



ARRÊTÉ

relatif au recours de A_____, B_____ et C_____

14 août 2024

LE CONSEIL D'ÉTAT

Vu le recours n° 3409-2024 interjeté le 9 août 2024 par A_____, ayant leur siège à _____ Berne, B_____, domiciliée à _____ Genève, et C_____, domiciliée à _____ Le Grand-Saconnex, comparant tous par Maîtres D_____ et E_____ avec élection de domicile en l'Etude _____, _____ Genève 12, contre l'objet n° 3 « Modification de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (AVS 21) » et l'objet n° 2 « Financement additionnel de l'AVS par le biais d'un relèvement de la TVA » de la votation populaire du 25 septembre 2022 ;

Considérant ce qui suit :

I. EN FAIT

1. Par communiqué du 25 mai 2022, la Chancellerie fédérale a annoncé que, au cours de sa séance du même jour, le Conseil fédéral a décidé de soumettre quatre objets à la votation populaire, dont : Objet n°2 : Arrêté fédéral du 17 décembre 2021 sur le financement additionnel de l'AVS par le biais d'un relèvement de la TVA (FF 2021 2991) et Objet n°3 : Modification du 17 décembre 2021 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS) (AVS 21) (FF 2021 2995).
2. Dans la brochure explicative du Conseil fédéral, les objets n°2 et 3 étaient présentés comme liés. Et, s'appuyant notamment sur des calculs effectués par l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : OFAS), le Conseil fédéral et le Parlement recommandaient de voter deux fois oui à ces objets.

3. Les éléments de l'OFAS – seul en possession des données pour effectuer des projections les plus précises possibles – ont été relayés par les médias et des partis politiques notamment.
4. Le 25 septembre 2022, le peuple a accepté les objets n° 2 et 3, le premier à 55,1% et le second à 50,5%. Le Conseil fédéral a validé les résultats par arrêté du 20 février 2023 (FF 2023 486).
5. Par communiqué de presse du 6 août 2024, l'OFAS a informé avoir constaté, lors d'un contrôle des perspectives financières de l'AVS, que la projection des dépenses à long terme de l'AVS semblait anormalement élevée. Les causes de cette anomalie étaient deux formules erronées dans un programme de calcul.
6. Par pli postal daté du 9 août 2024 et reçu le 12 suivant, A_____, B_____ et C_____ (ci-après : les recourants) ont saisi le Conseil d'Etat de la République et canton de Genève d'un recours portant sur les objets n° 2 et 3 de la votation populaire fédérale du 25 septembre 2022.

Dans leur acte, les recourants concluent, sous suite de frais et dépens, principalement, à l'annulation de la votation du 25 septembre 2022 sur l'objet n°3 et à enjoindre le Conseil fédéral de révoquer son arrêté du 20 février 2023 concernant cet objet ; subsidiairement, également à l'annulation de la votation du 25 septembre 2022 sur les objets n°2 et 3 et à enjoindre le Conseil fédéral de révoquer son arrêté du 20 février 2023 concernant cet objet ; plus subsidiairement encore, au constat de la violation des droits politiques des recourants sur ces deux objets.

S'agissant de la recevabilité du recours, les recourants n'avaient eu connaissance des irrégularités invoquées qu'avec le communiqué de presse de l'OFAS du 6 août 2024. Par ailleurs, B_____ et C_____, de nationalité suisse, étaient au bénéfice des droits politiques dans le canton de Genève et sur le plan fédéral. Et A_____, parti politique inscrit au registre fédéral, avaient soutenu le référendum contre la modification objet n° 3 de la votation fédérale du 25 septembre 2022 et recommandé de voter non aux objets n° 2 et 3 de cette même votation.

Sur le fond, les recourants invoquent que l'état d'information général avant le scrutin querellé ne permettait pas au corps électoral de librement former sa volonté au sujet des deux objets susmentionnés, les informations étant lacunaires et erronées. La gravité de l'irrégularité ainsi que l'influence significative sur les résultats et l'absence d'atteinte à la sécurité du droit commandaient l'annulation du scrutin considéré, à tout le moins pour son objet n° 3, et voire pour son objet n° 2 qui était lié.

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).
2. Le droit cantonal, et notamment la loi genevoise sur l'exercice des droits politiques, du 15 octobre 1982 (LEDP – 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).
3. 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 la préparation et l'exécution des élections au Conseil national (recours touchant les votations).

4. 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 genevoise sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA – RS/GE E 5 10) est applicable.
5. La compétence des autorités est déterminée par la loi et ne peut être créée par accord entre les parties (art. 11, al. 1 LPA). Si une autorité décline sa compétence, elle transmet d'office l'affaire à l'autorité compétente et en avise les parties (art. 11, al. 3 LPA).
6. Ont qualité de partie les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision (art. 7 LPA).
7. 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).
8. 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.
9. La brièveté des délais et la nécessité de leur stricte application, en matière de droits politiques, se justifient par des motifs d'égalité de traitement, d'intérêt public, de sécurité du droit, mais également car cela permet que les irrégularités puissent être si possible corrigées avant la votation en cause (arrêt du Tribunal fédéral 1C 365/2019 du 5 novembre 2019, consid. 2.2 et les références citées).
10. 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).
11. Selon la jurisprudence fédérale et cantonale, lorsque le recourant attaque un acte de préparation d'une votation ou d'une élection populaire, le délai court dès la publication officielle des actes en cause, afin que les irrégularités éventuellement constatées puissent être corrigées avant la votation (ATF 99 Ia 177, consid. 1). En revanche, les interventions de privés ne peuvent faire directement l'objet d'un recours pour violation des droits politiques ; le recourant peut attendre la publication des résultats du scrutin pour contester les irrégularités dénoncées (Arrêt du Tribunal fédéral 1C_266/2023 du 4 juillet 2024, consid. 6.4 et les références citées).
12. La LDP ne prévoit pas de voie de droit permettant de faire valoir des irrégularités connues seulement après une votation fédérale. D'après la jurisprudence, un droit à un contrôle de la régularité d'une votation fédérale se déduit directement de l'article 29, alinéa 1 de la Constitution fédérale, du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101), (en lien avec l'art. 29a Cst.) lorsqu'une influence massive sur le vote populaire s'est révélée plus tard (ATF 145 I 207, consid. 1.1 et les références citées).

Le Tribunal fédéral est compétent, en dernière instance, pour connaître des recours dans lesquels la conformité d'une votation fédérale à la Constitution et à la législation fédérale est mise en cause en raison d'irrégularités graves découvertes ultérieurement (art. 189

al. 1 let. f Cst.). Dans un tel cas, la procédure de révision des articles 121 ss de la loi sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF – RS 173.110), n'est pas pertinente car aucun recours n'a été exercé lors de la votation fédérale auprès des gouvernements cantonaux. Il se justifie en revanche d'appliquer par analogie les dispositions de procédure de la LDP. Ainsi, la procédure doit en principe être introduite auprès du gouvernement cantonal compétent. Cela vaut aussi par analogie pour le recours touchant les votations selon l'article 77, alinéa 1 LDP lorsque les conclusions présentées ou les faits contestés dépassent la compétence du gouvernement cantonal. Tel est notamment le cas lorsque l'annulation d'une votation fédérale est demandée ou lorsque les interventions dans la campagne précédant la votation sont contestées et qu'elles dépassent le cadre d'un canton (ATF 145 I 207, consid. 1.1 et les références citées).

Le délai de recours en cas d'irrégularités découvertes ultérieurement dans le cadre d'une votation fédérale doit respecter deux conditions cumulatives. D'une part, la décision du gouvernement cantonal doit être attaquée dans le délai prévu par l'article 100, alinéa 3, lettre b LTF. D'autre part, la sécurité du droit pose des limites temporelles à la contestation d'une votation déjà ancienne: le délai doit alors être fixé au cas par cas selon les circonstances concrètes, par analogie avec les règles établies dans d'autres domaines et en application des principes généraux. Ainsi, en 1987, le Tribunal fédéral avait soulevé, sans la trancher, la question de l'application d'un délai absolu de prescription de 10 ans depuis la votation (par analogie avec l'art. 60, al. 1 du Code des obligations, du 30 mars 1911 [CO – RS 220]). Dans les deux arrêts précités, le Tribunal fédéral a considéré qu'il était possible de contester une votation respectivement deux et trois ans après le scrutin (ATF 145 I 207, consid. 1.3 et les références citées).

Il est de surcroît nécessaire que les faits et les moyens de preuve avancés soient demeurés inconnus avant la votation et pendant le délai de recours qui l'a suivie, qu'ils n'aient pas pu être invoqués pour des raisons de droit ou de fait ou qu'ils n'aient pas dû être invoqués parce qu'il n'y avait pas motifs de le faire. Les faits et les moyens de preuve doivent par conséquent se rapporter à des faits existant déjà au moment de la votation, mais qui étaient alors inconnus ou qui ont pu rester inaperçus (faits nouveaux improprement dits; faux nova). La procédure ultérieure ne peut servir à réparer ni l'omission d'avoir interjeté un recours ni celle d'avoir recueilli les preuves pertinentes au moment de la votation (ATF 145 I 207, consid. 1.4 et les références citées).

13. Le gouvernement cantonal tranche le recours dans les dix jours qui suivent son dépôt (art. 79, al. 1 LDP). Il rejette le recours sans approfondir l'examen de l'affaire s'il constate que les irrégularités invoquées ne sont ni d'une nature ni d'une importance telles qu'elles ont pu influencer de façon déterminante le résultat principal de la votation ou de l'élection (art. 79, al. 2bis LDP).
14. La Chancellerie fédérale est l'autorité compétente en charge de l'organisation des opérations électorales fédérales (art. 3, al. 1 ODP). Le gouvernement cantonal communique sa décision sur recours et les autres mesures prises à la Chancellerie fédérale (art. 79, al. 3 LDP).
15. L'autorité de recours peut, sans instruction préalable, par une décision sommairement motivée, écarter un recours manifestement irrecevable ou rejeter un recours manifestement mal fondé (art. 72 LPA).
16. En l'espèce, B_____ et C_____ sont domiciliées dans le canton de Genève et titulaires des droits politiques, de sorte qu'elles disposent de la qualité pour recourir. Quant à la qualité pour recourir du parti politique A_____, inscrit au registre fédéral selon la LDP et ayant son siège à Berne, elle pourra demeurer indéterminée, au vu de l'issue du recours.
17. Au vu des éléments portés à la connaissance du public uniquement le 6 août 2024 lors d'une conférence de presse de l'OFAS et sur lesquels se fondent les recourants pour

invoquer une irrégularité, le recours du 9 août 2024 a été formé dans le délai admis par la jurisprudence rappelée au considérant 12 ci-dessus.

18. Le Tribunal fédéral a toutefois 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).
19. Il a confirmé également que le recours direct au Tribunal fédéral n'était 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).
20. 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, 3^{ème} éd., Berne 2013, p. 243-244).
21. Aux termes de l'article 189, alinéa 4 Cst., les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral si la loi ne le prévoit pas ; cela s'applique aussi au recours pour violation des droits politiques (ATF 138 I 61, consid. 7.1 traduit in JdT 2012 I 171).
22. L'idée est que les décisions du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale sont des décisions essentiellement politiques, qui ne doivent pas pouvoir être portées devant le juge (ATF 134 V 443, consid. 3.1 et références citées).
23. En l'espèce, les recourants se plaignent du texte de la brochure explicative fédérale, soit d'un acte qui ne peut être porté devant le juge, mais également de l'état d'information général du corps électoral avant le scrutin litigieux.
24. Par ailleurs, tant les griefs formulés par les recourants que leurs conclusions dépassent la portée cantonale ou régionale et outrepassent ainsi la compétence du Conseil d'Etat pour en connaître. Le recours a donc une portée nationale et dépasse ainsi le cadre fixé par le Tribunal fédéral pour fonder la compétence du Conseil d'Etat pour connaître dudit recours.
25. Par conséquent, bien que formé à juste titre devant le Conseil d'Etat, l'irrecevabilité du recours du 9 août 2024 de A _____, B _____ et C _____ devra être prononcée.
26. Il sera, pour le surplus, statué sans frais, conformément à l'article 86, alinéa 1 LDP.

Par ces motifs,

ARRÊTE :

1. Le recours n° 3409-2024 interjeté par A _____, B _____ et C _____ 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 4, 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 des recourants ou de leur mandataire. Les pièces dont disposent les recourants, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi.



Certifié conforme,

La chancelière d'Etat :

[Signature de la chancelière d'Etat]