

ATF 145 I 207 | TF, 10.04.2019, 1C_338/2018*

En communiquant sans réserve en 2016 que quelque 80'000 couples mariés à deux revenus étaient touchés par la pénalisation fiscale du mariage, alors que ce nombre ne résultait que d'une estimation fondée sur des données statistiques datant de 2001, le Conseil fédéral a contribué à ce que l'état d'information global précédant la votation populaire sur l'initiative « Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage » soit incompatible avec la liberté de vote (art. 34 al. 2 Cst.). Au vu du peu de temps écoulé depuis la votation, du faible écart de voix par lequel cette initiative a été rejetée, de la large diffusion de cette information, de l'influence importante qu'elle a pu avoir sur l'opinion des citoyennes et citoyens et de l'absence d'atteinte à la sécurité du droit, il se justifie d'annuler rétrospectivement la votation sur cette initiative.

Faits

Le 28 février 2016, le peuple a rejeté à 50.8 % (1'664'224 non contre 1'609'152 oui) – mais les cantons l'ont acceptée (15 3/2 pour le oui contre 5 3/2 pour le non) – l'initiative « Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage », visant à modifier l'art. 14 al. 2 Cst. en prévoyant notamment que « [l]e mariage est l'union durable et réglementée par la loi d'un homme et d'une femme » et qu'« [i]l ne peut pas être pénalisé par rapport à d'autres modes de vie, notamment en matière d'impôts et d'assurances sociales » (FF 2016 3557). Dans ses explications sur l'objet du scrutin, le Conseil fédéral avait précisé qu'« environ 80'000 couples mariés à deux revenus et de nombreux retraités mariés continuent de subir, en matière d'impôt fédéral direct, une charge supplémentaire ».

Le 15 juin 2018, par un communiqué de presse intitulé « Pénalisation du mariage : rectification d'une erreur dans l'estimation du nombre des couples mariés à deux revenus », le Conseil fédéral a indiqué que le nombre des couples mariés à deux revenus concernés par la pénalisation fiscale du mariage était nettement plus élevé que ce qu'avait estimé à l'époque l'Administration fédérale des contributions (AFC). En effet, selon les estimations corrigées, quelque 454'000 couples étaient concernés. L'AFC n'avait pas tenu compte des couples mariés à deux revenus avec enfants. L'estimation du nombre des couples de rentiers mariés concernés par cette pénalisation restait valable (env. 250'000 couples).

Dans les 3 jours suivant la publication de ce communiqué, un citoyen vaudois forme un recours auprès du Conseil d'Etat en demandant l'annulation de la votation sur l'initiative pour violation de la liberté de vote (art. 34 al. 2 Cst.). En raison de la portée supracantonale des griefs, le Conseil d'Etat déclare le recours irrecevable. Le citoyen recourt alors au Tribunal fédéral, qui doit déterminer si la formation de la volonté des citoyennes et citoyens a été influencée de manière inadmissible par l'erreur d'estimation du nombre de couples mariés à deux revenus touchés par la pénalisation fiscale du mariage.

Droit

Le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord que, même si la LDP ne prévoit pas de voie de droit permettant de faire valoir des irrégularités connues seulement après une votation fédérale, un droit à un contrôle de la régularité d'une votation fédérale se déduit directement de l'art. 29 al. 1 Cst. (en lien avec l'art. 29a Cst.) lorsqu'une influence massive sur le vote populaire s'est révélée plus tard. Dans un tel cas, il se justifie d'appliquer par analogie les dispositions de procédure de la LDP.

La révocation de l'arrêté de validation de la votation par le Conseil fédéral (art. 15 al. 1 LDP) n'est alors pas nécessaire pour que le Tribunal fédéral contrôle ultérieurement la régularité du scrutin. En effet, cet arrêté constate uniquement la validité du résultat par addition de chiffres. C'est en revanche au Tribunal fédéral qu'incombe le contrôle de la régularité du scrutin, c'est-à-dire sa conformité à la garantie de la libre formation et de l'expression fidèle et sûre de la volonté des citoyennes et citoyens (art. 34 al. 2 Cst.). Dès lors, si le Tribunal fédéral juge qu'une votation déjà validée doit être annulée en raison d'irrégularités découvertes bien après le scrutin, le Conseil fédéral doit adapter d'office son arrêté de validation à l'arrêt du Tribunal fédéral (cf. art. 182 al. 2 Cst.).

La sécurité du droit impose néanmoins de limiter dans le temps la contestation de votations passées. Le délai doit 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. En l'espèce, le recours a été déposé moins de deux ans et demi après la votation, ce qui est admissible à l'aune de la jurisprudence rendue à ce jour.

En outre, pour qu'une telle contestation rétrospective soit recevable, les faits avancés doivent être demeurés inconnus avant la votation et pendant le délai de recours, 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 motif de le faire. En d'autres termes, il doit s'agir de faits existants déjà au moment de la votation, mais qui étaient alors inconnus ou qui ont pu rester inaperçus (faits nouveaux improprement dits ; faux *nova*). En l'espèce, contrairement au Conseil fédéral, le Tribunal fédéral estime que le fait que la nouvelle estimation résulte d'une nouvelle méthode ne permet pas de juger que le recourant se fonde sur des vrais *novas*. En effet, c'est le nombre de 80'000 couples, corrigé à 454'000, qui constitue le fait pertinent qui existait déjà au moment de la votation. Savoir si le changement de méthode peut justifier l'erreur de l'estimation initiale et si celle-ci constitue une irrégularité est une question de fond.

Finalement, le Tribunal fédéral rappelle que, s'il ne peut pas revoir les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral (art. 189 al. 4 Cst.), l'état d'information global prévalant au moment d'une votation populaire peut en revanche faire l'objet d'une contestation. Il faut prendre en considération l'ensemble des informations mises à disposition des électeurs. Dans ce contexte, il n'est pas exclu que les informations émanant du Conseil fédéral soient de nature à influencer sur l'information globale des citoyens. Tel est le cas notamment lorsque le Conseil fédéral a omis des informations importantes auxquelles seule l'administration fédérale avait accès. En l'espèce, dès lors que le recourant prétend que le Conseil fédéral a donné une fausse information abondamment relayée dans le débat public en se fondant sur des données dont seule l'administration disposait, son grief est recevable.

Sur le fond, le Tribunal fédéral expose tout d'abord en général les principes applicables aux explications du Conseil fédéral, à savoir l'exhaustivité, l'objectivité, la transparence et la proportionnalité (art. 10a al. 2 LDP). Ce dernier principe exige en particulier que, s'il existe des incertitudes significatives lors de l'évaluation de la situation de départ, celles-ci soient clairement présentées comme telles.

Dans sa prise de position, le Conseil fédéral explique de deux façons la différence entre le nombre de couples mariés avec deux revenus selon le fascicule de vote et le communiqué de

presse. D'une part, le nombre de 80'000 se fondait sur une statistique de 2001. Une actualisation des chiffres en juin 2018 a permis de constater que le nombre de couples mariés à deux revenus était plus élevé. D'autre part, la Confédération ne dispose pas directement de données statistiques parce que l'impôt fédéral direct est prélevé par les cantons. Les chiffres communiqués n'étaient donc que des estimations, dont la méthode d'établissement a entre-temps changé.

Pour le Tribunal fédéral, l'information fournie au corps électoral était lacunaire ou erronée sur trois points. Premièrement, les citoyennes et citoyens ont reçu l'information que le nombre de couples mariés à deux revenus touchés par l'initiative était de 80'000. Cette information a été systématiquement reprise dans le débat public. Ce nombre était erroné puisqu'en réalité 454'000 couples pouvaient être concernés.

Deuxièmement, les citoyennes et citoyens n'ont jamais été informés de ce que le nombre de 80'000 résultait d'une estimation. Dans son message, le Conseil fédéral a affirmé à l'indicatif présent que 80'000 personnes étaient concernées. A aucun moment, il n'a dit que ce nombre ne provenait pas de statistiques, mais d'une estimation faite selon une méthode particulière et peu fiable. Pour garantir la libre formation de l'opinion, il aurait dû le préciser et utiliser le conditionnel. Les termes « quelque » et « environ » laissaient seulement penser que le nombre avait sans doute été arrondi. Les citoyennes et citoyens ne pouvaient en tout cas pas imaginer que le nombre de couples touchés pouvait être plus de 5 fois plus élevé. L'absence de transparence et d'indication sur le défaut de fiabilité des données constitue une irrégularité sur un élément essentiel dans la formation de l'opinion. Au vu de l'absence d'indication sur le fait que le nombre résultait d'une méthode d'estimation, le changement de cette méthode ne peut justifier l'information erronée.

Troisièmement, le corps électoral n'a pas non plus été informé du fait que l'estimation se fondait sur des données de 2001 non actualisées. Or, une partie non négligeable de la différence entre les deux nombres ne découle pas de la modification de la méthode d'estimation mais de l'actualisation de ces données.

Il ressort de ce qui précède que l'indication d'après laquelle « quelque 80'000 » couples mariés à deux revenus sont touchés par la pénalisation fiscale du mariage est inexacte et ne

mentionne pas son absence de fiabilité et d'actualité. Elle viole ce faisant les principes d'objectivité et de transparence. Cette donnée représentant une information essentielle pour la prise de décision, ses lacunes ont privé le corps électoral d'éléments importants pour former et exprimer son opinion. L'état d'information précédant le scrutin n'était donc pas compatible avec la liberté de vote garantie par l'art. 34 al. 2 Cst.

Le Tribunal fédéral examine ensuite si ces irrégularités ont pu influencer le résultat de façon déterminante. De manière générale, l'annulation d'une votation suppose que la violation soit grave et ait pu avoir une influence sur le résultat du vote. Les exigences sont plus strictes que lorsque le recours est formé bien après la votation que lorsqu'il l'est avant ou peu après. La sécurité du droit exige en effet la stabilité de la législation en vigueur (art. 5 Cst.). Suivant les circonstances, le principe de la bonne foi (art. 9 Cst.) et l'égalité devant la loi (art. 8 al. 1 Cst.) peuvent aussi s'opposer à l'annulation. Il convient donc de procéder à une pesée globale des intérêts, tenant compte de l'écart des voix, de l'influence possible de la gravité de l'irrégularité sur le résultat du vote, de la sécurité du droit et des autres aspects qui s'opposent à une annulation de la votation.

En l'espèce, l'initiative a été rejetée par une courte majorité du peuple et a été largement acceptée par les cantons. L'erreur était importante, puisque sa correction a multiplié par plus de 5 le nombre de couples mariés à deux revenus touchés. Cette irrégularité, abondamment relayée dans le débat public, est susceptible d'avoir eu une influence importante sur l'issue du scrutin, car elle a donné le sentiment que l'initiative visait une situation marginale. L'influence est d'autant plus grande que l'erreur n'a pas été reprise dans le calcul du coût de l'initiative, ce qui faussait le rapport à établir entre personnes touchées et coûts. Enfin, la sécurité du droit ne s'oppose pas à l'annulation du scrutin, car l'initiative a été rejetée lors de la votation. Celle-ci n'a donc pas introduit de dispositions qui seraient déjà en vigueur et auraient été appliquées.

En conclusion, le Tribunal fédéral estime qu'il est possible que les irrégularités constatées aient exercé une influence sur l'issue du vote. Le fait que, selon une analyse politologique du vote citée par le Conseil fédéral, la définition étroite du mariage ait été l'élément le plus important pour rejeter l'initiative ne s'oppose pas. Le Tribunal fédéral déduit en effet de

l'analyse en question que le nombre de personnes fiscalement discriminées était également un élément important dans le choix des citoyennes et citoyens. Quoi qu'il en soit, il n'est pas possible de déterminer quel argument a convaincu chacune et chacun de voter en faveur ou en défaveur de l'initiative. Le Tribunal fédéral ne peut pas prendre en compte de tels éléments résultants d'un sondage pour opérer la pesée des intérêts relative à l'annulation d'une votation. Par conséquent, le recours est admis et la votation portant sur l'initiative annulée.

Note

Cet arrêt du Tribunal fédéral est le premier à annuler une votation fédérale, contrôles immédiat et rétrospectif confondus (cpr [ATF 138 I 61](#), c. 8.7, JdT 2012 I 171 à propos du vote sur RIE II). Peu importe le fond de l'initiative, le signal fort qu'il envoie au Conseil fédéral et à l'administration fédérale doit être salué. Comme il ressort clairement de l'arrêt, la configuration en question réunissait en effet toutes les caractéristiques tracées auparavant par le Tribunal fédéral pour délimiter l'hypothèse dans laquelle une annulation d'une votation bien après celle-ci se justifie. Refuser néanmoins l'annulation aurait à notre sens signifié que la voie de droit prétorienne du contrôle rétrospectif était destinée à rester lettre morte et ne pouvait donc être qualifiée de voie de droit « efficace » garante de la protection juridique (cpr [ATF 138 I 61](#), c. 4.3 ss, JdT 2012 I 171).

Plus généralement, cet arrêt renforce la confiance dans la capacité et la volonté du Tribunal fédéral de protéger la libre formation de la volonté populaire ([art. 34 al. 2 Cst.](#)). Dans plusieurs arrêts récents, celui-ci s'est en effet refusé d'annuler une votation fédérale en dépit d'une influence critiquable de certaines autorités ([ATF 145 I 1](#), c. 8.3, 9.1, [LawInside.ch/719](#) et [LawInside.ch/714](#) ; [145 I 175](#), c. 6.2, [LawInside.ch/724](#) ; [143 I 78](#), c. 5.3, 6.3, 7.3, [LawInside.ch/372](#) ; [138 I 61](#), c. 8.6 s., JdT 2012 I 171). En annulant le vote sur l'initiative « Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage », le Tribunal fédéral démontre qu'il est néanmoins prêt à tirer les conséquences d'une information irrégulière du corps électoral et que les autorités ne se trouvent pas au bénéfice d'une pratique qui immuniserait toutes leurs communications.

Cela étant, il convient de garder à l'esprit le caractère exceptionnel sur plusieurs points de

cet arrêt. Premièrement, le Tribunal fédéral admet rarement le contrôle indirect des explications du Conseil fédéral en raison de leur influence sur l'état d'information global avant la votation. Bien qu'il le présente comme un cas de figure parmi d'autres envisageables, le Tribunal fédéral n'a à ce jour admis un tel contrôle que « lorsque le Conseil fédéral a omis des informations importantes auxquelles [seule] l'administration fédérale avait accès » (c. 1.5). Si tel n'est pas le cas, il estime en effet qu'il appartenait aux personnes opposées à l'avis des autorités de contester dans le débat public l'information transmise par celles-ci (cpr p. ex. arrêt TF 1C_216/2018 du 10.12.2018, c. 3.2 n.p. à l'ATF 145 I 1, LawInside.ch/719). Deuxièmement, si l'on compare l'irrégularité dénoncée en l'espèce à celles soulevées dans d'autres recours, elle apparaît nettement plus importante et touche le fond de l'information (cpr ATF 145 I 1, LawInside.ch/719 et LawInside.ch/714 ; 145 I 175, LawInside.ch/724 ; 143 I 78, LawInside.ch/372 [interventions de conférences spécialisées] ; cf. cpdt ATF 138 I 61, c. 8.6, où le TF admet également que l'erreur porte sur un élément essentiel). Troisièmement, le fait que l'initiative ait été rejetée et que la situation juridique n'ait donc pas été modifiée après la votation – contrairement par exemple à l'hypothèse où une loi exposée au vote en raison d'un référendum serait approuvée – est tout particulièrement décisif.

L'appréciation positive de cet arrêt vaut toutefois sans préjudice de la question de savoir si cette initiative respecte l'unité de la matière. Le Tribunal fédéral ne pouvait en effet pas revenir sur cette question (art. 189 al. 4 Cst.). Le sondage destiné à apprécier les éléments qui ont été déterminants aux yeux des citoyennes et citoyens pour approuver ou rejeter l'initiative démontre néanmoins l'importance du respect du principe d'unité de la matière et son impact sur la formation de la volonté populaire (cpr Andreas Kley, *Die Einheit der Materie bei Bundesgesetzen und der Stein der Weisen*, ZBl 120/2019 p. 3, p. 23 s.). En effet, lorsque, comme en l'espèce, l'initiative ne respecte pas l'unité de la matière (Jacques Dubey, *Droits fondamentaux*, vol. II, Bâle 2018, N 5162), il est difficile de déterminer rétrospectivement quel élément a eu une influence sur la formation de la volonté des citoyennes et citoyens, puisque ce processus est précisément vicié (cf. Dubey, *Droits fondamentaux II*, N 5161). Bien que le Tribunal fédéral balaie en l'espèce cet argument, cette incertitude fait à notre avis ressortir l'intérêt de garantir préventivement l'unité de la

matière, pour éviter de se demander ultérieurement quel était l'élément central de l'initiative, avec toutes les conséquences que cela implique.

A propos de la portée concrète de l'arrêt, on peut souligner que le Tribunal fédéral se limite à annuler la votation et indique qu'il appartiendra au Conseil fédéral d'en tirer les conséquences (art. 182 al. 2 Cst.). Il n'ordonne pas lui-même une mesure déterminée. En particulier, le Tribunal fédéral passe sous silence la question de savoir si le Conseil fédéral doit ordonner une nouvelle votation. On peut donc se demander à quel stade le traitement de l'initiative doit reprendre (cf. ég. BO 2019 N 778 Feller).

Le Parti démocrate-chrétien (PDC), à l'origine de l'initiative en question, a en effet immédiatement fait savoir qu'il souhaitait que le parlement « se prononce également une nouvelle fois sur l'initiative » et qu'il « attend[ait] du Conseil fédéral qu'il recherche le dialogue avec le comité d'initiative et le PDC avant de décider de la suite de la procédure » (Communiqué du 10.04.2019). Cela laisse penser que le comité d'initiative et consorts cherchent une solution de consensus qui passerait par un retrait de l'initiative à la faveur d'un contre-projet qui ne définirait pas le mariage en le limitant aux couples hétérosexuels. Peu après le vote annulé, le canton d'Argovie a d'ailleurs déposé une initiative identique à l'initiative populaire, sans la définition hétérosexuelle du mariage (N 16.318 du 29.11.2016 « Abolition de la pénalisation du mariage »). Contrairement au Conseil des Etats avant l'arrêt du Tribunal fédéral, le Conseil national a décidé début mai 2019 d'y donner suite (BO 2019 N 779).

La LDP n'impose pas de mesure déterminée en cas de constat d'irrégularités affectant une votation (cpr art. 79 al. 2 LDP). Il faut dès lors se demander si l'annulation de la votation fait revivre le droit du comité d'initiative de retirer celle-ci (art. 73 LDP) et peut ou doit conduire au renouvellement du traitement parlementaire de l'initiative (art. 97 ss LParl). A notre sens, dès lors que la jurisprudence estime que l'absence de voie de droit expresse pour contrôler rétrospectivement la régularité d'une votation constitue une lacune (ATF 138 I 61, c. 4.3), il faut également admettre que l'absence de disposition sur les conséquences à tirer d'une annulation bien après la votation constitue une lacune. Ces questions doivent donc être résolues dans le respect et en s'inspirant des buts et des valeurs consacrés par la

législation en la matière (Jacques Dubey / Jean-Baptiste Zufferey, Droit administratif général, Bâle 2014, N 410 ; Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7e éd., Zurich / St-Gall 2016).

L'art. 73 al. 2 LDP dispose que l'initiative « peut être retirée jusqu'au jour où le Conseil fédéral fixe la date de la votation populaire ». Le retrait a pour fonction d'améliorer la concordance du système démocratique, en permettant au comité de renoncer à une initiative dont les préoccupations seraient déjà entre-temps suffisamment sauvegardées ou qui paraît dénuée de chances de succès (Yvo Hangartner / Andreas Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, N 899, 2100). Il s'agit d'une prérogative qui n'est soumise à aucune condition matérielle. Son exercice ne dépend donc que de l'appréciation par le comité d'initiative de l'opportunité de l'initiative à la lumière de la situation politique avant la votation. A notre avis, l'évolution de la situation juridique et actuelle entre la votation et son annulation justifie de permettre au comité de se prononcer à nouveau sur le retrait de l'initiative, puisque l'opportunité politique de l'initiative est susceptible d'avoir évolué.

En revanche, le comité ne peut pas retirer partiellement l'initiative, en se limitant par exemple à retirer la phrase définissant le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme. Le retrait de l'initiative doit être complet, car il risque sinon de dénaturer l'initiative (cf. ég. arrêt TC JU du 12.11.1997, RJJ 1998 p. 129, c. 2b ; Andreas Auer, Problèmes et perspectives du droit d'initiative à Genève, Lausanne 1987, N 163 ; Stéphane Grodecki, L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève, Genève / Zurich / Bâle 2008, N 1298 ; Bénédicte Tornay, La démocratie directe saisie par le juge, Genève / Zurich / Bâle 2008, p. 133).

Quant à la question de savoir si la procédure parlementaire doit être renouvelée, il faut pour la résoudre distinguer le contrôle de validité de l'appréciation de l'opportunité de l'initiative par l'Assemblée fédérale. L'arrêt du Tribunal fédéral laisse en tout cas intact le résultat de la première opération, qui, à l'instar d'une décision, entre en force (à propos de la qualification juridique du contrôle de validité, cf. Camilla Jacquemoud, Le droit d'être entendu lors du contrôle de validité, Jusletter du 27 mai 2019, N 37 ss). Revenir sur la

validité s'apparenterait donc à une révocation. Or, l'irrégularité constatée n'est pas de nature à avoir influencé l'appréciation de la validité de l'initiative et ne constitue par conséquent pas un motif de révocation.

En ce qui concerne la délibération parlementaire à propos de l'opportunité de l'initiative, la LParl ne prévoit aucune disposition sur une éventuelle répétition de la procédure. Contrairement au contrôle de validité, le prononcé sur la recommandation de vote et le choix d'opposer ou non un contre-projet à l'initiative ne s'apparentent pas à des décisions au sens classique du terme. Il s'agit de choix politiques. Dès lors que la fonction attribuée à l'Assemblée fédérale dans ce contexte est de se prononcer sur l'opportunité politique de l'initiative et que, comme on l'a vu, celle-ci est susceptible d'être appréciée de façon différente en raison de l'écoulement du temps, il se justifie à notre sens que l'Assemblée fédérale puisse à nouveau se prononcer sur l'initiative et décider de lui opposer un contre-projet direct. En tout état de cause, l'Assemblée fédérale conserve le droit d'adopter un contre-projet indirect à l'initiative. Cette prérogative découle en effet du pouvoir général du parlement d'adopter les lois fédérales (art. 163-164 Cst.) (Etienne Grisel, Initiative et référendum populaires, 3^e éd., Berne 2004, N 720).

En conclusion, il est paradoxalement probable – et il serait juridiquement admissible – que les citoyennes et citoyens ne soient finalement pas appelés à voter à nouveau sur la même initiative, mais plutôt sur un contre-projet direct ou indirect à celle-ci.

Proposition de citation : CAMILLA JACQUEMOUD, L'annulation du scrutin fédéral sur l'initiative « Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage », in: <https://lawinside.ch/763/>