RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

ARRÊTÉ

relatif au recours de A_____

16 juin 2021

LE CONSEIL D'ÉTAT

Vu le recours n°2961-2021 daté du 31 mai 2021 interjeté 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 13 juin 2021, soit la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19);

considérant ce qui suit :

I. EN FAIT

1. Le 3 février 2021, le Conseil fédéral a décidé de soumettre 5 objets à la votation populaire, dont la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19) (RO 2020 3835), sous réserve de l'aboutissement du référendum lancé à son encontre.
2. Le 3 mars 2021, le Conseil fédéral a constaté que le référendum avait abouti et qu'il ferait donc bien l'objet de la votation du 13 juin 2021.

3. Selon la brochure explicative fédérale à l'appui de la votation du 13 juin 2021 (p. 8), la loi COVID-19 donne au Conseil fédéral des compétences supplémentaires pour lutter contre la pandémie et, surtout, pour en atténuer les conséquences sur la société et l'économie. Elle contient des mesures que le Conseil fédéral et le Parlement jugent encore nécessaires pour surmonter la pandémie et la crise économique. Elle permet en particulier de soutenir les personnes et les entreprises au moyen de différentes aides financières, essentiellement par les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, les allocations pour perte de gain, des aides pour les cas de rigueur et des mesures de soutien à la culture et au sport. La validité de la loi est limitée dans le temps. Une demande de référendum ayant abouti, la loi est soumise au vote.

4. L'envoi du matériel de vote, comprenant notamment la brochure explicative fédérale, a eu lieu du 17 au 22 mai 2021.

5. Par pli recommandé daté du 31 mai 2021 mais posté le 3 juin 2021 et reçu le 4, A_____ (ci-après : le recourant) a formé recours auprès du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève contre l'objet n° 3 de la votation fédérale du 13 juin 2021, soit la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19).

   A la lecture de la brochure explicative fédérale, le recourant expose que, en violation de l'article 34, alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (Cst. féd. ; RS 101), la loi COVID-19 y est présentée dans sa version du 25 septembre 2020 et que les amendements adoptés par la suite en décembre 2020 et mars 2021 n'ont pas été intégrés à cette dernière. Par ailleurs, selon lui, ces modifications ne sont abordées « qu'indirectement et de manière quasiment sibylline » au chapitre « Extension des mesures » figurant à la page 41 de la brochure.

   Le recourant considère dès lors que les informations fournies par la brochure ne permettent pas aux électeurs et électrices de faire un choix éclairé et qu'elles constituent dès lors une violation de la liberté de vote garantie par l'article 34, alinéa 2 Cst. féd.

   En effet, cette garantie protège la libre formation de l'opinion des citoyens et l'expression sûre de leur volonté, le principe d'objectivité commandant également que les informations fournies par l'autorité soient complètes. Un devoir d'exactitude en découle. L'absence d'informations relatives aux amendements précités constituerait ainsi, selon le recourant, une irrégularité propre à influence le résultat du scrutin.

   Le recourant conclut dès lors à l'annulation de la votation fédérale du 13 juin 2021 en cas d'acceptation de la Loi COVID-19.

6. Par pli recommandé du 7 juin 2021, la section des recours au Conseil d'Etat a transmis le recours formé par A_____ à la Chancellerie fédérale en invitant cette dernière à lui faire parvenir ses observations sur le recours d'ici le jeudi 10 juin 2021, à 10h00.

7. Par courrier du 7 juin 2021, anticipé par courrier électronique, la section des recours au Conseil d'Etat a accusé réception du recours daté du 31 mai 2021 et a communiqué au recourant une copie de courrier adressé le même jour à la Chancellerie fédérale.

   En outre, le recours ayant été posté le 3 juin 2021 et le recourant indiquant dans son mémoire avoir reçu la brochure explicative le 17 mai 2021, la section des recours a imparti à ce dernier un délai au 10 juin 2021, à 10h00, pour lui communiquer toute explication utile quant à la recevabilité du recours, notamment au regard du délai de de 3 jours fixé par l'article 77, alinéa 2 de la loi fédérale sur les droits politiques, du 17 décembre 1976 (LPD ; RS 161.1).

8. Le 7 juin 2021, la Chancellerie fédérale a indiqué par courrier électronique adressé à la section des recours au Conseil d'Etat qu'elle ne souhaitait pas faire d'observations à ce stade mais qu'elle se réservait cette possibilité, dans la mesure où elle devrait y être appelée ultérieurement dans l'éventualité d'un recours auprès du Tribunal fédéral.

9. Par courrier du 8 juin 2021 - anticipé par courrier électronique du même jour -, A_____ s'est déterminé sur la question de la recevabilité de son recours, confirmant avoir reçu la brochure de vote le 17 mai 2021 mais indiquant n'en avoir pris connaissance que le 31 mai 2021, à la suite de quoi il avait rédigé son recours adressé à la section des recours du Conseil d'Etat. L'ayant posté le 3 juin 2021, il estime qu'il est recevable, ce d'autant que, selon lui, le délai du dépôt du recours est compris entre le premier jour après la découverte du motif de recours et le troisième jour après la publication des résultats dans la feuille fédérale.

10. Le 13 juin 2021, la loi COVID-19 a été acceptée par le corps électoral et, plus particulièrement dans le canton de Genève, par 69.33% des voix, ce que le Conseil d'Etat a constaté par arrêté de ce jour.

II. EN DROIT

1. L'organisation des votations et élections fédérales est principalement régie par la LDP ainsi que par 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). 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, consid. 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. Le délai de 3 jours prévu par l'article 77, alinéa 2 LDP vaut également pour le recours dirigé contre le résultat d'un scrutin dans toute la Suisse adressé à un gouvernement cantonal (ATF 136 II 132 = JdT 2010 I 468, consid. 2.5.3).

7. 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).

8. 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 ; également dans ACST/3/2016 du 24 février 2016, consid. 8b).

9. Toutefois, il convient de rappeler que la chambre constitutionnelle de la Cour de justice a également admis que le moment de la connaissance pouvait être ultérieur à la réception de la brochure, par exemple si les problèmes soulevés ne pouvaient se constater d'emblée en parcourant ladite brochure pour une personne qui n'était pas censée avoir suivi les travaux législatifs de l'objet soumis en votation (ACST/5/2015 du 4 mars 2015, consid. 3).

10. En tout état, il ressort de la jurisprudence genevoise que le délai court dès le lendemain du jour où, en faisant montre à cet égard de la diligence commandée par les circonstances, le recourant a pris connaissance de l'irrégularité entachant, selon lui, les opérations électorales (ACST/39/2019 du 27 novembre 2019, consid. 3a).

11. Dans un arrêt daté du 3 juin 2016, la chambre constitutionnelle a jugé qu'il était fort douteux que les recourants dans leur ensemble n'aient eu connaissance du contenu de la brochure que quatre jours après la fin de la distribution du matériel de vote, de surcroît après le week-end de Pentecôte, ce d'autant qu'ils n'avaient allégué aucun empêchement. Il a toutefois laissé la question ouverte de savoir si le délai de recours avait été respecté, et ce dès lors que le recours pouvait être rejeté au fond dans la mesure de sa recevabilité (ACST/8/2016 du 3 juin 2016, consid. 6).

12. Le gouvernement cantonal tranche dans les dix jours qui suivent le dépôt du recours (art. 79, al. 1 LDP).

13. En l'espèce, le recours concerne l'objet n° 3 de la votation fédérale du 13 juin 2021, soit la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19). Il s'agit donc bien d'une votation fédérale, de sorte que le Conseil d'Etat est l'autorité compétente pour traiter du présent recours.

14. En outre, le recourant dispose de la qualité pour recourir, et ce dès lors qu'il est domicilié dans le canton de Genève et titulaire des droits politiques.

15. Les griefs du recourant portant sur la brochure explicative du Conseil fédéral, le délai de trois jours s'applique à compter du moment où il a reçu ladite brochure, soit en tout cas dès le moment où il a pris connaissance des irrégularités dont il entend se prévaloir.

16. Dans le cas présent, A_____ indique dans son recours et ses observations complémentaires avoir reçu, le lundi 17 mai 2021, le matériel de vote dont la brochure explicative du Conseil fédéral fait partie mais n'en avoir pris connaissance que le 31 mai 2021.

17. Le Conseil d'Etat n'a pas d'éléments lui permettant de vérifier la véracité des allégations du recourant. En effet, au vu de l'état de fait, aucun élément ne permet de confirmer que le recourant a effectivement pris connaissance des irrégularités le 31 mai 2021, soit 14 jours après la réception du matériel de vote. En outre, le recourant n'explique pas pour quelles raisons il aurait attendu deux semaines avant de prendre connaissance du matériel de vote.

18. Cela étant, le Conseil d'Etat relève que la distribution du matériel de vote a eu lieu dans le canton de Genève du 17 au 22 mai 2021. Or, c'est généralement à partir de ce moment que les membres du corps électoral prennent connaissance du contenu de la brochure de votation.

19. A cela, il convient d'ajouter que la chambre constitutionnelle a jugé fort douteux que des recourants n'aient pris connaissance de la brochure explicative que 4 jours après la fin de la distribution du matériel de vote, de surcroît après le week-end de Pentecôte, ce d'autant qu'ils n'avaient allégué aucun empêchement (ACST/8/2016 du 3 juin 2016, consid. 6).

20. En outre, conformément à l'article 11, alinéa 3 LDP, la Chancellerie fédérale publie, sur support électronique et au plus tard six semaines avant le jour de la votation, les textes soumis à la votation et les explications qui les accompagnent. La brochure explicative était donc consultable en ligne au plus tard dès le 3 mai 2021 sur le site Internet de la Chancellerie fédérale.

21. La question se pose ainsi de savoir si le recourant n'avait pas déjà eu connaissance avant le 31 août 2021 de la brochure explicative fédérale, auquel cas le recours pourrait être considéré comme tardif.

22. Dans le cas présent, la question peut toutefois demeurer ouverte dès lors que le recours sera déclaré irrecevable pour les raisons exposées ci-dessous.

23. Conformément à son recours daté du 31 mai 2021, le recourant considère que la liberté de vote garantie à l'article 34, alinéa 2 Cst. féd. aurait été violée.

24. 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, consid. 6.2, traduit in JdT 2012 I 171 ; ATF 135 I 292, consid. 2, traduit in JdT 2010 I 273 et la jurisprudence citée).

25. 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, consid. 6.2 traduit in JdT 2012 I 171 et la jurisprudence citée).

26. 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, 3ème éd., Berne 2013, p. 307 à 313).

27. S'agissant des explications données par les autorités, le Tribunal fédéral a indiqué que, selon la jurisprudence, la liberté de vote admet les explications ou messages officiels relatifs à une votation, où l'autorité explique l'objet du scrutin et recommande son acceptation ou son rejet. L'autorité n'est pas tenue à un devoir de neutralité et elle peut donc formuler une recommandation de vote, mais elle est tenue à un devoir d'objectivité. Elle viole son devoir d'information objective lorsqu'elle informe de manière erronée sur le but et la portée du projet. Les explications de vote satisfont à l'exigence d'objectivité lorsqu'elles sont équilibrées et répondent à des motifs importants, qu'elles fournissent une image complète du projet avec ses avantages et ses inconvénients, et qu'elles mettent les électeurs en mesure d'acquérir une opinion ; au-delà d'une certaine exagération, elles doivent n'être pas contraires à la vérité ni tendancieuses, ni simplement inexactes ou incomplètes. L'autorité n'est pas tenue de discuter chaque détail du projet ni d'évoquer chaque objection qui pourrait être soulevée à son encontre, mais il lui est interdit de passer sous silence des éléments importants pour la décision du

citoyen ou de reproduire de manière inexacte les arguments des adversaires du référendum ou de l'initiative (ATF 135 I 292 c. 4.2, JdT 2010 I 273 ; ATF 130 I 290 c. 3.2, JdT 2006 I 384 ; ATF 129 I 232 c. 4.2, JdT 2004 I 588 ; arrêts 1C_412/2007 du 18 juillet 2008, c. 5.1, ZBl 111/2010 p. 507 ; 1P.280/1999 du 7 décembre 1999, c. 2a, Pra 2000 n°23 ; 1P.63/1997 du 18 juin 1998, c. 4, ZBl 99/1998 p. 89, tous avec réf.)

Ces principes sont de nature constitutionnelle (art. 34 al. 2 Cst. Féd.). Ils valent pour tous les messages relatifs aux votations, quelle que soit la collectivité concernée. Ils sont donc également déterminants pour les explications du Conseil fédéral avant une votation fédérale (brochure de vote ; cf. Müller/Schefer, loc. cit., pp. 612 et 633). Ils complètent les dispositions de la loi fédérale sur les droits politiques. Selon l'article 11, alinéa LDP, le texte soumis à votation est accompagné des explications courtes et objectives du Conseil fédéral, lesquelles tiennent également compte de l'avis de minorités importantes ; le Conseil fédéral prend en considération les arguments du comité d'initiative ou de référendum. En outre, le Conseil fédéral informe de façon générale les électeurs selon les principes de l'article 10a LDP. Ces dispositions législatives doivent être interprétées et mises en œuvre conformément aux principes constitutionnels (ATF 138 I 61, consid. 6.2 traduit in JdT 2012 I 171).

28. Cela étant, le Tribunal fédéral a estimé, en relation avec l'article 34, alinéa 2 Cst. féd., que la brochure de vote du Conseil fédéral et les autres explications préalables à la votation de cette même autorité constituent des actes du gouvernement qui, en vertu de l'article 189, alinéa 4 Cst. féd., ne sont pas susceptible de recours au Tribunal fédéral (ATF 137 II 177, consid. 1.2 traduit in JdT 2011 I 129 ; ATF 138 I 61, consid. 7 traduit in JdT 2012 I 171).

29. Le Tribunal fédéral a néanmoins précisé que, nonobstant cette immunité procédurale, l'information préalable à une votation populaire peut en général être l'objet d'une procédure. Dans les circonstances de chaque cas, c'est la liberté de vote qui est finalement en cause. Sous ce point de vue, c'est l'état de l'information globale où se trouvent les électeurs avant un vote qui est important (ATF 138 I 61, consid. 7.4 traduit in JdT 2012 I 171).

30. En l'état, cette question n'a pas besoin d'être examinée plus avant. En effet, le recours daté du 31 mai 2021 devra être déclaré irrecevable car outrepassant la compétence du Conseil d'Etat.

31. En effet, 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, consid. 1.2.2 traduit in JdT 2011 I 129).

32. 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, consid. 1.2.3 traduit in JdT 2011 I 129).

33. 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, consid. 1.2.3 traduit in JdT 2011 I 129 ; Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. 1, 3ème éd., Berne 2013, p. 243-244).

34. En l'espèce, le recourant conclut à ce que le canton annule la votation fédérale du 13 juin 2021 en cas d'acceptation de la Loi COVID-19, et ce compte tenu des informations contenues dans la brochure explicative.

35. Il s'ensuit que 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.

36. Au vu de ce qui précède, en application de la jurisprudence susmentionnée, le Conseil d'Etat doit ainsi rendre une décision d'irrecevabilité.

37. Pour ces raisons, le recours daté du 31 mai 2021 sera dès lors déclaré irrecevable.

38. Il sera pour le surplus statué sans frais, conformément à l'article 86, alinéa 1 LDP.

Par ces motifs,

ARRÊTE :

1. Le recours n° 2961-2021 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 20 février 2017 (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 disposent le recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi.

Certifié conforme,

La chancelière d'Etat :

[Signature de la chancelière d'Etat]