la votation fédérale du 25 novembre 2018, soit la modification, du 16 mars 2018, de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) (Base légale pour la surveillance des assurés). Il s'agit bien d'une votation fédérale, de sorte que le Conseil d'Etat est l'autorité compétente pour traiter du présent recours.
9. Le recourant est domicilié dans le canton de Genève et titulaire des droits politique, de sorte qu'il dispose de la qualité pour recourir.
10. Le recourant indique que, le 12 octobre 2018, un article de la Tribune de Genève l'aurait informé du fait que le Conseil fédéral se serait exprimé par un graphique le mardi 9 octobre 2018. Par « souci de voter en connaissance de cause », le recourant aurait alors tenté de retrouver ce graphique et serait tombé sur le communiqué de presse du Conseil fédéral du 9 octobre 2018 intitulé « Le Conseil fédéral recommande l'adoption de l'article relatif à la surveillance dans les assurances sociales », publié sur le site internet de la Confédération (<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-72437.html>), avec les 5 fiches d'informations de l'office fédéral des assurances sociales figurant sur la page du communiqué de presse.
11. Il devrait, selon lui, être retenu que c'est à partir de la prise de connaissance de l'article précité, soit en date du 12 octobre 2018, que le délai de recours aurait commencé à courir. Posté le 15 octobre 2018, le recours aurait été déposé à temps.
12. Le recours a été adressé au Conseil d'Etat par pli recommandé le 15 octobre 2018.
13. Le Conseil d'Etat n'a pas d'éléments lui permettant de vérifier la véracité des allégations du recourant et devra dès lors présumer de sa bonne foi. Il relève à cet égard que le recours a bien été déposé dans les 3 jours suivant la publication de l'article dans la Tribune de Genève.
14. Cet élément rend plausibles les affirmations du recourant et conduira ainsi le Conseil d'Etat à admettre que le délai de 3 jours a été respecté.

15. Par le biais du recours touchant les votations (art. 77, al. 1, let. b LDP), le recourant peut faire valoir toutes les irrégularités affectant les votations fédérales qu'elles soient liées à l'appréciation des faits ou à l'application de la loi. Il peut ainsi dénoncer des erreurs de calcul, des fautes de procédure, une intervention illicite des autorités dans la campagne référendaire, le non-respect de la liberté de vote et tout ce qui est de nature à frapper le scrutin d'irrégularité (Bénédicte Tornay, op.cit., p. 40 et 41).
16. De manière générale, la liberté de vote, droit fondamental consacré par l'article 34, alinéa 2 Cst. féd. garantit aux citoyens qu'aucun résultat de vote ne soit reconnu s'il ne traduit pas de façon fidèle et sûre l'expression de leur libre volonté. Chaque citoyen doit pouvoir se déterminer en élaborant son opinion de la façon la plus libre et complète possible et exprimer son choix en conséquence. La liberté de vote garantit la sincérité du débat nécessaire au processus démocratique et à la légitimité des décisions prises en démocratie directe (ATF 138 I 61 cons. 6.2 traduit in JdT 2012 I 171 ; ATF 135 I 292 cons. 2 traduit in JdT 2010 I 273 et la jurisprudence citée).
17. Le résultat d'une élection ou d'une votation est faussé lorsque les autorités influencent de manière inadmissible les citoyens ; une influence de ce genre peut notamment s'exercer dans les explications officielles adressées aux citoyens (ATF 138 I 61 cons. 6.2 traduit in JdT 2012 I 171 et la jurisprudence citée).
18. L'Etat a l'obligation positive de renseigner ses citoyens sur les modalités, l'objet et les enjeux du scrutin à venir, mais il est également tenu de s'abstenir de toute autre intervention susceptible d'exercer une influence illicite sur le résultat du scrutin. L'autorité doit se borner à une information objective et s'abstenir de toute assertion fallacieuse sur le but et la portée du projet, mais elle n'est pas tenue à la neutralité (Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. 1, 3^{ème} éd., Berne 2013, p. 307 à 313).
19. Dans le cadre de recours en matière de droits politiques fédéraux, le Tribunal fédéral a rappelé que la compétence des gouvernements cantonaux comme première instance de recours était adéquate pour des contestations de portée communale ou régionale. Celles-ci peuvent en effet être liquidées rapidement par le gouvernement cantonal chargé de l'organisation de la votation sur son territoire, à qui les conditions locales sont familières. Le gouvernement cantonal peut, le cas échéant, remédier à d'éventuelles irrégularités – en usant aussi de ses pouvoirs d'autorité de surveillance – avant la votation, de sorte que celle-ci puisse encore se dérouler valablement dans le canton concerné (ATF 137 II 177 cons. 1.2.2 traduit in JdT 2011 I 129).
20. Il a confirmé à cette occasion que le recours direct au Tribunal fédéral n'était cependant pas ouvert même si les conclusions présentées ou les faits critiqués outrepassent la compétence d'un gouvernement cantonal. Tel est notamment le cas, selon le Tribunal fédéral, « *lorsque le report ou l'annulation d'une votation fédérale sont demandés, ce qui ne se situe manifestement pas dans la compétence d'un gouvernement cantonal. Il en est de même lorsque les interventions dans la campagne préalable à la votation sont contestées et qu'elles dépassent le cadre d'un canton, parce qu'elles émanent d'autorités fédérales, de partis nationaux ou encore d'autres personnes ou associations actives au niveau national, ou sont diffusés par les médias nationaux* » (ATF 137 II 177 cons. 1.2.3 traduit in JdT 2011 I 129).
21. Selon le Tribunal fédéral, conformément au texte clair de l'article 77 LDP, le recours doit être formé auprès du gouvernement cantonal quand bien même celui-ci n'est pas compétent pour liquider la contestation qui lui est soumise. Le gouvernement cantonal doit prendre une décision formelle d'irrecevabilité sur lesdites questions (ATF 137 II 177

cons. 1.2.3 traduit in JdT 2011 I 129 ; Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, op.cit., p. 243-244).

22. En l'espèce, le recourant conclut principalement à ce que le Conseil d'Etat annule la votation du 25 novembre 2018 concernant l'objet n°3.
23. Sur ce point, l'objet du recours dépasse le cadre d'une contestation de portée communale ou régionale, de sorte que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour en connaître.
24. Le recourant conclut également, à titre subsidiaire, à ce que le Conseil d'Etat constate une violation de l'article 34, alinéa 2 Cst. féd.
25. Cette conclusion reviendrait, pour le Conseil d'Etat à examiner les actes ou omissions d'autorités fédérales, plus particulièrement le contenu du communiqué de presse du Conseil fédéral, les fiches d'informations de l'office fédéral des assurances sociales et la vidéo du Conseil fédéral sur cet objet.
26. Un tel examen dépasserait manifestement la compétence du Conseil d'Etat, de sorte que la conclusion subsidiaire doit également être déclarée irrecevable.
27. Au vu de ce qui précède, en application de la jurisprudence susmentionnée, le Conseil d'Etat doit ainsi rendre une décision d'irrecevabilité.
28. Pour ces raisons, le recours interjeté le 15 octobre 2018 sera dès lors déclaré irrecevable.
29. Il sera pour le surplus statué sans frais, conformément à l'article 86, alinéa 1 LDP.

Par ces motifs,

ARRÊTE :

1. Le recours n° 4975-2018 interjeté par A_____ est irrecevable.
2. Il est statué sans frais.

Conformément aux articles 42, 48, alinéa 1, 82, lettre c, 88, alinéa 1, lettre b, 100, alinéa 3, lettre b de la loi sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110), et 80, alinéa 1 de la loi fédérale sur les droits politiques, du 17 décembre 1976 (LDP ; RS 161.1), le présent arrêté est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral **dans les 5 jours** qui suivent sa notification, par la voie du recours en matière de droit public. L'acte de recours doit être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14). Il peut également être adressé par voie électronique aux conditions de l'article 42, alinéa 4 LTF et du règlement du Tribunal fédéral sur la communication électronique avec les parties et les autorités précédentes, du 5 décembre 2006 (RCETF ; RS 173.110.29). Il doit contenir les conclusions, les motifs et moyens de preuve, et porter la signature du recourant ou de son mandataire. Les pièces dont dispose le recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi.

Certifié conforme,

[Signature de la chancelière d'Etat]