

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1003/2018-ELEVOT

ACST/5/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre constitutionnelle

Arrêt du 5 avril 2018

dans la cause

ASSOCIATION GENÈVE EN MARCHÉ

et

Messieurs A_____ et B_____

représentés par Me Tobias Zellweger, avocat

contre

CONSEIL D'ÉTAT

EN FAIT

- 1) Par arrêté du 11 janvier 2017, le Conseil d'État genevois a fixé au dimanche 15 avril 2018 l'élection du Grand Conseil et le premier tour de l'élection du Conseil d'État. Le second tour éventuel de l'élection du Conseil d'État était fixé au dimanche 6 mai 2018.

Le délai pour le dépôt des listes de candidatures pour l'élection du Grand Conseil et le premier tour de l'élection du Conseil d'Etat était fixé au lundi 5 février 2018, avant midi et, pour le second tour, au mardi 17 avril 2018 avant midi.

- 2) Dans le premier de ces deux délais, le parti politique Genève en marche, constitué sous forme d'association, a déposé une liste pour les élections au Conseil d'État, ses candidats étant Messieurs A_____ et B_____, tous deux citoyens suisses domiciliés dans le canton de Genève.
- 3) Le 12 mars 2018, le matériel de vote a été expédié aux Genevois de l'étranger – les destinataires l'ont reçu au plus tôt le 15 mars 2018 –, et mis en ligne sur le site internet de l'État de Genève, y compris une version en fichier «.pdf» de la brochure explicative envoyée aux électeurs.
- 4) Le matériel de vote destiné aux électeurs domiciliés dans le canton a été expédié, en courrier B1, entre le 13 et le 26 mars 2018.
- 5) Le 15 mars 2018, un exemplaire de la brochure explicative a été distribué aux douze journalistes présents lors d'une rencontre avec les médias organisée par la chancellerie d'État.
- 6) Ladite brochure explicative contient en page 18, dans la rubrique « Conseil d'État : comment exprimer mes choix ? », deux textes illustrés chacun d'un bulletin reproduit en miniature. Le premier texte a la teneur suivante : « Je dois utiliser l'unique bulletin officiel de couleur blanche. Pour cette élection, j'ajoute à la main une croix (pas en rouge) dans la case en regard de chaque candidat-e choisi-e. Attention : je n'inscris au maximum que 7 croix, car si je dépasse ce nombre mon bulletin sera annulé ».

Le bulletin illustrant ce texte, d'une taille de 4,6 cm sur 3,2 cm et correspondant à une réduction de 7,5 fois par rapport au bulletin officiel, contient – dans une police de caractères dont les majuscules sont inférieures à un demi-millimètre de hauteur (police Arial Mt 1,35) – une partie des listes et candidats réels à l'élection au Conseil d'État, associés à un certain nombre de listes et noms de candidats de fantaisie.

Cinq cases étaient déjà cochées, correspondant toutes à des candidats réels, soit les trois candidats du parti libéral-radical et deux des trois candidats du parti socialiste, tandis que l'électeur, représenté par une main stylisée tenant un outil scripteur, s'apprêtait à cocher la case correspondant à un autre candidat réel, soit l'un des trois présentés par l'Union démocratique du centre (étant précisé que seuls deux des trois candidats de cette formation figuraient sur le bulletin fictif).

Le fichier «.pdf» disponible en ligne sur le site internet de l'État de Genève pouvait faire l'objet d'un agrandissement, permettant alors de lire plus distinctement le nom des candidats.

- 7) Le 20 mars 2018 à 07h00, la chancellerie d'État a été informée d'une polémique engagée la veille sur les réseaux sociaux et concernant l'illustration précitée de la p. 18 de la brochure.

Une version agrandie quatre fois de l'illustration telle que figurant dans la version en ligne avait été mise en ligne sur des réseaux sociaux.

- 8) Le même jour à 08h30, la chancellerie d'État a retiré la brochure explicative figurant sur le site, et l'a remplacée vers 12h10 par une nouvelle version contenant un autre bulletin d'illustration en p. 18, lequel ne contenait plus que des noms de fantaisie.

- 9) Le 20 mars 2018 encore, peu après 14h00, la chancellerie d'État a diffusé un communiqué de presse.

Soucieuse d'informer sur les nouvelles modalités de vote, elle avait commis une maladresse, et regrettait la situation.

L'illustration en cause avait été réalisée et produite au courant de l'été 2017 pour des tests de lecture optique, laquelle serait utilisée la première fois pour l'élection du Conseil d'État d'avril 2018.

Les noms des candidats étaient pratiquement illisibles dans la version papier envoyée aux électeurs, et une nouvelle version était en ligne sur internet depuis 12h10. La chancellerie d'État estimait que cette situation malencontreuse n'était pas de nature à influencer la libre formation de l'opinion des citoyennes et citoyens.

- 10) Le 20 mars 2018 en fin de journée, la Tribune de Genève a publié sur son site internet un article électronique intitulé « la brochure électorale est contestée », avec reproduction de l'illustration litigieuse et résumé de la polémique à son endroit. Le journal Le Temps en a fait de même, sous le titre « une "Genferi" pourrait compromettre les élections ». Le soir, les chaînes de télévision RTS1 et Léman Bleu ont diffusé des sujets sur la question.

- 11) Le 21 mars 2018, la Tribune de Genève, Le Temps et Le Courrier ont publié des articles dans leur édition papier à ce sujet. Le quotidien 20 minutes en a fait de même le lendemain.
- 12) Le 23 mars 2018, la chancellerie d'État a encore modifié la version en ligne de la brochure, en remplaçant dans l'illustration en cause les noms de fantaisie par les termes « candidat 1 », « candidat 2 », etc.
- 13) Par acte déposé le 23 mars 2018, Genève en marche ainsi que MM. A_____ et B_____ ont interjeté recours auprès de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (ci-après : la chambre constitutionnelle) contre la brochure explicative, concluant principalement à l'annulation de l'opération électorale cantonale du 15 avril 2018 relative aux élections du Grand Conseil et du Conseil d'État, avec injonction à l'autorité compétente de reporter l'opération électorale à la prochaine date utile, et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Sur l'illustration litigieuse de la p. 18 de la brochure explicative, qui contenait à la fois des listes réalistes et d'autres fantaisistes, la liste de Genève en marche était incomplète, ne comportant que le nom de M. A_____ et non celui de M. B_____.

Ces derniers avaient eu connaissance le 19 mars 2018 des premiers messages et photographies au sujet du bulletin d'illustration.

L'intervention des autorités dans les campagnes de votations était autorisée dans certaines limites par la loi et la jurisprudence, mais l'intervention des autorités dans une élection en faveur de certains candidats était par principe inadmissible.

Ce qui était choquant et inadmissible dans l'illustration litigieuse, car de nature à influencer les électeurs, était que les cases correspondant à cinq candidats réels étaient déjà cochées, une autre étant sur le point de l'être. Cela revenait à proposer cinq candidats devant être choisis, en ne laissant aux électeurs un véritable choix que pour les deux noms restants. Les candidats mentionnés dans l'illustration, et à plus forte raison ceux dont les noms étaient déjà cochés, bénéficiaient ainsi d'une publicité gratuite, au détriment des candidats passés sous silence.

La chancellerie d'État avait du reste reconnu l'existence d'une irrégularité, sans quoi elle n'aurait pas eu besoin de retirer la version en ligne de la brochure explicative.

Ces suggestions quant aux candidats à choisir étaient de nature à porter une grave atteinte à la libre formation de l'opinion des électeurs et électrices et à l'expression fidèle et sûre de leur volonté.

En outre, le fait que la chancellerie d'État ait mis en ligne une autre version de la brochure explicative que celle correspondant exactement à la version papier envoyée aux électeurs violait l'art. 53 al. 2 de la loi sur l'exercice des droits politiques du 15 octobre 1982 (LEDP - A 5 05), pour autant que ce dernier fût applicable aux élections, ce que la chambre constitutionnelle devait trancher. Si tel n'était pas le cas, il fallait cependant constater que la publication en ligne de la notice explicative était dépourvue de toute base légale.

Les violations précitées devaient être qualifiées de graves, et justifiaient l'annulation de l'opération électorale et son report. Il était néanmoins conclu, à titre subsidiaire, à un constat de violation de la liberté de vote des électeurs, au cas où la chambre constitutionnelle considérerait que lesdites violations ne revêtaient pas un niveau de gravité suffisant pour annuler l'opération électorale.

- 14) Le 27 mars 2018, le Conseil d'État, soit pour lui la chancellerie d'État, a conclu au rejet du recours.

L'illustration litigieuse était l'un des nombreux spécimens de bulletins fictifs réalisés et produit au cours de l'été 2017, pour des tests de lecture optique, ce type de bulletin devant être utilisé pour la première fois lors des élections du Conseil d'État de 2018. Pour calibrer la machine de lecture optique, il était indispensable d'utiliser de véritables noms et pas seulement des mentions de type « candidat 1 ». Ces spécimens n'avaient pas vocation à être rendus publics.

Le 20 mars 2018, la chancellerie d'État avait étudié la possibilité de réimprimer la brochure explicative et de réexpédier tout le matériel de vote, mais cette solution s'était avérée impraticable. Il avait été décidé de placer en ligne une nouvelle version de la brochure et de publier un communiqué de presse.

Entre le 12 mars 2018 et le 20 mars 2018 à 08h30, seules trois cent deux personnes avaient consulté la brochure explicative en ligne, dont cent soixante-deux la seule journée du 19 mars 2018, donc probablement à la suite de l'agitation sur les réseaux sociaux. Les premiers votes avaient été reçus le 20 mars 2018 (soit, le 20 mars 2018, respectivement 182 votes des Genevois de l'étrangers et 3 votes de résidents genevois ; le 21 mars 2018, 168 et 0 ; le 22 mars 2018, 61 et 0 ; et le 23 mars 2018, 496 et 191).

La chancellerie d'État s'était associée au quotidien gratuit « 20 minutes » pour recueillir les éventuelles questions des lecteurs et internautes au sujet des élections. Le 26 mars 2018, la chancelière avait répondu aux questions transmises, qui n'étaient qu'au nombre de quatre et dont aucune ne concernait la brochure explicative ou la polémique en cours.

MM. A_____ et B_____ avaient déclaré sur internet que la brochure explicative avait connu six, voire sept versions différentes, alors qu'en fait il n'y en avait eu que trois.

Les noms figurant sur la version papier de la brochure explicative, qui correspondaient à une taille de police 1,35, étaient quasiment illisibles à l'œil nu. La brochure en ligne, qui n'avait été vue que par trois cent deux personnes au maximum dans sa version litigieuse, devait être agrandie à 300 % ou plus pour que les caractères deviennent lisibles. L'illustration en cause n'était à l'évidence qu'un exemple et ne correspondait pas à un bulletin officiel de l'élection, ce qui ressortait tant du texte que de la taille des caractères utilisés.

Lorsque des irrégularités étaient constatées dans la procédure de vote, une opération électorale n'était annulée qu'à la double condition que la violation constatée soit grave et qu'elle ait pu avoir une influence sur le résultat du vote. En l'espèce, les caractères de la version papier étaient si petits qu'ils n'étaient pas aptes à capter l'attention de l'électeur moyen à moins d'un effort particulier de celui-ci. Quand bien même son attention aurait été attirée, il ne pouvait lui échapper que l'illustration faisait partie d'un tout, et qu'elle ne constituait qu'un exemple servant à illustrer le texte en regard, et en aucun cas une recommandation des autorités. Les mesures correctrices et de rééquilibrage de l'information avaient été effectuées en moins de vingt-quatre heures après le départ de la polémique sur les réseaux sociaux.

Partant, pour l'ensemble des personnes ayant posté leur vote jusqu'au 19 mars 2018, l'on ne pouvait raisonnablement admettre qu'elles aient pu être influencées d'une quelconque manière dans leur choix d'expression. Pour les personnes ayant voté dès le 20 mars 2018, aucun membre du corps électoral intéressé à participer au scrutin ne pouvait plus se méprendre sur la portée de l'illustration incriminée.

S'agissant de l'art. 53 al. 2 LEDP, il ne s'appliquait qu'aux votations, et non aux élections. La brochure explicative n'avait du reste pas la même fonction en matière de votations qu'en matière d'élections, où elle ne visait qu'à informer sur la nature des autorités à élire, le mode d'élection et la manière d'exprimer son choix. De plus, les deux versions ultérieures ne divergeaient de la première que sur l'illustration de la p. 18, qui restait en regard du même texte portant sur la manière d'exprimer son choix. Quant au fait de mettre en ligne la brochure explicative, cette pratique pouvait se fonder sur la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (LIPAD - A 2 08) ; différentes étapes traditionnelles des opérations électorales n'étaient du reste pas prévues expressément par une loi.

Si par impossible une violation de la liberté de vote devait être reconnue, l'annulation de l'opération électorale serait disproportionnée et conduirait à une grande insécurité juridique.

- 15) Le 29 mars 2018, le conseil de Genève en marche et de MM. A_____ et B_____ a indiqué au greffe de la chambre constitutionnelle renoncer à déposer une écriture de réplique.
- 16) Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Selon l'art. 124 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE - A 2 00), la Cour constitutionnelle, c'est-à-dire la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (art. 1 let. h ch. 3 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05), a pour compétence notamment de traiter les litiges relatifs à l'exercice des droits politiques en matière cantonale et communale (let. b). Lors de la mise en œuvre de cette disposition constitutionnelle, par le biais de la loi 11311 du 11 avril 2014, le législateur cantonal a, pour ces litiges, transféré à la chambre constitutionnelle (art. 180 LEDP la compétence qu'avait jusqu'alors la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) de connaître des recours ouverts « contre les violations de la procédure et des opérations électorales, indépendamment de l'existence d'une décision » (art. 180 aLEDP).
- 2) a. Comme le Tribunal administratif, puis la chambre administrative et enfin la chambre de céans l'ont jugé à maintes reprises, entre dans le cadre des opérations électorales tout acte destiné aux électeurs de nature à influencer la libre formation du droit de vote, telle qu'elle est garantie par les art. 34 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 44 Cst-GE, indépendamment de l'existence d'une décision. Constitue une opération électorale tout acte destiné aux électeurs et de nature à influencer la libre formation de l'expression du droit de vote ; le matériel de vote en général et la brochure explicative en particulier en font partie, de même que des circulaires et des tracts (ACST/16/2017 du 21 septembre 2017 consid. 3a ; ACST/8/2016 du 3 juin 2016 ; ACST/3/2016 du 24 février 2016 ; ACST/10/2015 du 11 mai 2015 ; ACST/6/2015 du 26 mars 2015 ; ACST/5/2015 du 4 mars 2015 ; ATA/65/2013 du 6 février 2013 ; ATA/715/2012 du 30 octobre 2012 ; ATA/331/2012 du 5 juin 2012 ; ATA/180/2011 du 17 mars 2011 ; ATA/51/2011 du 1^{er} février 2011). La constatation du résultat exact, de même que le respect de la procédure en matière électorale font partie de la liberté de vote (ATF 140 I 394 consid. 8.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2014 du 22 juillet 2014 consid. 5.1 ; ACST/10/2015 précité ; ACST/8/2015 du 31 mars 2015).

b. En l'espèce, le recours porte sur le matériel de vote, en particulier la brochure explicative transmise aux électeurs enregistrés dans le canton de Genève et résidant soit dans le canton soit à l'étranger, qui fait partie de la procédure des opérations électorales, en lien avec l'élection du Conseil d'État du 15 avril 2018. Cet élément ayant trait à la garantie des droits politiques, qui tend à assurer la régularité du vote et parvenir à la constatation fidèle et sûre de la volonté populaire, la chambre de céans est matériellement compétente pour connaître du présent recours.

- 3) a. En matière de droits politiques, la qualité pour recourir est reconnue à toute personne disposant du droit de vote dans l'affaire en cause, indépendamment d'un intérêt juridique ou digne de protection à l'annulation de l'acte attaqué (art. 89 al. 3 et 111 al. 1 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 - LTF - RS 173.110 ; ATF 138 I 171 consid. 1.3 ; 134 I 172 consid. 1.2 ; 128 I 190 consid. 1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_225/2016 du 14 décembre 2016 consid. 1.2 ; ACST/8/2016 précité ; ACST/8/2015 précité ; ACST/6/2015 précité ; ACST/5/2015 précité ; ACST/1/2015 du 23 janvier 2015). La qualité pour recourir est également reconnue notamment aux partis politiques, pour autant qu'ils soient constitués en personnes morales, qu'ils exercent leurs activités dans la collectivité publique concernée pour la votation en cause et qu'ils recrutent principalement leurs membres en fonction de leur qualité d'électeur (arrêt du Tribunal fédéral 1C_424/2009 du 6 septembre 2009 consid. 1.2 non publié de l'ATF 136 I 404 ; ACST/16/2017 précité consid. 4a ; ACST/8/2016 précité ; ACST/3/2016 précité ; ATA/201/2013 du 26 mars 2013 ; ATA/163/2009 du 31 mars 2009 ; ATA/712/2000 du 21 novembre 2000).

b. En l'espèce, Genève en marche est un parti politique fondé le 11 septembre 2017, constitué en association au sens des art. 60 ss du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210) et exerçant ses activités sur le territoire cantonal, et ayant déposé des listes en vue des élections au Grand Conseil et au Conseil d'État du 15 avril 2018. Il a dès lors qualité pour recourir, tout comme MM. A_____ et B_____, personnes physiques et ressortissants suisses qui sont, selon le rôle de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), domiciliés sur le territoire cantonal, où ils exercent leurs droits politiques. Le recours est ainsi recevable de ce point de vue.

- 4) a. Aux termes de l'art. 62 al. 1 let. c LPA, en matière de votations et d'élections, le délai de recours est de six jours.

b. Ce délai court à compter 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/16/2017 précité consid. 5b ; ACST/8/2016 précité ; ACST/10/2015 précité ; ACST/6/2015 précité ; ACST/5/2015 précité ; ATA/118/2014 du 25 février 2014 ; ATA/715/2012 précité).

c. Selon la jurisprudence constante rendue en matière de votations et d'élections, 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 aux principes de la bonne foi et 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 cas échéant corriger l'irrégularité alléguée (ATF 140 I 338 consid. 4.4 ; 118 Ia 271 consid. 1d ; 118 Ia 415 consid. 2a ; 110 Ia 176 consid. 2a ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_105/2015 du 2 mars 2015 consid. 4 ; 1C_282/2014 du 7 juillet 2014 consid. 2 ; 1C_457/2013 du 26 novembre 2013 consid. 3.1 ; ACST/16/2017 précité ; ACST/8/2016 précité ; ACST/3/2016 précité ; ACST/10/2015 précité ; ATA/201/2013 précité). 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 celui-ci, mais avant l'expiration du délai (ATF 118 Ia 415 consid. 2), même si le vote a déjà eu lieu et qu'il n'est plus possible de remédier à l'irrégularité alléguée (ATA/680/2000 du 7 novembre 2000, confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 1P.733/2000 du 14 mai 2001 ; ATA/456/2011 du 26 juillet 2011 ; ATA/303/2011 du 17 mai 2011).

d. Les délais de réclamation et de recours fixés par la loi sont des dispositions impératives de droit public. Ils ne sont, en principe, pas susceptibles d'être prolongés (art. 16 al. 1, 1^{ère} phr., LPA), restitués ou suspendus, si ce n'est par le législateur lui-même. Ainsi, celui qui n'agit pas dans le délai prescrit est forclus et la décision en cause acquiert force obligatoire (ACST/16/2017 précité consid. 5d ; ATA/72/2018 du 23 janvier 2018 consid. 3a ; ATA/244/2015 du 3 mars 2015 ; ATA/143/2015 du 3 février 2015). Les cas de force majeure restent toutefois réservés (art. 16 al. 1 2^{ème} phr. LPA). Tombent sous cette notion les événements extraordinaires et imprévisibles qui surviennent en dehors de la sphère d'activité de l'intéressé et qui s'imposent à lui de l'extérieur de façon irrésistible (ATA/244/2015 précité ; ATA/143/2015 précité ; ATA/280/2012 du 8 mai 2012 ; ATA/105/2012 du 21 février 2012 ; ATA/586/2010 du 31 août 2010).

- 5) a. À Genève, pour les élections cantonales et communales, les électeurs reçoivent de l'État, ou des communes pour les élections communales, au plus tard dix jours avant le jour des élections cantonales et communales, les bulletins électoraux et une notice explicative (art. 54 al. 1 LEDP). Les électeurs inscrits sur le rôle électoral des Suisses de l'étranger reçoivent de l'État, au plus tôt quatre semaines avant les élections cantonales, les bulletins électoraux et une notice explicative (art. 54 al. 3 LEDP). L'art. 54 LEDP a reçu une nouvelle teneur lors de l'adoption de la loi 11841, entrée en vigueur le 14 janvier 2017. Selon l'exposé des motifs de cette nouvelle, le nouvel art. 54 LEDP ne s'applique

désormais qu'aux élections cantonales et communales, tandis que l'art. 52 LEDP traite des votations et élections fédérales et renvoie au droit fédéral pour les modalités d'expédition du matériel de vote, tant pour les électeurs résidant à Genève que pour les Suisses de l'étranger (PL 11841, p. 14). L'art. 54 LEDP ne fait par ailleurs aucune référence à la mise en ligne de la notice explicative.

b. Depuis le 30 mars 2016, date de l'entrée en vigueur de la loi 11714 modifiant la LEDP, adoptée le 29 janvier 2016, l'art. 53 al. 2 LEDP prévoit, s'agissant des votations cantonales et communales, que le texte soumis à la votation et les explications peuvent être remis plus tôt aux électeurs. La Chancellerie d'État 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. Cette disposition a été adoptée afin de permettre la publication des documents concernés avant la remise de leur version papier aux citoyens et ainsi, à l'instar du droit fédéral, susciter un débat en toute connaissance de cause, avant que les consignes de vote ne soient données par les partis politiques (PL 11714 p. 3). Avant l'entrée en vigueur de cette disposition, l'ancien Tribunal administratif avait jugé, dans un arrêt rendu en 2008, que la législation alors en vigueur ne prévoyait pas la diffusion de la brochure explicative sur le site internet de l'État. Cette situation, à la différence de l'envoi du texte en tant que tel, n'ouvrait ainsi pas l'exercice du droit de vote. En d'autres termes, ce qui était déterminant était la prise de connaissance des objets soumis au corps électoral par le biais de la transmission du matériel de vote par la poste, la diffusion sur internet des documents y relatifs ne constituant qu'une présomption de prise de connaissance (ATA/583/2008 du 18 novembre 2008 consid. 3). Dans un arrêt du 3 juin 2016, la chambre de céans n'a pas infirmé cette jurisprudence, malgré l'entrée en vigueur, dans l'intervalle, de l'art. 53 al. 2 LEDP tel que modifié par la loi 11714, laissant néanmoins ouverte, au vu de l'issue du recours, la question de savoir si les recourants avaient eu connaissance de la brochure publiée sur le site internet de l'État de Genève (ACST/8/2016 précité consid. 6).

- 6) En l'espèce, le recours a été déposé au greffe de la chambre de céans le 23 mars 2018.

Le matériel de vote destiné aux électeurs domiciliés dans le canton a été expédié, en courrier B1, à partir du 13 mars 2018. Il ne ressort pas du dossier que les personnes physiques recourantes aient reçu leur matériel de vote avant le 19 mars 2018, et cela n'est pas non plus allégué par l'intimé. De plus, s'agissant d'un point ne ressortant pas de manière évidente de la brochure litigieuse, et qui a été mis en évidence par un internaute sur les réseaux sociaux le 19 mars 2018, puis rendu public le 20 mars 2018 par le communiqué de presse de la chancellerie d'État puis la publication d'articles dans la presse les 20 et 21 mars 2018, il apparaît hautement vraisemblable que les recourants, et par ricochet leur parti politique, aient effectivement eu connaissance de l'irrégularité alléguée le 19 mars

2018, comme ils le soutiennent. Selon la jurisprudence de la chambre de céans, le fait que la notice explicative litigieuse ait été mise en ligne avant le 19 mars 2018 ne saurait par ailleurs fonder une présomption de connaissance de l'irrégularité alléguée dès cette mise en ligne (ACST/16/2017 précité consid. 7).

Le dies a quo du délai étant ainsi, en l'espèce, le 19 mars 2018, le délai de recours venait à échéance le 25 mars 2018, si bien qu'il est respecté par le dépôt du recours au greffe le 23 mars 2018.

Il s'ensuit que le recours est recevable sous cet angle également.

- 7) L'acte de recours satisfait par ailleurs aux exigences de forme et de contenu prescrites par les art. 64 al. 1 et 65 LPA. En particulier, il comporte un exposé des motifs suffisants (art. 65 al. 2, 1^{ère} phr., LPA), étant précisé que l'exigence d'un exposé détaillé des griefs prévue pour les recours en matière de validité des actes normatifs (art. 65 al. 3 LPA) n'est pas posée pour les recours en matière de votations et d'élections. Appliquant le droit d'office, la chambre de céans n'est cependant pas liée par les motifs invoqués par les parties, mais elle l'est par les conclusions prises par celles-ci (art. 69 al. 1 LPA).
- 8) a. L'art. 34 al. 1 Cst. garantit de manière générale et abstraite les droits politiques, que ce soit sur le plan fédéral, cantonal ou communal. Selon l'art. 34 al. 2 Cst., qui codifie la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral sous l'empire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (arrêt du Tribunal fédéral 1P.298/2000 du 31 août 2000 consid. 3a), cette garantie protège la libre formation de l'opinion des citoyens et l'expression fidèle et sûre de leur volonté. L'art. 44 Cst-GE a une teneur similaire.
- b. En particulier, l'art. 34 al. 2 Cst. 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 140 I 394 consid. 8.2 ; 140 I 338 consid. 5 ; 139 I 2 consid. 6.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_130/2015 du 20 janvier 2016 consid. 3.1).
- 9) a. Le Conseil d'État est élu tous les cinq ans au système majoritaire ; le premier tour a lieu simultanément à l'élection du Grand Conseil (art. 102 al. 2 Cst-GE).
- b. L'élection du Conseil d'État a lieu conformément aux art. 52, 55, 102, 103 et 104 Cst-GE (art. 102 al. 1 LEDP). Le Conseil d'État entre en fonction le 1^{er} juin ; la prestation de serment a lieu entre le 15 mai et le 1^{er} juin (art. 102 al. 2 LEDP).

10) S'agissant du problème de l'intervention des autorités préalable à un scrutin, la jurisprudence est plus développée en matière de votations que d'élections.

a. Le résultat d'une votation est faussé lorsque les autorités influencent de manière inadmissible les citoyens. Une telle influence peut notamment s'exercer par le biais des explications officielles adressées aux citoyens, dans lesquelles l'autorité explique l'objet du scrutin et recommande son acceptation ou son rejet (ATF 135 I 292 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_349/2016 du 20 septembre 2016 consid. 3 = SJ 2017 I 116). Dans ce cadre, l'autorité n'est pas tenue à un devoir de neutralité et peut formuler une recommandation de vote. Elle doit toutefois respecter un devoir d'objectivité, qui est violé lorsqu'elle informe de manière erronée sur le but et la portée du projet. Les explications de vote satisfont en revanche 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'acquiescer une opinion. Le message explicatif peut notamment contenir l'avis des autorités sur des questions d'appréciation, car il appartient en définitive à l'électeur de se faire lui-même sa propre opinion. Au-delà d'une certaine exagération, les explications de vote ne doivent être ni contraires à la vérité ni tendancieuses, voire simplement inexacts 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 140 I 338 consid. 5.1 ; 139 I 2 consid. 6.2 ; ATF 138 I 61 consid. 6.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_130/2015 précité consid. 3.1 ; Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. 1, 3^{ème} éd., 2013, n. 928).

L'autorité ne doit pas non plus intervenir de manière inadmissible dans la campagne précédant une votation, en utilisant des moyens répréhensibles. Par exemple, une commune peut certes mettre en œuvre les mêmes moyens d'information que ceux généralement utilisés par les partisans et adversaires d'un projet mis en votation, mais elle doit faire preuve d'une certaine objectivité et s'abstenir d'engager dans la campagne des moyens financiers disproportionnés (ATF 119 Ia 271 consid. 3b ; 116 Ia 466 consid. 4b et 4c ; 114 Ia 427 consid. 4a ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_424/2009 précité consid. 3.1 non publié de l'ATF 136 I 404). L'autorité peut également répondre aux prises de position souvent unilatérales des groupes de pression influents de la société civile, pour tenter de rétablir une certaine objectivité du débat politique (Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, *op. cit.*, n. 929). Quant aux membres de l'autorité concernée, titulaires de la liberté d'expression et citoyens, ils peuvent en principe s'exprimer librement durant la campagne en prenant position dans la campagne référendaire à titre individuel, en signant des

appels publics, en rédigeant des articles de presse ou en participant à des émissions tout en mentionnant leur nom et position pour conférer un poids particulier à leur engagement politique. Ce qu'ils doivent éviter en revanche est de donner une touche officielle à leurs interventions privées pour créer l'impression qu'il s'agit d'un acte d'autorité (ATF 130 I 290 consid. 3.3 ; 119 Ia 271 consid. 3d ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_424/2009 précité consid. 3.1 non publié de l'ATF 136 I 404 ; Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, op. cit., n. 935). Le Tribunal fédéral a par exemple jugé que, dans le cadre d'une campagne référendaire, le fait qu'un conseiller d'État ait répondu publiquement dans un article de presse aux objections qu'avait soulevées le rapport explicatif du gouvernement ne violait pas la liberté de vote (ATF 130 I 290 consid. 5.3 ; Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, op. cit., p. 310 s. n. 935).

Pour savoir si les électeurs ont acquis une opinion suffisante et objective sur l'objet soumis au vote, il convient de prendre en considération le contexte global et l'ensemble des informations diffusées. Dans ce cadre, il est sans importance que ces informations proviennent en partie des explications du gouvernement dans la brochure de vote ou de déclarations de membres de l'exécutif aux médias, ni que ces derniers s'y soient référés explicitement ou non (ATF 138 I 61 consid. 7.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_130/2015 précité consid. 3.2).

b. En ce qui concerne les élections, la pratique est plus stricte qu'en matière de votations (ATF 130 I 290 consid. 3.2), et le Tribunal fédéral a exclu, en principe, l'intervention des autorités dans la campagne (ATF 124 I 55 consid. 2a ; 118 Ia 259 consid. 3c = JdT 1994 I 4 ; 117 Ia 457 = JdT 1993 I 574 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_522/2015 du 29 octobre 2015 consid. 4.3.2). Lors d'une élection, les autorités n'ont pas de fonction consultative comme dans le contexte d'une votation. Elles ne sont pas juridiquement tenues de participer à la campagne et d'assurer la sauvegarde de l'intérêt public tel qu'elles le conçoivent. Il faut empêcher que l'État, même indirectement, se mette au service d'intérêts partisans ; son intervention n'entre vraiment en considération que si elle apparaît indispensable pour assurer une formation et une expression libres de la volonté des électeurs. Les autorités doivent se comporter de manière neutre sur le plan de la politique partisane et ne doivent pas s'identifier à des groupes ou des tendances données (ATF 124 I 55 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_522/2015 précité consid. 4.3.2).

Malgré l'interdiction de principe d'intervenir dans une campagne précédant des élections, une rectification d'informations manifestement fausses diffusées pendant la campagne peut être admise ; dans une telle occasion, l'autorité ne doit pas elle-même faire de la propagande électorale ou dénigrer un candidat (ATF 113 Ia 296 = JdT 1989 I 265 ; 114 Ia 433 = JdT 1990 I 165). Une intervention indirecte et positive de la collectivité dans la période qui précède

l'élection n'entre en considération que si elle est faite de façon neutre ; il a été jugé qu'il en était ainsi dans un cas où la collectivité avait pris en charge, au moyen de fonds publics, certains frais d'insertion dans la presse (ATF 113 Ia 294 = JdT 1989 I 264).

Le Tribunal fédéral a cependant retenu que l'on pouvait attendre de l'électeur qu'il connaisse, du moins jusqu'à un certain point, les modalités d'exercice du droit de voter et d'élire ; en effet, le droit de vote confère aux électeurs la qualité d'organe de l'État, qui ne comporte pas seulement des droits, mais aussi une responsabilité, si bien que l'on peut attendre de lui qu'il soit familier du système de vote, surtout lorsqu'il est en place depuis longtemps (ATF 119 Ia 167 ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.298/2000 précité consid. 3d = ZBI 2001 188 ; arrêt du Tribunal fédéral in ZBI 1997 254 consid. 2c et 3b).

Lorsque le Tribunal fédéral constate des irrégularités telles que celles qui ont été mentionnées, il annule l'élection en appliquant les mêmes principes que lorsqu'une votation est influencée par des informations illicites. Une annulation n'est cependant ordonnée que lorsque les irrégularités constatées sont importantes et qu'elles ont pu influencer le résultat de l'élection. Le recourant n'a pas à prouver un tel effet ; il suffit qu'une influence ait été possible (ATF 118 Ia 259 consid. 3c ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_473/2016 du 20 février 2017 consid. 2.3.2). Si les conséquences d'une irrégularité de procédure ne peuvent être calculées précisément, le Tribunal fédéral se prononce sur la base de l'ensemble des circonstances, avec un plein pouvoir d'examen. La gravité de l'irrégularité constatée, sa signification au regard du contexte global du scrutin et l'ampleur de l'écart des voix sont, notamment, des éléments décisifs. Si l'éventualité que le résultat fût différent apparaît si mince qu'elle n'entre pas sérieusement en considération, on peut renoncer à l'annulation (ATF 118 Ia 259 consid. 3c ; 117 Ia 456 = JdT 1993 I 573 ; 113 Ia 59 = JdT 1989 I 207 ; 112 Ia 338).

L'intervention des autorités pendant la campagne doit être distinguée de celle de la presse, qui est notamment habilitée à commenter des sondages ou à faire des pronostics sans que cela pose un problème de liberté de vote, seules des informations manifestement fausses et trompeuses pouvant éventuellement empêcher la libre formation de l'opinion des électeurs (ATF 135 I 292 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.390/2005 du 11 octobre 2005 consid. 2.3 ; arrêt du Tribunal administratif zurichois VB.2015.00612 du 11 novembre 2015, consid. 3.4.2).

c. Au niveau cantonal, l'ancien Tribunal administratif a, en 2002, annulé une élection communale complémentaire au poste d'adjoint au maire (ATA/74/2002 du 5 février 2002) en raison d'une intervention des autorités communales dans la campagne électorale, la commune ayant envoyé aux électeurs un prospectus « tous ménages » selon lequel le maire, son adjoint et un certain nombre de conseillers municipaux, qui se prévalaient de leurs qualités, disaient appuyer sans

réserve la candidature de l'une des personnes en lice ; l'irrégularité était particulièrement grave et était de nature à influencer, voire fausser, la formation de la volonté des citoyens.

Dans le canton d'Argovie, il a été jugé en 2009 que l'envoi de prospectus ou de matériel de propagande électorale par les communes était interdite dans le cadre d'une élection, sans toutefois que cela aboutisse à l'annulation de l'opération électorale en cause (AGVE 2009 485).

d. Enfin, la doctrine rappelle que les autorités, si elles ont l'interdiction de favoriser un ou plusieurs candidats lors d'une élection, ont en revanche l'obligation de fournir aux électeurs les listes déposées par les partis, sous forme de bulletins électoraux, ainsi que – même s'il ne s'agit plus là forcément d'une obligation, mais d'une prestation souhaitable – des explications sur le système électoral, notamment les facultés des électeurs (Ulrich HÄFELIN et al., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9^{ème} éd., 2016, n. 1390 et 1396 ; Pierre TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4^{ème} éd., 2016, § 52 n. 3 et 9 ; Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, op. cit., n. 927 et 938).

11) En droit genevois, comme déjà exposé, l'art. 54 al. 1 LEDP prévoit que les électeurs reçoivent de l'État pour les élections cantonales les bulletins électoraux et une notice explicative. La législation applicable ne donne pas plus de précisions au sujet de cette dernière et de son contenu.

12) a. Selon l'art. 5 al. 1 Cst., le droit est la base et la limite de l'activité de l'État (cf. aussi art. 9 al. 2 Cst-GE). Le principe de la légalité que cette disposition constitutionnelle ancre dans l'ordre juridique suisse comporte celui de la suprématie de la loi (ou primauté de la loi), voulant que toute autorité applique et respecte le droit en vigueur, et celui de la base légale, voulant que les autorités n'agissent qu'en application de normes les y habilitant. Il inclut le principe de la hiérarchie des normes, selon lequel les règles sont hiérarchisées en fonction de leur rang, les règles de rang inférieur ne pouvant déroger à celles de rang supérieur et ne pouvant par ailleurs être modifiées que par des règles de même rang ou de rang supérieur. Le principe de la légalité est garant d'une activité étatique répondant à des exigences de rationalité, de sécurité, de prévisibilité, d'égalité de traitement, de transparence et de légitimité démocratique devant caractériser un État de droit (Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, op. cit., vol. 2, n. 183 ss, 1005 s, 1065 ; Bernhard EHRENZELLER/Benjamin SCHINDLER/Rainer J. SCHWEIZER/Klaus A. VALLENDER [éd.], *Die Schweizerische Bundesverfassung*. St. Galler Kommentar, 3^{ème} éd., 2014, n. 18 ss et 32 ss ad art. 5).

b. Les institutions communiquent spontanément au public les informations qui sont de nature à l'intéresser, à moins qu'un intérêt prépondérant ne s'y oppose

(art. 18 al. 1 LIPAD). Les institutions informent par des moyens appropriés à leurs ressources et à l'importance des informations à diffuser ; dans toute la mesure du possible, elles utilisent les technologies modernes de diffusion de l'information (art. 18 al. 3 LIPAD).

- 13) Les recourants se plaignent du contenu de la notice explicative, plus spécifiquement de la première illustration de la p. 18 de ladite notice, telle que décrite plus haut. Ils estiment que la référence à certains candidats réels, tandis que d'autres sont absents, de même que le fait que cinq desdits candidats réels à l'élection ont leur case déjà cochée, viole la liberté de vote, ce qui justifie l'annulation des opérations électorales du 15 avril 2018.

Il convient tout d'abord de relever qu'en matière d'élections, la notice explicative revêt moins d'importance qu'en matière de votations. En effet, il ne s'agit pas d'un texte permettant aux électeurs de se faire une idée sur le fond du scrutin, et donc de savoir pour qui ils vont voter, mais uniquement d'un descriptif technique au sujet de l'autorité devant être renouvelée et des modalités du vote.

En l'espèce, l'irrégularité alléguée concerne une illustration de petite taille, en regard d'un paragraphe destiné à indiquer aux électeurs comment remplir leur bulletin, notamment pour éviter qu'il ne soit nul. Dans la version papier envoyée au corps électoral, les noms figurant sur le bulletin fictif sont si petits qu'il est extrêmement difficile de les lire à l'œil nu. Seul un grossissement de la version électronique de l'ordre de trois fois permettait de les discerner avec plus de netteté ; or cette version n'a été vue au maximum que par environ trois cents électeurs, et n'est plus disponible sur le site internet de l'état de Genève depuis le 20 mars 2018, soit le lendemain du jour où un administré a diffusé une version agrandie de l'illustration sur les réseaux sociaux. Il n'y a donc qu'un nombre très limité d'électeurs qui ait pu ne serait-ce que se rendre compte du contenu réel de l'illustration litigieuse sans être averti de sa nature.

À cet égard, le même jour, soit le 20 mars 2018, la chancellerie d'État a diffusé un communiqué de presse, reconnaissant une maladresse et indiquant que le bulletin fictif litigieux avait été réalisé et produit pour des tests de lecture optique. Dès lors, le fait que la presse ait diffusé l'illustration litigieuse dans des articles des 20 et 21 mars 2018, tous postérieurs au communiqué officiel précité, ne permet pas de retenir que davantage d'électeurs aient par la suite pu être induits en erreur, ceux-ci ayant nécessairement pris connaissance également de l'information selon laquelle l'utilisation de noms candidats réels procédait d'une erreur.

Enfin et surtout, l'électeur moyen et responsable ayant par hypothèse pris connaissance de ce bulletin fictif avant le 20 mars 2018 ne peut raisonnablement pas avoir considéré, au vu du contexte d'ensemble, qu'il s'agissait d'une prise de position officielle des autorités l'incitant à voter pour les candidats déjà cochés ou

en passe de l'être. La taille de caractères minuscule, le placement de l'illustration en face d'une notice technique sur la façon de remplir son bulletin, voire le fait que seul un candidat sortant soit coché, tout concourait à forger l'impression - quand bien même l'utilisation de noms de candidats réels mélangés à des noms de fantaisie était étrange, et en tout cas discutable – que l'illustration ne pouvait être comprise comme une recommandation de vote visant à favoriser les cinq ou six candidats cochés au détriment des autres. Le cas se distingue ainsi très largement de celui jugé en 2002, où les autorités communales avaient clairement pris position en faveur d'un candidat.

Il en résulte qu'il n'y a pas eu, malgré le caractère malencontreux du choix d'illustration opéré, de violation de la liberté de vote.

Devrait-on considérer qu'il s'agit d'une telle violation, que celle-ci ne saurait être considérée comme suffisamment grave pour justifier l'annulation du scrutin, étant rappelé que celui-ci est joint, de par la Cst-GE, à l'élection du Grand Conseil en vertu de l'art. 102 al. 2 Cst-GE, et qu'un report des élections ne permettrait probablement pas de respecter les délais posés par la loi pour la prestation de serment et l'entrée en fonction des conseillers d'État, si bien qu'une annulation ne saurait être justifiée que par une violation très grave de la liberté de vote.

- 14) S'agissant du grief de violation de l'art. 53 al. 2 LEDP, il résulte très clairement du texte de la disposition, comme des travaux préparatoires de la loi 11841 (PL 11841 p. 14 cité plus haut) et d'une interprétation systématique (note marginale des art. 52, 53 et 54 LEDP) que l'art. 53 LEDP ne s'applique qu'aux votations cantonales et communales, tandis que les élections cantonales sont régies par l'art. 54 LEDP.

Cette dernière disposition ne prévoit certes pas la mise en ligne de la notice explicative. Une telle absence de mention ne signifie toutefois pas que ladite mise en ligne soit prohibée. L'ACST/16/2017 et l'ATA/583/2008, auxquels se réfèrent les recourants, ne disent en effet pas que la mise en ligne serait en soi interdite – le premier de ces arrêts a du reste été rendu alors que l'art. 53 al. 2 LEDP avait été modifié et la prévoyait expressément –, mais que la diffusion des documents de vote sur internet ne constituait qu'une présomption de prise de connaissance d'une éventuelle irrégularité contenue dans la brochure.

En outre, une telle diffusion peut se fonder sur une base légale, à savoir l'art. 18 al. 1 et 3 LIPAD, étant entendu que le matériel de vote constitue à l'évidence des informations susceptibles d'intéresser le public, sans qu'aucun intérêt prépondérant ne s'oppose à leur diffusion.

Le grief sera donc écarté.

- 15) Les considérations qui précèdent conduisent au rejet du recours.

Vu l'issue du litige, un émoulement de CHF 1'000.- sera mis à la charge des recourants, pris conjointement et solidairement (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 23 mars 2018 par l'Association Genève en marche et Messieurs A_____ et B_____ contre la notice explicative relative à l'élection du Conseil d'État du 15 avril 2018 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de l'Association Genève en marche et de Messieurs A_____ et B_____, pris conjointement et solidairement, un émoulement de CHF 1'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; 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, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Tobias Zellweger, avocat des recourants, ainsi qu'au Conseil d'État.

Siégeant : M. Verniory, président, Mmes Cramer et Junod, M. Martin,
Mme Tapponnier, juges.

Au nom de la chambre constitutionnelle :

le secrétaire-juriste :

F. Scheffre

le président :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :