

LE TEMPS

opinions Mercredi 27 avril 2011

Une violation de la liberté de vote qui restera sans suite

Par Andreas Auer

Jamais dans l'histoire de la démocratie directe helvétique un vote du peuple suisse n'a été annulé par un juge. Peut-il en aller autrement pour le vote sur la nouvelle fiscalité des entreprises, qui est contesté deux ans après la tenue du scrutin? Le constitutionnaliste Andreas Auer en doute beaucoup, même si, rétroactivement, il apparaît que le peuple n'avait pas toutes les informations pour se prononcer

La nouvelle fait la une: lors de la votation populaire du 24 février 2008 sur la fiscalité des entreprises, les explications du Conseil fédéral étaient singulièrement incomplètes. Au lieu des quelque 80 millions de pertes fiscales envisagées à l'époque, il va falloir compter avec des pertes de l'ordre de 7 milliards. Or, le résultat du vote fut extrêmement serré, de sorte que l'on peut penser qu'il aurait été différent si le peuple avait disposé de toutes les informations. Des protestations, des motions et des recours ont suivi, qui posent la question des conséquences possibles de cette violation de la liberté de vote.

Dans une jurisprudence qui a plus de 60 ans et qui a fait son entrée dans la Constitution fédérale, le Tribunal fédéral pose le principe qu'aucun résultat d'une votation populaire ne doit être reconnu s'il ne traduit pas la volonté librement exprimée des électeurs. Or, les électeurs ne peuvent se former une opinion et opérer un choix que sur la base d'informations complètes que les autorités doivent leur fournir, notamment sur les enjeux et les conséquences du vote. La pratique judiciaire relative aux votations cantonales est claire: si la violation de la liberté de vote est grave et si le résultat du vote est serré, le Tribunal fédéral annule en principe la votation en cause. La liberté de vote est un droit fondamental dont le respect est essentiel à ce que la démocratie a de plus précieux: la légitimité.

Seulement, la votation en cause n'était pas cantonale, mais fédérale, et l'irrégularité qui en affectait le résultat n'a été découverte que deux ans ou plus après qu'elle eut lieu. Ce qui pose la question du sort que les autorités saisies, Conseil fédéral et Tribunal fédéral, réserveront aux réclamations et recours dont elles ont été saisies

Prenons d'abord le cas du Conseil fédéral saisi par les gouvernements des cantons de Zurich et Berne. On ne voit pas sur quelle base et comment le Conseil fédéral pourrait revenir sur la votation dont il a constaté officiellement le résultat par un arrêté du 10 avril 2008. Certes les décisions administratives peuvent, à certaines conditions, être révoquées. Mais en l'espèce, ce n'est pas le résultat en soi qui pose problème, mais la votation du 24 février 2008, qui s'est déroulée dans ces conditions irrégulières. Or, ces irrégularités ont pour l'essentiel été commises par le Conseil fédéral lui-même, qui apparaît donc fort mal placé pour les sanctionner. En matière de liberté de vote, le Conseil fédéral ne dispose d'aucune compétence et en annulant une votation populaire, il commettrait une nouvelle irrégularité non moins grave: une violation de la séparation des pouvoirs.

Reste le Tribunal fédéral, compétent pour statuer depuis 2007 sur des recours dirigés contre des votations fédérales. A ce jour il ne l'a fait, sauf erreur, qu'à deux reprises: en octobre 2009, il a rejeté un recours dirigé contre la votation fédérale du 17 mai 2009 sur les passeports biométriques¹ et en février 2011 il en a fait de même d'un recours qui s'en prenait à la votation du 28 novembre 2010 sur l'expulsion des étrangers criminels². Les deux fois cependant, les recours avaient été formés soit avant, soit immédiatement après la votation. Quant aux recours qui viennent d'être formés contre la

votation du 24 février 2008 sur la fiscalité des entreprises, ils posent trois problèmes délicats, l'un de forme et deux de fond.

Sur la forme, il est tout sauf certain que le Tribunal fédéral puisse entrer en matière. Il ne peut statuer en effet qu'en deuxième instance sur les votations populaires, qu'elles soient cantonales ou fédérales. Ceux qui veulent s'en prendre à une votation doivent donc d'abord recourir à un gouvernement cantonal, et ceci dans les trois jours qui suivent la découverte du motif, avant de saisir le Tribunal fédéral. Dans son dernier arrêt, le Tribunal fédéral a jugé que le recours au gouvernement cantonal devait précéder celui au Tribunal fédéral même si le gouvernement cantonal n'est pas compétent pour le trancher matériellement. Tel est bien le cas en l'espèce, le Conseil d'Etat ne pouvant annuler une votation populaire fédérale. Or, comme l'a constaté le Conseil exécutif bernois, le délai de trois jours n'a pas été respecté en l'espèce, de sorte que la voie vers Mon-Repos semble bouchée. Cependant, en application directe de la garantie constitutionnelle du droit d'accès au juge (art. 29a Cst), le Tribunal fédéral pourrait fermer un œil, vu les circonstances extraordinaires du cas, et se saisir de l'affaire, comme il l'a d'ailleurs fait à propos du vote sur l'expulsion.

Sur le fond, la première question est bien celle de savoir s'il y a eu violation de la liberté de vote. Si cela paraît évident aujourd'hui, vu les chiffres communiqués, il reste à savoir si cette perte fiscale massive était prévisible il y a trois ans, la veille du vote populaire. Dans son message, le Conseil fédéral avait estimé que la diminution des recettes ne pouvait pas être estimée avec fiabilité. Les juges devront prouver que tel n'était pas le cas, de sorte que le Conseil fédéral avait gravement négligé son devoir d'information.

La question la plus délicate est ensuite celle des conséquences possibles de cette violation, si tant est qu'elle ait eu lieu. L'annulation pure et simple du vote du 24 février 2008 paraît inconcevable. Jamais encore dans l'histoire de la démocratie directe helvétique un vote du peuple suisse n'a été annulé par le juge. En l'espèce, c'est la sécurité du droit qui semble s'y opposer avec force. Le régime fiscal introduit par ce vote a donné lieu à des centaines, à des milliers d'actes juridiques de la part des entreprises concernées, qui étaient en droit de s'y fier. Revenir sur ces actes sera matériellement difficile, sinon impossible. De sorte que, dans le meilleur – ou le pire – des cas, le Tribunal fédéral se contenterait de constater la violation de la liberté de vote, sans prononcer de sanction. Ce qui ne satisferait probablement personne

LE TEMPS © 2012 Le Temps SA