

L'information émanant des autorités et des particuliers en vue d'un scrutin, à l'aune de la liberté de vote

VINCENT MARTENET* ET THÉOPHILE VON BÜREN**

Mots clés: liberté de vote; votations; élections; explications de vote; information; intervention; effet horizontal des droits fondamentaux; art. 34 et 35 Cst. féd.; art. 4 LRTV

A. Introduction

La *liberté de vote* joue un rôle fondamental dans une démocratie. Celle-ci implique, dans une acception large, la libre participation des citoyens à la vie politique. Conscient de cette importance, le constituant a décidé de garantir expressément les droits politiques à l'article 34 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999¹. Cette disposition a donné lieu à un corpus jurisprudentiel extrêmement riche.

Tant les autorités que des tiers interviennent dans le débat public en vue d'un scrutin. Si la liberté de vote limite les *interventions* des premières, elle ne vise que de manière très restreinte celles des seconds. Ceux-ci peuvent du reste se prévaloir de la liberté d'opinion ou d'information (art. 16 Cst. féd.) ou, selon la terminologie conventionnelle, de la liberté d'expression (art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950² et 19 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques³).

La présente contribution présente tout d'abord les enjeux et limites de l'information émanant des autorités et des autres interventions de celles-ci en vue d'un scrutin, à l'aune de la liberté de vote (B). La situation des particuliers assimilables à des autorités officielles fait l'objet d'une analyse distincte (C). Enfin, les limites posées par la liberté de vote aux autres particuliers sont soi-

* Professeur ordinaire à l'Université de Lausanne.

** Assistant diplômé à l'Université de Lausanne.

1 Cst. féd.; RS 101. Voir Message du 20 novembre 1996 relatif à la nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1–653, 191–192.

2 CEDH; RS 0.101.

3 Pacte ONU II; RS 0.103.2.

gneusement examinées (D), avant la conclusion (E). L'accent est mis sur les interventions des particuliers car la jurisprudence et la doctrine sont embryonnaires sur ce point.

B. L'information émanant des autorités

I. L'expression fidèle et sûre de la volonté du corps électoral

L'article 34 Cst. féd. est divisé en deux alinéas. Le premier alinéa consiste en une garantie générale des droits politiques. Il s'agit d'une garantie minimale à caractère institutionnel, visant à protéger les principes essentiels de la participation démocratique. L'article 34 al. 1 Cst. féd. ne détermine pas le contenu exact des droits politiques. Ceux-ci sont établis par les articles 136 ss Cst. féd. au niveau fédéral. Aux niveaux cantonal et communal, les droits politiques sont, conformément à l'article 39 al. 1 Cst. féd., définis par le droit cantonal. Celui-ci est cependant soumis aux exigences de l'article 51 Cst. féd. qui impose aux cantons de se doter d'une *constitution démocratique* et de prévoir les droits d'initiative et de référendum en matière constitutionnelle.

L'article 34 al. 2 Cst. féd. précise néanmoins un aspect des droits politiques, en posant deux objectifs qui visent à protéger la *liberté de vote*, à savoir la protection de la libre formation de l'opinion des citoyens et la garantie que le résultat du scrutin soit l'expression fidèle et sûre de leur volonté. Cette disposition reprend l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral qui avait de longue date consacré la liberté de vote comme un droit constitutionnel non écrit. Ainsi, la liberté de vote doit permettre aux citoyens de «prendre leurs décisions politiques dans le cadre d'un processus de formation de la volonté qui soit conforme à la loi et aussi libre et complet que possible»⁴. Elle vise avant tout à favoriser un processus public, transparent et démocratique de formation de l'opinion du corps électoral⁵. La liberté de vote doit donc permettre une circulation libre de l'information et des opinions dans le cadre d'une campagne de votation ou d'une élection. Sur ce point, la liberté de vote peut être considérée comme une déclinaison de la liberté d'opinion et d'information (art. 16 Cst. féd. et 10 CEDH), à l'image de la liberté des médias (art. 17 Cst. féd.), de la liberté de la science (art. 20 Cst. féd.) ou bien de la liberté de l'art (art. 21 Cst. féd.)⁶.

4 ATF 130 I 290 *Zürcher Anwaltsverband*, 294; 129 I 185, 199; 123 I 63 *Charles Beer*, 71.

5 Ou selon la formulation du TF: «cela implique que chaque électeur puisse se déterminer dans le cadre d'un processus d'élaboration de l'opinion publique comportant une discussion et une confrontation des points de vue les plus libres et les plus ouvertes possibles» (ATF 121 I 252 *Alliance de gauche*, 255; voir aussi ATF 119 Ia 271 *Wallisellen*, 272; 118 Ia 259 *Evangelisch-Reformierte Landeskirche*, 261; 117 Ia 452 *Präsident des Obergerichts*, 455–456).

6 JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz*, 4^e éd., Berne 2008, pp. 611–613; MICHEL BESSON, *Behördliche Information vor Volksabstimmungen*, Berne 2003, pp. 7–15.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la liberté de vote comporte une série d'exigences qui tendent à protéger la formation de l'opinion des citoyens: la composition exacte du corps électoral, la formulation correcte de la question soumise au vote, les principes de l'unité de la matière, de l'unité de rang et de l'unité de la forme, le respect des conditions d'éligibilité et des incompatibilités, l'interdiction de l'influence illicite sur le résultat du scrutin, le respect des règles de procédure, le secret du vote⁷ et la constatation exacte du résultat du scrutin⁸.

Enfin, l'article 34 al.2 Cst. féd. commande aux autorités de veiller à ce qu'aucune influence illicite sur le processus de formation de la volonté des citoyens ne s'exerce au cours de la campagne, ce qui implique de limiter et de circonscrire le champ d'action et les possibilités d'intervention des différents acteurs politiques avant un scrutin. Aussi le Tribunal fédéral a-t-il mis sur pied un régime juridique différencié de limitation des interventions au cours d'une campagne, en tenant compte de la diversité des acteurs politiques, des moyens d'intervention utilisés et des modes de scrutin propres à la démocratie suisse.

II. Les autorités face à la liberté de vote

Le respect de la liberté de vote impose à l'Etat et à ses autorités une série d'obligations. Si l'Etat a l'obligation positive de renseigner ses citoyens sur les modalités, l'objet et les enjeux du scrutin à venir, il est également négativement tenu de s'abstenir de toute autre intervention susceptible d'exercer une influence illicite sur le résultat du scrutin⁹. Il convient donc d'analyser les possibilités d'intervention de l'Etat et les éléments constitutifs d'une influence illicite.

1. Les votations

a. Les explications fournies en public, le rapport explicatif et les recommandations

Selon le Tribunal fédéral, les autorités doivent, à l'approche d'un scrutin, s'abstenir de toute influence sur le corps électoral, afin que celui-ci puisse se déterminer de façon indépendante. Il précise à cet égard qu'il appartient avant

7 Voir néanmoins ATF 121 I 138 *Willi Rohner*, 148 s., JdT 1997 I 14, qui permet à un canton de maintenir l'institution de la *Landsgemeinde*.

8 Pour une synthèse, voir notamment MÜLLER/SCHEFER (note 6), pp. 613–622; PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, L'expression fidèle et sûre de la volonté du corps électoral, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, n° 1–42, pp. 349–362; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft, 3^e éd., Berne 2011, pp. 663–692.

9 ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 2^e éd., Berne 2006, p. 304.

tout aux différentes forces politiques et à la société civile de contribuer à la formation de l'opinion des citoyens¹⁰. Si elle n'a jamais clairement contraint l'Etat à observer une stricte neutralité avant un scrutin, notre Haute Cour a néanmoins affirmé à plusieurs reprises que l'Etat était tenu à un devoir d'objectivité et de retenue dans ses interventions dès le moment où démarre la campagne de votation¹¹.

Le Tribunal fédéral reconnaît néanmoins que l'Etat exerce une fonction d'information qui lui permet d'intervenir dans une campagne pour faire valoir sa conception de l'intérêt public¹². En ce sens, il admet que les autorités adressent aux électeurs un rapport explicatif assorti de recommandations de vote¹³. Un tel rapport et de telles recommandations doivent fournir une information objective et décrire de façon correcte le but et la portée de l'objet soumis à votation, ainsi que tenir compte des opinions contraires. Au niveau fédéral, une telle exigence ressort clairement de l'article 11 al. 2 de la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques¹⁴. Les autorités sont évidemment habilitées, dans ces limites, à expliquer en public les enjeux de la votation et leur position à cet égard. Le but d'une intervention doit cependant toujours demeurer l'*information objective* des citoyens dans l'optique de l'intérêt public. Les interventions visant ou ayant pour effet de manipuler ou distordre le processus démocratique ou encore de susciter la polémique ne sont pas admissibles. La limite peut s'avérer floue dans certains cas. La jurisprudence peut et doit contribuer à la définir.

b. *Les interventions supplémentaires*

Au-delà de ces formes d'information, le Tribunal fédéral admet à titre d'exception une intervention des autorités lorsque des motifs pertinents («triffige Gründe») l'imposent¹⁵. A l'heure actuelle, notre Haute Cour a admis quatre dif-

10 Arrêt 1P.377/2003 (2003), consid. 2.1.

11 ATF 121 I 252 *Alliance de gauche*, 256 et 258. Le moment exact qui marque le début de la campagne fait l'objet de controverses en doctrine. Le TF a quant à lui laissé la question ouverte (voir ANDREAS AUER, Les limites imposées au gouvernement en matière de publicité politique, *Medialex* 2002, pp. 133–142, 138–139 et les références citées).

12 ATF 129 I 232 *Schweizerische Volkspartei*, 244.

13 ATF 121 I 252, 255; 119 Ia 271, 273; 112 Ia 332, 335; 89 I 437, 443.

14 LDP; RS 161.1. Des dispositions similaires existent également dans certains cantons: art. 77 al. 1 let. b de la loi bernoise sur les droits politiques (RS BE 141.1), § 19 al. 1 *Gesetz über die politischen Rechte* de Bâle-campagne (RS BL 27.820), § 27 *Gesetz über Wahlen und Abstimmungen* de Bâle-ville (RS BS 132.100), art. 25 al. 3 let. a *Legge sull'esercizio dei diritti politici* du Tessin (RS TI 1.3.1.1). Dans le canton de Neuchâtel, cette question fait même l'objet d'une disposition constitutionnelle (art. 45 de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel).

15 ATF 132 I 104 *Thierry Clément*, 112; 121 I 252 *Alliance de gauche*, 256; 119 Ia 271 *Wallisellen*, 273 (et les références citées); voir notamment PIERRE TSCHANNEN, *Schutz der politischen Rechte*, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (éd.) – Jörg Paul Müller/Daniel Thürer (coord.), *Handbuch der Grundrechte – Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*, Heidelberg/Zürich/St-Gall 2007, pp. 491–516, 510–512.

férents motifs pertinents permettant aux autorités d'intervenir dans une campagne de votation. De tels motifs visent à permettre une intervention des autorités favorisant la formation libre et objective de la volonté des citoyens. A cet égard, les autorités remplissent un rôle de «gardien»¹⁶, chargé de veiller au bon déroulement du processus démocratique.

Tout d'abord, les autorités sont fondées à intervenir lorsque des *faits nouveaux et importants* apparaissent au cours de la campagne de votation. Ceux-ci permettent à l'autorité de fournir des informations supplémentaires aux électeurs, afin que ces derniers puissent se faire une image aussi libre et complète que possible de l'objet soumis au vote. Tel est notamment le cas lorsque l'objet de la votation subit des modifications peu avant l'échéance du scrutin¹⁷.

Ensuite, une intervention des autorités peut s'avérer licite lorsque la complexité de la question soumise aux électeurs requiert la communication d'*informations complémentaires*. Par exemple, le Tribunal fédéral a permis aux autorités de la ville de Thoun de poser des affiches représentant un agrandissement d'un plan de construction soumis à votation, afin que les citoyens se fassent une image plus nette du projet¹⁸.

Il en va de même lorsque l'objet de la votation présente un *caractère inhabituel*. Ainsi, une votation ayant un objet inhabituel fait naître un besoin accru d'information («Informationsbedürfnis») chez les électeurs, que la communication d'informations supplémentaires par les autorités peut combler¹⁹.

Enfin, lorsque des éléments susceptibles d'*induire les citoyens en erreur* sont exposés au public, les autorités ont «le droit, mais aussi le devoir»²⁰ d'intervenir dans la campagne pour rectifier et corriger de tels éléments trompeurs, et ce afin de rétablir une certaine objectivité du débat public²¹. Tant les informations erronées émanant de tiers que d'autorités sont ici concernées.

c. Les principes régissant l'information et les interventions des autorités

Pour être jugée licite, l'intervention d'une autorité dans une campagne ne doit pas seulement être justifiée sur le principe, mais elle doit encore remplir plusieurs conditions de fond. D'origine jurisprudentielle, ces conditions sont au nombre de quatre. En effet, les autorités doivent respecter les principes d'objectivité, d'exhaustivité, de transparence et de proportionnalité²². Ces qua-

16 ANDREA TÖNDURY, Intervention oder Teilnahme? Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Kommunikation im Vorfeld von Volksabstimmungen, ZBl 2011, pp. 341–374, 346.

17 ATF 89 I 437 *Meier*, 447; pour plus de détails, voir BESSON (note 6), p. 118.

18 Arrêt du 24 novembre 1982, JAB 1983, pp. 1–9, 7; voir BESSON (note 6), p. 119.

19 Arrêt 1P.116/2000, Pra 2000, n° 129, pp. 758–759.

20 ATF 116 Ia 466, 472.

21 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 9), p. 306. Pour le surplus, cf. *infra* D.III.1.

22 Ces quatre principes ont été expressément repris par le nouvel art. 10a LDP, introduit le 5 octobre 2007 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009), qui régleme désormais les interventions du Conseil fédéral dans les campagnes de votations fédérales.

tre principes posent les limites générales des interventions des autorités dans les campagnes de votation²³.

Le principe d'*objectivité* exige des autorités qu'elles fournissent une information correcte, claire, complète et équilibrée dans leurs interventions avant un scrutin²⁴. Elles doivent notamment tenir compte des arguments contraires à leur position et les refléter de façon équitable, conformément au principe de l'égalité des chances²⁵. En ce sens, le principe d'*exhaustivité* est compris dans le principe d'*objectivité*²⁶. Cela ne signifie cependant pas que les autorités ont à reporter les moindres détails dans leurs documents. Il leur est simplement interdit de dissimuler ou d'omettre des éléments importants. L'importance des différents éléments doit s'apprécier au cas par cas²⁷. Sur ce point notamment, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt de principe relatif à la votation de février 2008 sur la réforme de l'imposition des entreprises II²⁸, aux termes duquel l'information fournie au peuple en vue d'un scrutin doit permettre à celui-ci de disposer des éléments nécessaires à la formation libre et objective de sa volonté. Lorsque des prévisions sont établies ou, à l'inverse, lorsqu'elles s'avèrent extrêmement délicates, voire impossibles, une information transparente et objective est aussi requise²⁹. Cette évolution de la jurisprudence mérite d'être saluée.

En outre, le principe de *transparence* impose aux autorités de ne pas agir de façon occulte ou d'user de moyens jugés répréhensibles. Tel est notamment le cas lorsque les autorités financent en sous main un comité privé³⁰. A cet égard, tous les fonds engagés dans une campagne par une collectivité publique doivent être divulgués³¹.

Enfin, les autorités doivent faire usage de moyens d'intervention proportionnés. La *proportionnalité* (art. 5 al. 2 Cst. féd.) des moyens utilisés se mesure à l'aune de trois critères en particulier: les moyens utilisés par les acteurs privés dans la même campagne de votation, la taille de la collectivité concernée par la

23 BESSON (note 6), pp. 180–181.

24 BESSON (note 6), pp. 182–199; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 9), p. 305; YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2000, pp. 1027–1031; GEROLD STEINMANN, Interventionen des Gemeinwesens im Wahl- und Abstimmungskampf, PJA 1996, pp. 255–269, 261; JEANNE RAMSEYER, Zur Problematik der behördlichen Information im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen, Bâle/Francfort s.M 1992, pp. 41–44.

25 ATF 136 I 389, 391–392; TÖNDURY (note 16), p. 363; BESSON (note 6), p. 260; RAMSEYER (note 24), pp. 47–48.

26 Arrêt 1P.131/2004 (2004), consid. 2; MÜLLER/SCHEFER (note 6), p. 627.

27 ATF 130 I 290, 294–295; 119 Ia 271, 275–276.

28 ATF 138 I 61 *Kiener Nellen*.

29 ATF 138 I 61 *Kiener Nellen*, 91–94.

30 ATF 114 Ia 427 *Heinz Aebi*, 444; BESSON (note 6), pp. 200–208; le principe de transparence peut d'ailleurs se déduire de l'art. 5 Cst. féd.; voir RENÉ WIEDERKEHR, Transparenz als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns, ZBI 2007, pp. 521–543, 526.

31 Voir message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire «Souveraineté du peuple sans propagande gouvernementale» (FF 2005 4139, 4160).

votation, ainsi que l'importance et la portée de l'objet soumis au vote³². Ces critères sont relativement imprécis et doivent là aussi être appréciés au cas par cas. Il convient également d'analyser si les moyens mis en œuvre s'avèrent aptes à atteindre le but visé d'information du public. Conformément à la maxime de la nécessité, les autorités doivent faire usage des mesures les moins contraignantes parmi celles qui sont à leur disposition³³.

d. Appréciation critique

La jurisprudence est jugée trop contraignante pour les autorités par une grande partie de la doctrine actuelle. Ainsi, les autorités devraient pouvoir s'investir plus fortement dans une campagne de votation pour défendre leur position, notamment en raison de la complexité croissante des objets soumis à votation, de la puissance des médias et des différents groupes de pression et autres milieux d'intérêts privés intervenant dans le débat, ou encore du caractère de plus en plus artificiel de la frontière entre Etat et société civile. Ces évolutions accroissent les besoins d'une information claire et objective ressentis par les citoyens, rendant ainsi nécessaire un véritable *devoir d'information* des autorités lors des campagnes de votation, et ce afin de favoriser un processus libre et ouvert de formation de l'opinion des électeurs³⁴.

Le Tribunal fédéral est depuis un certain temps attentif à ces développements doctrinaux. Dès 1993, il les a jugés dignes de considération³⁵. Dans un arrêt récent, il semble s'écarter clairement de sa jurisprudence antérieure, en affirmant que l'article 34 al. 2 Cst. féd. n'a pas pour but principal d'interdire le principe d'une intervention des autorités dans une campagne, mais qu'il pose des principes relatifs à l'information émanant des autorités³⁶.

32 BESSON (note 6), pp. 208–223.

33 Pour une analyse très détaillée de la question, voir TONDURY (note 16), pp. 364–365.

34 Voir avant tout GION-ANDRI DECURTINS, Die rechtliche Stellung der Behörde im Abstimmungskampf, Fribourg 1992, pp. 255–291; MÜLLER/SCHNEIDER (note 6), pp. 623–629; BESSON (note 6), pp. 141–177; GEROLD STEINMANN, Die Gewährleistung der politischen Rechte durch die neue Bundesverfassung, RJB 2003, pp. 481–507, 494; PASCAL MAHON, L'information par les autorités, RDS 1999 II, pp. 201–352, 257–259; PIERRE TSCHANNEN, Stimmrecht und politische Verständigung, Bâle/Francfort s.M 1995, pp. 425–445; ZEN-RUFFINEN (note 8), § 30, pp. 357–358. Pour des avis divergents, voir: DENIS BARRELET, L'Etat entre le devoir d'informer et le désir de cultiver ses relations publiques, in: Mélanges Jean-François Aubert, Bâle/Francfort s.M 1996, pp. 310–312, qui parle à cet égard de «totalitarisme doux»; AUER (note 11), p. 142; ARTHUR HAEFLIGER, Die information des Bürgers vor dem Urnengang, in: Mélanges Jean-François Aubert, op. cit., p. 227.

C'est également le point de vue défendu par le Conseil fédéral, notamment dans son message concernant l'initiative populaire «Souveraineté du peuple sans propagande gouvernementale» (note 31), 4152–4159. L'échec cuisant de cette initiative (75.2% des citoyens l'ont refusée) qui visait à limiter considérablement les interventions des autorités fédérales avant une votation montre que la population n'est sur le principe pas opposée aux interventions des autorités dans le débat démocratique.

35 ATF 119 Ia 271 *Wallisellen*, 280.

36 Arrêt 1C_412/2007 (2008) consid. 6.2; voir aussi MÜLLER/SCHNEIDER (note 6), p. 624 (note 84);

Cet arrêt a conduit certains auteurs à affirmer que le Tribunal fédéral avait ainsi opéré un «changement de paradigme», renonçant au principe de l'interdiction des interventions lors d'une campagne en l'absence de motifs pertinents pour lui substituer une admissibilité de principe des interventions étatiques³⁷. Cependant, l'absence de décision confirmant cet arrêt doit inciter à la prudence et ne doit pas amener trop vite à conclure à un renversement de jurisprudence. Il est en revanche clair que tant le Conseil fédéral³⁸ que l'Assemblée fédérale³⁹ ont une interprétation des possibilités d'intervention permises par l'article 34 al. 2 Cst. féd. plus large que celle de notre Haute Cour. La sécurité du droit commanderait que celle-ci prenne clairement position à ce sujet.

Les quatre principes de l'exhaustivité, de l'objectivité, de la transparence et de la proportionnalité demeurent valables et font du reste partie du droit positif⁴⁰. Un assouplissement de l'application du principe de la proportionnalité se justifie cependant à notre sens. Une intervention allant au-delà de l'envoi d'une brochure à la population et des explications y relatives est, par principe, admissible. Il s'agit de tenir compte du devoir d'information des autorités dans la pesée des intérêts, étant rappelé que l'information porte en particulier sur les avis exprimés par les représentants directs du peuple et la recommandation votée par eux⁴¹. Elle s'inscrit en somme dans l'intérêt public et occupe une place importante dans le débat démocratique. Il appartient largement au Conseil fédéral d'apprécier, pour chaque objet, l'ampleur de ses interventions. Une marge d'appréciation importante doit lui être reconnue à cet égard. En fin de compte, seul un déséquilibre manifeste conduisant à une distorsion du processus démocratique constituera une violation du principe de la proportionnalité et de la liberté de vote.

En revanche, la marge d'appréciation du Conseil fédéral est considérablement réduite lorsque sont en cause les principes de l'exhaustivité, de l'objectivité et de la transparence. Si une information est objectivement nécessaire ou

RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, *Verfassungsrecht der Schweiz*, 2^e éd., Bâle/Francfort s.M 2009, § 2079, p. 402.

37 MARTINA CARONI, *Geld und Politik? Die Finanzierung politischer Kampagnen im Spannungsfeld von Verfassung, Demokratie und politischem Willen*, Berne 2009, p. 67; MÜLLER/SCHEFER (note 6), pp. 623–624.

38 Voir le message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire «Souveraineté du peuple sans propagande gouvernementale» (note 31), pp. 4152–4163; par ailleurs, le Conseil fédéral a fait preuve durant certaines campagnes d'un activisme allant au-delà de ce que préconise la jurisprudence du TF. Voir CORINA CASANOVA, *Information oder Propaganda? Das Engagement des Behörden über einen UNO-Beitritt*, in: *Festschrift Giusep Nay*, Lucerne 2002, pp. 36–50; voir également LAURENT GOETSCHEL, *Zwischen Effizienz und Akzeptanz. Die Informationspolitik der Schweizer Behörden im Hinblick auf die Volksabstimmung über den EWR-Vertrag vom 6. Dezember 1992*, Berne/Stuttgart/Vienne 1994.

39 L'art. 10a al. 1 LDP prévoit en effet que le Conseil fédéral informe les électeurs de *manière suivie* sur les objets soumis à la votation fédérale.

40 Art. 10a al. 2 LDP.

41 Voir l'art. 10a al. 3 et 4 LDP.

même simplement utile au débat démocratique, il est en principe tenu de la fournir au peuple. La jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral participe, nous semble-t-il, d'une telle approche⁴².

2. *Les élections*

Si le champ d'action laissé aux autorités lors de votations est limité, il est quasiment nul lors d'élections. En effet, les interventions de l'Etat dans une campagne électorale sont en principe inadmissibles. S'il est reconnu que les autorités peuvent défendre leur conception de l'intérêt public à l'occasion d'une votation, une telle possibilité leur est déniée dans le cadre d'une élection. En effet, si une autorité prenait le parti d'un candidat en lice, elle ne défendrait pas l'intérêt public mais se mettrait au contraire au service d'intérêts partisans. Une telle interdiction concerne d'autant plus les autorités politiques. En effet, le but d'une élection est justement d'ouvrir la possibilité de changer les élus, rendant ainsi toute intervention officielle en faveur des membres en place incompatible avec les principes démocratiques⁴³. Lors d'une campagne électorale, les autorités sont donc tenues à un strict devoir de neutralité⁴⁴. L'Etat n'a dès lors aucune information à fournir aux citoyens, si ce n'est celles relatives au déroulement du scrutin.

Cependant, le Tribunal fédéral a tout de même admis à titre exceptionnel que les autorités puissent être autorisées à intervenir dans une élection, si une telle intervention paraît indispensable pour assurer une formation et une expression libres de la volonté des électeurs. Par exemple, si des informations manifestement fausses sur un candidat sont divulguées et qu'il apparaît que seules les autorités sont en mesure de les rectifier, il peut être admis que les autorités interviennent dans la campagne électorale. Cas échéant, l'autorité doit mener son intervention de façon neutre et se contenter de rétablir la vérité⁴⁵. Une telle conception du rôle de l'autorité est admissible selon nous, pour autant que les conditions de l'intervention soient appliquées très strictement en la matière.

42 ATF 138 I 61 *Kiener Nellen*, 91–94.

43 TSCHANNEN (note 8), p. 670; HANGARTNER/KLEY (note 24), p. 1043.

44 VINCENT MARTENET, *Géométrie de l'égalité*, Zurich et al./Paris/Bruxelles 2003, pp. 592–593 et les références.

45 ATF 118 Ia 259 *Evangelisch-Reformierte Landeskirche*, 262–263; 117 Ia 452 *Präsident des Obergerichts*, 457. Voir aussi TSCHANNEN (note 15), p. 513; ZEN-RUFFINEN (note 8), p. 355.

III. Les conséquences juridiques d'une influence illicite sur le résultat du scrutin

1. Avant le scrutin

Les autorités sont fondées à intervenir dans une campagne lorsque d'importants manquements dans la préparation du scrutin sont constatés, par exemple lorsque'une grande partie des citoyens n'a pas reçu les documents officiels liés à la votation ou à l'élection. L'Etat est tenu de protéger la liberté de vote et, partant, de favoriser la formation libre et objective de la volonté du corps électoral. En conséquence, les autorités se doivent d'intervenir le plus rapidement possible dans la campagne, afin de corriger les erreurs et les manquements commis ou tout du moins d'en atténuer les effets. Une telle exigence ressort notamment de l'article 79 al. 2 LDP, qui impose aux gouvernements cantonaux de prendre, d'office ou à la suite d'un recours, toutes les mesures nécessaires à la correction des défauts constatés, si possible avant la clôture du scrutin⁴⁶.

Cependant, lorsque des erreurs ou des manquements sont constatés mais qu'il apparaît impossible de les corriger avant la tenue du scrutin, en raison de leur ampleur ou d'une prise en considération trop tardive du problème, il est possible de requérir le report du scrutin auprès de l'autorité compétente. Le report du scrutin peut être ordonné par une décision finale⁴⁷ ou par le biais de l'effet suspensif conféré au recours. Dans ce dernier cas, la tenue du scrutin est suspendue le temps que l'autorité compétente rende sa décision.

En pratique, les reports de scrutin sont rares. Un report n'est admis que dans la mesure où il permet d'éviter que se tienne un scrutin dont il apparaît que le résultat serait certainement annulé par le juge compétent, tant sont graves et considérables les atteintes à la liberté de vote commises au cours de la campagne; le report du scrutin offre alors le temps aux autorités de remédier à de telles atteintes⁴⁸. A notre sens, il convient de se placer dans la position du corps électoral durant toute la période pendant laquelle les irrégularités ont pu produire des effets. Il ne nous paraît pas nécessaire de démontrer de manière précise les effets des irrégularités – le scrutin n'a du reste pas encore eu lieu. Celles-ci sont susceptibles d'affecter la confiance de la population dans le fonctionnement de la démocratie, si bien qu'il faut éviter que ne se crée une impression que celui-ci est

46 Voir Circulaire du Conseil fédéral aux gouvernements cantonaux relative aux problèmes relevant du domaine des votations (FF 1999 5308): «Il n'est donc pas tolérable qu'un canton, malgré l'étalage d'articles de journaux consacrés à des irrégularités commises dans plusieurs communes, reste inactif jusqu'au dépôt d'un recours après la votation, et n'enjoigne les communes, au moyen d'une circulaire, d'agir désormais conformément à la loi qu'après la votation»; HANGARTNER/KLEY (note 24), p. 1087; BESSON (note 6), p. 387.

47 Pour un exemple de décision finale ordonnant le report du scrutin, voir: décision du Tribunal administratif du canton de Genève du 13 octobre 1998, RDAF 1999 I, pp. 195–198.

48 BESSON (note 6), p. 390; HANGARTNER/KLEY (note 24), p. 1087; HANS-RUDOLF ARTA, Die Rechtsfolgen unzulässiger behördlicher Einflussnahmen auf kantonale und kommunale Wahlen und Abstimmungen, PJA 1996, pp. 278–285, 279–280.

faussé. Pour autant que le Tribunal fédéral soit saisi en temps utile et qu'un report du scrutin demeure possible, des irrégularités d'une certaine importance devraient en principe suffire, sans exiger qu'elles soient graves et considérables.

2. *Après le scrutin*

Si les atteintes à la liberté de vote n'ont pu être évitées avant le scrutin, notamment par des rectifications appropriées, une annulation du résultat peut entrer en ligne de compte. Cependant, il ne suffit pas que des irrégularités aient été commises au cours de la campagne pour justifier une annulation du résultat du scrutin, encore faut-il que celles-ci aient eu une influence importante sur le résultat du scrutin.

Ne pouvant mesurer avec exactitude l'impact des atteintes commises à l'encontre de la liberté de vote, le Tribunal fédéral procède à une analyse de l'ensemble des circonstances pour déterminer l'ampleur de ces irrégularités. Il tient notamment compte de facteurs tant quantitatifs que qualitatifs, tels que l'ampleur de l'écart des voix, la gravité des irrégularités constatées et leur importance dans le cadre de l'ensemble de la votation⁴⁹. Par ailleurs, des irrégularités graves justifient de prêter une attention moins grande à l'écart des voix⁵⁰. A cela s'ajoute la nécessité de rétablir la confiance dans le processus démocratique⁵¹. En outre, il n'appartient pas au recourant de prouver l'effet décisif des irrégularités sur le résultat, il suffit que celui-ci appartienne au domaine du possible («im Bereiche des Möglichen») d'après l'état de fait établi⁵².

Enfin, le principe de la sécurité du droit, dont le respect est notamment exigé par les art. 5 et 9 Cst. féd., doit également entrer en ligne de compte lors de l'analyse. Il s'agit alors de procéder à une pesée de l'ensemble des intérêts en présence. Plus la date de la votation est ancienne, plus la sécurité du droit peut commander de ne pas annuler le scrutin. En plus de cette question de principe, l'annulation du résultat d'un scrutin *a posteriori* est parfois simplement impensable pour des raisons pratiques. Dans un arrêt du 20 décembre 2011, le Tribunal fédéral a refusé d'annuler le résultat du référendum relatif à la loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II. Après avoir admis que les informations incomplètes et erronées fournies par les autorités dans la brochure de votation constituaient une violation grave de la liberté de vote, il a précisé que l'on ne saurait pourtant annuler le résultat du scrutin dans la mesure où la récupération des allègements fiscaux octroyés par la loi poserait des problèmes techniques insolubles dans la pratique⁵³. Si une annulation s'avère impossible pour les mo-

49 ATF 118 Ia 259 *Evangelisch-Reformierte Landeskirche*, 263; BESSON (note 6), pp. 395–400; ARTA (note 48), pp. 283–284.

50 TSCHANNEN (note 15), p. 515.

51 TSCHANNEN (note 15), p. 515.

52 ATF 130 I 290 *Zürcheranwaltsverband*, 296; 129 I 185, 204; 119 Ia 271 *Wallisellen*, 274.

53 ATF 138 I 61 *Kiener Nellen*, 92 et 94–95. Favorable au maintien du résultat du scrutin, GIO-

tifs précités, notre Haute Cour peut tout de même constater les irrégularités et la violation de la liberté de vote. Cette constatation peut s'opérer de manière informelle au cours des considérants ou bien apparaître dans le dispositif d'une décision formelle⁵⁴.

L'arrêt précité ne distingue cependant pas la période avant qu'il soit rendu de celle qui suit. Le Tribunal fédéral parvient à la conclusion que la liberté de vote a été violée, alors que la réforme est déjà en vigueur. Des considérations pratiques et la sécurité du droit justifient *in casu* de ne pas annuler rétroactivement tous les effets de celle-ci. Autre est cependant la question de savoir si ces motifs ou d'autres empêchent d'exiger un nouveau scrutin pour l'avenir, quitte à permettre aux autorités politiques de mettre en place un régime transitoire en cas de refus populaire lors du second scrutin. Le Tribunal fédéral n'a, à tort selon nous, pas examiné cette question. Ni l'égalité de traitement (art. 8 Cst. féd.) ni la bonne foi (art. 5 al. 3 et 9 Cst. féd.), qu'il mentionne⁵⁵, ne lui fournissent une véritable aide sur ce point car elles ne font pas obstacle à un changement normatif⁵⁶. Son arrêt, quoique pertinent quant à l'analyse de la violation de la liberté de vote, élude la question la plus délicate à la fin. Notre Haute Cour a peut-être été effrayée par son audace. C'est regrettable. A l'avenir, lorsqu'elle parvient à la conclusion que la liberté de vote a été violée, *a fortiori* de manière grave, elle doit en principe envisager et examiner l'hypothèse d'un nouveau scrutin produisant, le cas échéant, des effets pour l'avenir et comportant éventuellement un régime transitoire. Une telle approche permet d'assurer une certaine concordance pratique entre la liberté de vote d'une part et la sécurité du droit d'autre part.

C. L'information émanant des particuliers assimilables à des autorités

Droit fondamental, la garantie des droits politiques a d'abord une dimension verticale et vise donc en premier lieu l'Etat et ses différentes autorités. Si l'Etat comprend avant tout les organes officiels et les différents services administratifs, il existe différentes catégories d'acteurs de la vie politique dont la jurisprudence s'est demandé dans quelle mesure ils pouvaient être assimilés à des autorités officielles. Il en va ainsi, sans que la liste soit exhaustive, des membres

VANNI BIAGGINI, Eine verzwickte Angelegenheit: Die nachträgliche Überprüfung der Regularität einer eidgenössischen Volksabstimmung, ZBl 2012, pp. 429–441, 429, qui examine cependant essentiellement les questions liées à l'accès au juge en matière de votations.

54 ATF 138 I 61 *Kiener Nellen*, 78–79; 129 I 185, 206.

55 ATF 138 I 61 *Kiener Nellen*, 95.

56 S'agissant de la bonne foi, voir PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, Droit administratif, vol. I, 3^e éd., Berne 2012, pp. 919 s., note 354.

d'une autorité s'exprimant à titre privé, des Eglises au bénéfice d'un statut de droit public et des entreprises publiques ou d'économie mixte.

I. Les membres d'une autorité s'exprimant à titre privé

Le Tribunal fédéral a assimilé l'intervention des membres d'une autorité aux interventions privées. Les restrictions aux interventions qui pèsent sur les autorités ne concernent donc en principe pas les prises de position personnelles de leurs représentants. Notre Haute Cour a notamment reconnu qu'il était usuel que ceux-ci interviennent dans les campagnes avant un scrutin, soit personnellement, soit en qualité de membre d'un comité d'initiative⁵⁷. De même, il est admissible que les membres des autorités fassent état de leur fonction officielle lorsqu'ils prennent position publiquement, et ce afin de mettre en évidence leur connaissance du sujet.

Lorsqu'ils s'expriment à titre privé, ils ne sont pas autorisés à donner une «apparence officielle non pertinente» à leurs interventions, laissant croire qu'ils présentent la position officielle des autorités. Pour évaluer cette apparence, il convient d'examiner comment une telle intervention est perçue par un citoyen «moyen», c'est-à-dire un citoyen ni plus, ni moins intéressé que la moyenne à la vie politique. S'il n'apparaît pas clairement que le membre de l'autorité s'exprime à titre privé, sa fonction officielle risque de conférer une autorité illégitime à ses propos et ainsi exercer une influence illicite sur les citoyens⁵⁸. Cette frontière tracée par la jurisprudence entre interventions officielles et interventions à caractère privé est jugée artificielle par une partie de la doctrine⁵⁹ qui estime que les interventions des membres d'autorité jouissent en toutes circonstances d'un «bonus d'autorité»⁶⁰. En participant aux débats lors d'une campagne, les membres du gouvernement continuent d'agir dans le cadre de leur mandat, qui leur impose de diriger la collectivité, notamment en soutenant ce qui leur semble bon pour l'intérêt général⁶¹. Pour cette raison, il serait préférable d'assimiler leur participation à la campagne à des interventions officielles et de les soumettre en conséquence aux mêmes conditions de restriction. A notre avis, cette analyse n'est valable que lorsqu'un membre du gouvernement défend la position officielle du gouvernement. C'est d'ailleurs là une expression du principe de collégialité⁶². En revanche, le membre d'un exécutif qui

57 ATF 130 I 290 *Zürcheranwaltsverband*, 295.

58 ATF 130 I 290 *Zürcheranwaltsverband*, 295; ATF 119 Ia 271 *Wallisellen*, 275; TSCHANNEN (note 8), p. 672; BESSON (note 6), pp. 262–270; HANGARTNER/KLEY (note 24), pp. 1039–1041; RAMSEYER (note 24), pp. 63–65.

59 STEINMANN (note 24), p. 265.

60 TÖNDURY (note 16), p. 349.

61 ATF 121 I 252 *Alliance de gauche*, 256.

62 Les hauts fonctionnaires intervenant dans une campagne pour défendre la position de leur administration obéissent quant à eux au devoir de fidélité des fonctionnaires. Voir STEINMANN (note 24), p. 265; TÖNDURY (note 16), p. 349, BESSON (note 6), p. 268.

prendrait ouvertement parti contre la position officielle de celui-ci devrait plutôt être traité comme un particulier⁶³ car il dépasse clairement les limites de son mandat et porte, le cas échéant, atteinte au principe de la collégialité. Les enjeux sous l'angle de la liberté de vote sont plus limités, étant entendu que l'intervention de ce franc-tireur légitimerait alors vraisemblablement une information accrue de la part des autres membres ou des représentants de l'autorité.

II. Les Eglises au bénéfice d'un statut de droit public

Le Tribunal fédéral traite les Eglises au bénéfice d'un statut de droit public comme des entités publiques, susceptibles de peser sur l'opinion et de fausser le résultat d'un scrutin⁶⁴. Il en déduit que lors d'élections, les Eglises reconnues doivent faire preuve d'une grande retenue. Il ne s'est en revanche pas prononcé sur les limites à poser aux interventions des Eglises de droit public dans les campagnes de votation.

Selon une partie de la doctrine, il conviendrait d'appliquer aux interventions des collectivités religieuses de droit public avant un scrutin les mêmes restrictions qui pèsent sur les autorités⁶⁵. En revanche, d'autres auteurs estiment que les Eglises de droit public devraient pouvoir intervenir librement dans le débat démocratique avant un scrutin et ainsi affirmer leur position, notamment lorsque d'importantes questions éthiques se posent⁶⁶. A notre sens, eu égard à la liberté religieuse (art. 15 Cst. féd. et 9 CEDH) ainsi qu'à la liberté d'opinion et d'information (art. 16 Cst. féd. et 10 CEDH), un régime libéral s'impose, si bien que les Eglises doivent être autorisées à intervenir dans le débat public. Il s'agit de déterminer de quelle manière sera perçue une intervention d'une Eglise. Si elle est assimilée par le citoyen moyen à une intervention étatique, des restrictions similaires à celles valables pour l'Etat – appliquées cependant avec une plus grande souplesse – sont admissibles. Dans l'hypothèse contraire, des restrictions spéciales ne se justifient en principe pas.

III. Les entreprises publiques ou d'économie mixte

Enfin, les entreprises publiques ou d'économie mixte sont, selon une partie de la doctrine, en principe soumises aux mêmes exigences que les autorités⁶⁷ dès lors

63 Voir *infra* D.

64 ATF 118 Ia 259 *Evangelisch-Reformierte Landeskirche*, 268.

65 CHRISTOPH HILLER, *Die Stimmrechtsbeschwerde*, Zurich, 1990, p. 118 (note 131).

66 HANGARTNER/KLEY (note 24), pp. 1070–1072; STEPHAN WIDMER, *Wahl- und Abstimmungs-freiheit*, Zürich 1989, pp. 291–293; FELIX HAFNER, *Die Beteiligung der Kirchen an der politischen Gestaltung des pluralistischen Gemeinwesens*, Bâle/Francfort s.M 1985, pp. 184–185; PETER SALADIN, *Die Beteiligung der Kirchen an den politischen Entscheidungsprozessen*, in: *Festschrift für Kurt Eichenberger*, Bâle/Francfort s.M 1982, p. 473.

67 TSCHANNEN (note 8), p. 672.

qu'elles se trouvent sous la dépendance – économique ou organisationnelle – de l'Etat, et ce quelle que soit la forme juridique de l'entreprise concernée⁶⁸.

Cependant, l'intervention d'une entreprise publique ou d'économie mixte dans une campagne de votation peut être autorisée à titre exceptionnel, notamment lorsque ladite entreprise est particulièrement concernée par l'objet soumis au vote⁶⁹. C'est notamment le cas lorsqu'une entreprise intervient dans la campagne pour défendre ses intérêts économiques et se trouve touchée par l'objet de la votation comme un particulier pourrait l'être⁷⁰. Pour être considérée comme licite, l'intervention d'une entreprise publique doit encore satisfaire à de strictes exigences, analogues à celles imposées aux autorités. Cette exception est une application par analogie de la jurisprudence relative à la position des communes dans les campagnes de votation cantonales et fédérales⁷¹.

Plusieurs auteurs ont critiqué l'approche suivie par le Tribunal fédéral, en soulignant que contrairement aux communes, les entreprises publiques ne disposent d'aucune base démocratique. De plus, il est souvent difficile pour les citoyens d'identifier les entreprises agissant sous la dépendance de l'Etat, *a fortiori* lorsque celles-ci sont régies par le droit privé⁷². A notre sens, une approche plus nuancée se justifie. Ici aussi, la perception d'une intervention par le citoyen moyen représente le critère décisif. Si l'intervention est perçue comme une intervention étatique ou, à tout le moins, émanant d'une autorité, alors convient-il d'appliquer le régime valable pour l'Etat, quoiqu'avec une certaine souplesse. Si tel n'est pas le cas, des restrictions spéciales ne se justifient en principe pas.

D. L'information émanant des autres particuliers

I. La protection de la liberté d'expression

Le Tribunal fédéral a de longue date donné une définition double de la liberté d'expression. S'il l'a définie en premier lieu comme un «élément indispensable à l'épanouissement de la personne humaine», il n'a pas manqué d'en souligner

68 Cf. arrêts 1P.141/1994, ZBI 1996, p. 237–238 et 1P.59/1991, ZBI 1993, p. 122; TSCHANNEN (note 8), p. 672; HANGARTNER/KLEY (note 24), pp. 1055–1056; ANDREAS KLEY, Beeinträchtigungen der Wahl- und Abstimmungs-freiheit durch Dritte, PJA 1996, pp. 286–292, 290–291; RAMSEYER (note 24), pp. 114–117; ULRICH WEDER, Die innenpolitische Neutralität des Staates, Zurich 1981, pp. 92–102.

69 Voir arrêt 1P.59/1991 (note 68), p. 123; TSCHANNEN (note 8), p. 672.

70 Arrêt 1P.59/1991 (note 68), p. 123.

71 ATF 108 Ia 155, 161 s.; voir aussi ANDREAS KLEY, Politische Rechte, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (éd.), Staatsrecht, Zurich/St-Gall 2011, pp. 551–570, 568; GEORG MÜLLER, Die innenpolitische Neutralität der kantonalen öffentlichen Unternehmen, ZBI 1987, pp. 425–441, 428–431

72 WIDMER (note 66), p. 213; MÜLLER (note 71), pp. 430–431.

la dimension politique, affirmant qu'elle constituait «le fondement de tout Etat démocratique: permettant la libre formation de l'opinion, notamment de l'opinion politique, elle est indispensable au plein exercice de la démocratie»⁷³.

La garantie de la liberté d'expression varie en fonction de la nature du discours. Ainsi, le discours politique bénéficie d'une protection accrue. Cela ressort clairement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, les juges de Strasbourg ont toujours reconnu à la liberté d'expression une dimension politique. Selon eux, elle est «l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès»⁷⁴. A cet égard, la Cour a eu plusieurs fois l'occasion de souligner que la liberté d'expression du discours politique revêt une signification particulière en période électorale, et qu'il était donc nécessaire de permettre aux informations et opinions de tous ordres de circuler librement⁷⁵. Relevons cependant que l'article 10 CEDH n'a pas une portée aussi large que l'article 34 al. 2 Cst. féd. puisqu'il ne protège pas les citoyens contre les informations trompeuses émanant des autorités et ne permet pas d'exiger des informations de ces dernières⁷⁶. Il conviendrait plutôt de s'appuyer sur l'article 3 du 1^{er} protocole additionnel à la CEDH, qui consacre le droit à des élections libres, mais que la Suisse n'a pas ratifié.

L'importance de la liberté d'expression dans des domaines d'intérêt public conduit la Cour à appliquer les conditions de limitation de celle-ci fixées à l'article 10 § 2 CEDH de manière restrictive aux discours politiques. Pour situer le seuil des opinions admissibles, elle opère une distinction entre les opinions simplement séditieuses et les opinions antidémocratiques⁷⁷. Concernant les premières, la Cour reste fidèle à son principe, qui veut que la liberté d'expression bénéficie également aux opinions qui «heurtent, choquent ou inquiètent»⁷⁸. Dès lors, les discours politiques séditieux doivent être tolérés, même s'ils sont particulièrement virulents, du moment qu'ils n'incitent ni à la haine, ni à la violence, ni au soulèvement armé: «il est de l'essence de la démocratie de permettre la proposition et la discussion de projets politiques divers, même ceux qui remettent en cause le mode d'organisation actuel d'un Etat, pourvu qu'ils ne visent pas à porter atteinte à la démocratie elle-même»⁷⁹.

Pendant longtemps, la Cour européenne des droits de l'homme a limité la notion d'opinion antidémocratique aux discours appelant ouvertement à la violence. Elle a cependant élargi cette notion en y intégrant les incitations à la

73 ATF 96 I 586 *Aleinick*, 592

74 CourEDH, arrêt *Handyside c/Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, n° 5493/72, § 49.

75 CourEDH, arrêt *Bowman c/Royaume-Uni* du 19 février 1998, n° 24839/94, § 42.

76 Comm. eur. DH, *J.R c/Suisse*, nos 18791/91 et 21240/93; partiellement publié in: JAAC 1994, n° 120, pp. 767–768; voir BESSON (note 6), p. 43.

77 YANNICK LÉCUYER, *L'eupéanisation des standards démocratiques*, Rennes 2011, p. 115.

78 CourEDH, arrêt *Handyside c/Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, n° 5493/72, § 49.

79 CourEDH, arrêt *Mehdi Zana c/Turquie* du 6 avril 2004, n° 26982/95, §§ 32–35.

haine et à la discrimination fondées sur la race, la religion, la nationalité ou le sexe⁸⁰. Récemment, la Cour a assimilé certains propos hostiles à l'immigration à des discours appelant à la haine, justifiant ainsi des restrictions au sens de l'article 10 § 2 CEDH⁸¹.

Le Tribunal fédéral adopte quant à lui une approche similaire. En accord avec la jurisprudence de la Cour, il affirme que «les propos concernant des questions politiques et des problèmes de la vie publique revêtent une importance particulière. Dans une démocratie, il est primordial de pouvoir défendre des points de vues qui déplaisent à une majorité et qui sont choquants pour de nombreuses personnes»⁸². Pour contrebalancer cette première assertion, il précise dans le même arrêt que le respect de la liberté d'expression ne doit pas conduire à vider l'interdiction de la discrimination de sa substance⁸³.

Si ce n'est cette réserve, il convient donc de tolérer les propos outranciers et caricaturaux. Dans le cadre d'une campagne électorale ou de votation, le Tribunal fédéral estime que ceux-ci sont inévitables et qu'ils sont couverts par la protection de la liberté d'expression. Il appartient alors aux citoyens de démêler le vrai du faux, les exagérations manifestes des propos mesurés et objectifs⁸⁴.

Cependant, le Tribunal fédéral admet à de strictes conditions l'annulation du résultat d'un scrutin dont la campagne a été marquée par de graves atteintes à la liberté de vote de la part de particuliers. Il protège donc les citoyens contre toute influence inadmissible sur la formation de la volonté démocratique. Par là, les juges fédéraux assurent aussi, d'une certaine manière, la protection de la liberté d'opinion et d'information garantie à l'article 16 Cst. féd. qui comprend, entre autres, le droit de former son opinion⁸⁵. L'art. 16 Cst. féd. est, dans cette optique, placé sur les deux plateaux de la balance. Cet aspect prend une importance particulière dans le cas des campagnes politiques, puisque la concurrence libre et non faussée des opinions est une condition essentielle du bon déroulement du processus de formation de la volonté du corps électoral. En ce sens, l'article 34 al. 2 Cst. féd. concrétise à certains égards l'article 16 Cst. féd.⁸⁶.

80 Voir notamment CourEDH, arrêt *Garaudy c/France* du 7 juillet 2003, rec. 2003-IX.

81 CourEDH, arrêts *Soulas c/France* du 10 juillet 2008, n° 15948/03, §§ 36–48 et *Féret c/Belgique* du 16 juillet 2009, n° 15615/07, § 73; pour une critique de cette jurisprudence, voir: JEAN-FRANÇOIS FLAUS, Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (mars–août 2009), AJDA 2009, pp. 1936–1945, 1945; LECUYER (note 77), pp. 119–120.

82 ATF 131 IV 23 *Jürg Scherrer*, 28; cf. MÜLLER/SCHEFER (note 6), pp. 378–379; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 9), vol. II, p. 115.

83 ATF 131 IV 23 *Jürg Scherrer*, 28

84 ATF 117 Ia 41 *Heinz Aebi*, 47; ATF 98 Ia 73 *Kellermüller*, 80.

85 ANDREAS KLEY/ESTHER TOPHINKE, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2° éd., Zurich/Bâle/Genève/St-Gall 2008, n° 8–9 ad art. 16; MÜLLER/SCHEFER (note 6), p. 361.

86 BESSON (note 6), p. 44; MÜLLER/SCHEFER (note 6), p. 361.

II. Les éléments constitutifs de l'influence illicite émanant de particuliers

Si le Tribunal fédéral reconnaît que la liberté de vote peut être violée par l'intervention des groupes ou personnes privés qui s'affrontent au cours d'une campagne, il n'annule le résultat que lorsqu'il y a eu intervention dans la campagne électorale au moyen d'indications manifestement fausses ou fallacieuses à un moment si tardif qu'il était impossible aux citoyens de se faire une image sûre des circonstances réelles⁸⁷. Il est possible, selon notre analyse, de déduire de cette formulation quatre conditions cumulatives dont la réunion est nécessaire pour aboutir à l'annulation du résultat du vote.

Tout d'abord, les informations divulguées par les tiers doivent présenter des *faits* de manière erronée. Les jugements de valeur ne peuvent en principe pas porter atteinte à la liberté de vote⁸⁸. Il arrive cependant que des jugements de valeurs soient étroitement liés à des faits précis («gemischte Werturteile»). Lors des campagnes électorales, les appréciations sur les capacités des candidats s'appuient souvent sur les réalisations professionnelles ou personnelles de ces derniers et sont ainsi de nature à exercer une influence décisive sur le résultat de l'élection. Pour cette raison, elles devraient être plutôt considérées et traitées comme des affirmations de faits⁸⁹.

Ensuite, les informations concernées doivent se rapporter à des faits *importants* de nature à induire gravement les citoyens en erreur. Il ne peut donc s'agir d'un point mineur ou d'une conséquence annexe de l'objet soumis au vote, mais bien de l'un de ces éléments principaux⁹⁰.

Enfin, les faits erronés amenés à la connaissance du public doivent avoir été révélés à un moment si *tardif* qu'il était *impossible* aux citoyens de se renseigner auprès de sources fiables. Deux éléments sont donc à prendre en considération. Premièrement, la divulgation des faits erronés doit intervenir tardivement dans la campagne. A cet égard, il est essentiel qu'il s'agisse de faits nouveaux, qui n'ont jamais été présentés publiquement jusque-là⁹¹. Cela signifierait autrement que les citoyens ont déjà eu l'opportunité de se renseigner auprès de sources plus fiables.

Outre l'estimation de cet élément temporel, le Tribunal fédéral doit procéder à un examen de l'ensemble des circonstances, afin de déterminer les possibilités concrètes d'accéder à des informations conformes à la vérité dont disposaient les citoyens. Lorsque les faits erronés sont divulgués par voie de presse, des problèmes peuvent notamment se poser lors de scrutins se tenant dans de petites collectivités, où souvent un seul organe de presse bénéficie d'un mono-

87 ATF 135 I 292 *Duss et Stephen*, 295; 119 Ia 271 *Wallisellen*, 274; 118 Ia 259 *Evangelisch-Reformierte Landeskirche*, 262.

88 WIDMER (note 66), p. 281.

89 HANGARTNER/KLEY (note 24), p. 1078.

90 Pour des illustrations, voir HANGARTNER/KLEY (note 24), p. 1079.

91 HANGARTNER/KLEY (note 24), p. 1079; WIDMER (note 66), p. 282.

pole de fait⁹². Les possibilités laissées aux citoyens de trouver des sources d'informations alternatives sont très restreintes, ce qui devrait conduire le Tribunal fédéral à se montrer moins strict dans son appréciation de l'élément temporel. En revanche, lorsque les sources sont nombreuses, en particulier sur Internet, il ne faut admettre que de manière particulièrement restrictive une intervention illicite avant un scrutin.

Enfin, notre Haute Cour n'annule le résultat du scrutin que si l'influence trompeuse exercée sur la volonté du corps électoral apparaît hors de doutes ou du moins hautement vraisemblable⁹³. Les conditions d'annulation sont donc plus strictes que lors d'une atteinte à la liberté de vote commise par les autorités, où il suffit qu'une telle atteinte relève du «domaine du possible»⁹⁴. Les juges fédéraux font, à juste titre, preuve d'une grande retenue, si bien que les cas d'annulation de résultat d'un scrutin à cause d'une atteinte à la liberté de vote par des tiers sont extrêmement rares en pratique⁹⁵.

III. L'effet horizontal de l'article 34 al. 2 de la Constitution fédérale

1. *Le devoir d'intervention des autorités*

L'annulation du résultat du scrutin est une décision aux conséquences lourdes, puisqu'elle implique de tenir un nouveau scrutin, avec toutes les incertitudes que cela engendre sur le plan démocratique et les coûts que cela comporte. Pour cette raison, il est préférable de parer aux atteintes à la liberté de vote avant l'échéance électorale.

En vertu de l'article 35 al. 3 Cst. féd., le constituant a donné un mandat au législateur fédéral de concrétiser les droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers⁹⁶. Il est en outre reconnu que les juges ont, de leur côté, à interpréter le droit ordinaire conformément au droit supérieur, qui comprend les droits fondamentaux garantis par la Constitution⁹⁷. En ce qui concerne la liberté de vote, le droit suisse dispose d'une série de normes de droit privé comme pu-

92 ATF 117 Ia 41 *Heinz Aebi*, 47.

93 ATF 102 Ia 264 *Klee et Schlegel*, 269; ATF 98 Ia 73 *Kellermüller*, 80; HANGARTNER/KLEY (note 24), p. 1079; HILLER (note 65), p. 422.

94 Voir *supra* B.III.2.

95 Un cas est néanmoins survenu récemment: ATF 135 I 292 *Duss et Stephen*. Dans cette affaire le TF a reconnu que tant les autorités que des tiers (les initiants) avaient violé la liberté de vote. Voir le commentaire de cet arrêt in: RSJB 11/2010, pp. 36–37; pour un autre exemple, voir Arrêt du TF du 3 février 1939, ZBI 1939, pp. 249–251.

96 PASCAL MAHON, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale* du 18 avril 1999, Zurich 2003, n° 12 ad. art. 35; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 9), vol. II, p. 63.

97 ATF 134 III 241, 245; RAINER J. SCHWEIZER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (note 85), n° 36 ad art. 35; PAUL-HENRI STEINAUER, *Le Titre préliminaire du Code civil*, Bâle/Francfort s.M 2009, p. 117.

blic qui permettent, entre autres, de protéger la liberté de vote des citoyens contre les atteintes émanant de particuliers⁹⁸.

Le Tribunal fédéral admet d'une manière générale qu'un devoir d'intervention incombe aux autorités afin de protéger les droits fondamentaux contre les atteintes commises par les particuliers⁹⁹. Il pèse donc sur les autorités un véritable devoir de protéger les libertés («Schutzpflicht»)¹⁰⁰, dont l'accomplissement ne doit pas nécessairement s'appuyer sur une base légale. En effet, l'exercice effectif des droits fondamentaux peut être considéré comme une composante de l'ordre public¹⁰¹. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, un Etat peut être déclaré responsable d'une violation de la CEDH s'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour empêcher les atteintes aux droits fondamentaux commises par des tiers¹⁰².

Dans le cas qui nous intéresse, nous avons déjà signalé que le Tribunal fédéral impose aux autorités un devoir de veiller au bon déroulement du processus de formation de la volonté du corps électoral, conformément aux exigences de l'article 34 al. 2 Cst. féd. Ainsi, le respect de cette disposition peut impliquer pour les autorités d'intervenir dans une campagne afin de rectifier les éléments erronés et trompeurs venus de particuliers. Notre Haute Cour estime cependant que les autorités disposent d'une importante liberté d'appréciation quant à l'opportunité d'une intervention et aux moyens à utiliser pour procéder à de telles rectifications¹⁰³. Elle admet également que les autorités s'acquittent de ce devoir en l'absence de toute base légale¹⁰⁴. En revanche, une participation plus active des autorités aux campagnes de votation nécessiterait une loi au sens formel, notamment pour déterminer les critères de financement des interventions étatiques¹⁰⁵.

Quelle est la portée exacte de ce *devoir* d'intervention? A notre sens, si les autorités doivent observer, suivre et surveiller le débat public qui anime la société civile avant un scrutin afin de déceler d'éventuelles irrégularités, il ne leur appartient en aucune façon de diriger les débats et de participer activement

98 Voir *infra* D.III.2.

99 ATF 126 II 300 *Ruth Gonseth*, 314.

100 Voir notamment PATRICIA EGLI, *Drittwirkung von Grundrechten: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht*, Zurich 2002, pp. 166–168; RHINOW/CHEFER (note 36), §§ 1173–1181, pp. 235–236; voir également le message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 194.

101 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 9), vol. II, p. 64; SCHWEIZER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (note 85), n° 40 ad. art. 35.

102 CourEDH, arrêt *Osman c/Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, n° 23452/94, § 115.

103 Arrêts 1C_472/2010 (2011), in: ZBI 2011, pp. 375–382, 379 et 1P.116/2000, in: ZBI 2001, pp. 148–152, 151.

104 Arrêt 1P.99/2003 (2007), consid. 4.2; voir notamment GEORG MÜLLER, *Die Behörden im Abstimmungskampf: vom Neutralitätsgebot zur Teilnahmepflicht*, in: *De la Constitution – Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort s.M 1996, p. 264; HANGARTNER/KLEY (note 24), p. 1035.

105 TÖNDURY (note 16), p. 367; MÜLLER (note 104), pp. 263–264.

aux controverses publiques comme le feraient des particuliers¹⁰⁶. Les informations officielles jouissent souvent d'une crédibilité accrue auprès des citoyens, ce qui peut constituer une importante menace pour la libre formation de l'opinion du corps électoral lorsqu'elles s'avèrent erronées. Le rôle des autorités au cours d'une campagne remplit avant tout une fonction d'information objective. Leurs interventions ne sauraient donc prendre les aspects d'une propagande privée mais doivent viser, en cas de distorsions émanant de particuliers, à rétablir l'égalité des chances entre les personnes qui s'affrontent au cours d'une campagne¹⁰⁷ et contribuer ainsi à l'établissement d'un processus de formation de l'opinion publique ouvert, pluraliste et non faussé¹⁰⁸.

La jurisprudence du Tribunal fédéral semble s'inscrire dans cette perspective. En effet, dans un arrêt relatif à la votation sur l'initiative «Pour le renvoi des étrangers criminels»¹⁰⁹, il a rejeté le recours d'un citoyen qui affirmait que l'inaction des autorités avait exercé une influence illicite sur la volonté du corps électoral. Le recourant soutenait que les citoyens avaient été trompés par la propagande de l'UDC, qui leur aurait notamment dissimulé l'incompatibilité d'une telle initiative avec différents traités internationaux liant la Suisse. A cet égard, le recourant affirmait que les autorités fédérales compétentes (l'Office fédéral de la justice et le Département fédéral des affaires étrangères) auraient dû intervenir dans la campagne pour apporter un complément d'information à ce propos¹¹⁰. Le Tribunal fédéral a pour sa part rappelé que le Conseil fédéral avait déjà mentionné dans son rapport explicatif les problèmes que poserait la mise en œuvre d'une telle initiative au regard des engagements internationaux de la Suisse. En outre, les juges fédéraux ont souligné que cette question avait fait l'objet d'un important débat public au cours de la campagne¹¹¹. En somme, l'obligation faite aux autorités d'intervenir en vue de rectifier des propos outranciers, erronés, mensongers ou fallacieux au cours d'une campagne de votation revêt avant tout un caractère subsidiaire. Les autorités ne sont *tenues* d'intervenir que lorsqu'une propagande mensongère n'est contrebalancée ni par les informations fournies précédemment par les autorités ni par celles qui émanent de la société civile. Dans le respect du principe d'objectivité notamment, elles sont cependant *habilitées* à dépasser ce devoir minimal d'intervention en communiquant de manière approfondie sur des points particuliers pour lesquels la population risque de souffrir d'un déficit d'information, ce qu'elles

106 AUER (note 11), p. 142.

107 Voir ATF 114 Ia 427, 442; TÖNDURY (note 16), pp. 357–358; WIDMER (note 66), pp. 226–227; RENÉ WIEDERKEHR, *Fairness als Verfassungsgrundsatz*, Berne 2006, pp. 111 ss.

108 LORENZ ENGI, *Behördenkommunikation im Abstimmungskampf*, medialex 2005, pp. 141–147, 147; MÜLLER/SCHEFER (note 6), p. 626; TÖNDURY (note 16), p. 358; STEINMANN (note 24), p. 268.

109 ATF 137 II 177 (seuls les considérants 1.2 et 1.3 sont publiés), arrêt 1C_514/2010 (2011).

110 Arrêt 1C_514/2010 (2011), consid. 2.1.

111 Arrêt 1C_514/2010 (2011), consid. 2.3.

n'ont selon nous pas suffisamment fait en vue du scrutin sur l'interdiction des minarets ou de celui sur l'initiative sur le renvoi des étrangers criminels. S'agissant de cette dernière, la majorité des partis représentés à l'Assemblée fédérale s'y opposait certes, lui préférant – pour certains d'entre eux – le contre-projet¹¹². Dans la brochure envoyée à la population suisse, le Conseil fédéral indiquait – par un euphémisme dont on peut douter que le citoyen moyen l'ait perçu comme tel – que l'initiative serait «difficile à mettre en œuvre»¹¹³. Une communication plus claire et explicite aurait été préférable, même si cela ne suffit pas pour conclure à une violation de la liberté de vote.

Enfin, il faut souligner que l'on ne peut parler d'*effet horizontal* de la liberté de vote que dans une certaine mesure¹¹⁴. En effet, l'effet horizontal direct se produit lorsqu'un particulier peut être tenu directement responsable de la violation d'un droit fondamental¹¹⁵. Dans le cas d'une action pour violation de la liberté de vote par un tiers et en l'absence de toute action rectificatrice de l'Etat, l'objet du recours est toujours un acte étatique ou, à tout le moins, le comportement d'une autorité. C'est donc la collectivité publique compétente qui est amenée à se défendre devant le juge compétent, et non le particulier à l'origine de la violation de l'article 34 al. 2 Cst. féd. De plus, le recourant ne réclame réparation non pas d'un préjudice qu'il aurait personnellement subi, mais plutôt d'une atteinte qui touche l'ensemble du corps électoral¹¹⁶.

2. *L'influence de la liberté de vote sur l'interprétation et l'application du droit ordinaire*

La liberté de vote permet de protéger les citoyens contre les interventions abusives des tiers et donc de limiter la liberté d'expression des particuliers au cours d'une campagne. Hormis l'article 10 al. 2 LDP, le législateur n'a adopté aucune norme spécialement destinée à mettre en œuvre l'article 34 al. 2 Cst. féd. Il existe cependant plusieurs dispositions du droit ordinaire applicables aux particuliers dont le champ d'application rejoint en partie celui de l'article 34 al. 2 Cst. féd. En outre, l'interprétation de ces dispositions peut être influencée par la liberté de vote. Aussi cette dernière est-elle susceptible de produire un *effet horizontal indirect*.

112 Le TF a tenu une analyse similaire dans un arrêt contemporain. Voir arrêt 1C_472/2010 (2011), in: ZBI 2011, pp. 375–380, 379–380.

113 Conseil fédéral, Explications en vue de la votation du 28 novembre 2010, pp. 10 et 14.

114 ANDREAS AUER, Les droits politiques dans les cantons suisses, Genève 1978, p. 64.

115 SAMANTHA BESSON, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux, RDS 2003 I, pp. 49–96, 67.

116 ETIENNE GRISEL, Initiative et référendum populaires, 3^e éd., Berne 2004, p. 71; HANGARTNER/KLEY (note 24), pp. 1075–1076; RAMSEYER (note 24), pp. 100–101.

a. Le Code pénal et le Code civil

En premier lieu, le titre 14 du Code pénal protège la liberté de vote, en réprimant les délits contre la volonté populaire¹¹⁷. Ces dispositions punissent tout comportement portant atteinte au bon fonctionnement de la démocratie: l'usage de la violence pour perturber l'exercice collectif des droits politiques (art. 279 CP), l'atteinte au droit de vote (art. 280 CP), la corruption et la fraude électorales (art. 280 et 281 CP), la captation de suffrages (art. 282^{bis} CP) et la violation du secret du vote (art. 283 CP). Ces dispositions doivent être interprétées avec la liberté de vote en arrière-plan. La jurisprudence étant très rare à propos de ces dispositions, nous nous attarderons plutôt sur la législation relative à la radio et à la télévision.

En second lieu, les normes civiles (art. 28 ss CC) et pénales (art. 173 ss CP) de protection de la personnalité peuvent s'avérer particulièrement pertinentes dans le cadre d'élections. En effet, les affirmations mensongères et outrageantes sont de nature à jeter le discrédit sur un candidat en lice, lui aliénant ainsi un nombre considérable de suffrages. En réprimant ce genre de propos, les normes de protection de la personnalité préservent l'honneur et la bonne réputation du candidat, mais également, par ricochet, la liberté de vote des citoyens appelés à élire leurs représentants. En effet, ceux-ci ne subiront pas l'influence de propos mensongers et trompeurs et pourront ainsi se déterminer avec une plus grande liberté.

b. La législation sur la radio et la télévision

Les règles sur la radio et la télévision revêtent une importance particulière, dans la mesure où les médias exercent une influence considérable dans le processus de formation de l'opinion des citoyens¹¹⁸. L'article 93 al. 2 Cst. féd. précise expressément que la radio et la télévision doivent contribuer, entre autres, à «la libre formation de l'opinion» et charge le législateur fédéral de légiférer dans ce sens (art. 93 al. 1 Cst. féd.). Cette disposition constitutionnelle trouve sa concrétisation en particulier à l'article 4 de la loi sur la radio et la télévision (LRTV)¹¹⁹. En vertu de cette disposition, un devoir de diligence incombe aux journalistes, les contraignant notamment à respecter les principes d'objectivité et de transparence¹²⁰. A cet égard, la loi précitée impose à tous les diffuseurs

117 STEFAN WEHRLE, in: Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafgesetzbuch, t. II, 2^e éd., Bâle/Francfort s.M., 2007, n° 5 ad Vor art. 279; KLEY (note 71), pp. 569–570.

118 Le TF posait déjà ce constat dans un arrêt de 1973, voir ATF 98 Ia 73 *Kellermüller*, 82: «les émissions de caractère politique notamment ont une action très puissante sur l'opinion et sont de nature à influencer fortement les résultats des votations et élections».

119 RS 784.40.

120 DENIS BARRELET/STÉPHANE WERLY, Droit de la communication, 2^e éd., Berne 2011, p. 271; ROLF H. WEBER, Rundfunkrecht: Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RVTG), Berne 2008, n° 20–23 ad art. 4; ANDREAS KLEY, Die Medien im neuen Verfassungs-

d'émissions rédactionnelles de présenter les événements de manière fidèle et de veiller à ce que les opinions et commentaires personnels soient identifiables comme tels (art. 4 al. 2 LRTV)¹²¹. En outre, les diffuseurs ont à tenir compte de la diversité des opinions et refléter celles-ci de manière équitable. Le devoir d'objectivité et de transparence en matière politique dont doivent faire preuve la radio et la télévision est renforcé par l'article 10 al. 1 let. d LRTV qui prohibe la publicité politique, ainsi que par l'article 12 al. 5 LRTV, qui interdit que les émissions «consacrées à l'exercice des droits politiques» fassent l'objet d'un parrainage¹²².

Chargée de veiller au respect de la loi précitée, l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) a, à juste titre selon nous, donné à l'article 4 LRTV une portée plus importante pour les émissions diffusées peu avant la tenue d'un scrutin¹²³. Durant ce laps de temps, l'AIEP affirme que les journalistes sont tenus plus strictement de refléter équitablement la diversité des opinions. L'autonomie et la marge d'appréciation des journalistes dans la conception des programmes (art. 17 et 93 al. 2 Cst. féd. ainsi que 6 LRTV) sont ainsi restreintes. En effet, les citoyens étant appelés à se déterminer dans un bref délai, il est essentiel qu'ils disposent de toutes les informations afin de se forger une opinion librement, à l'abri d'influences unilatérales¹²⁴. Les concepteurs de programmes doivent donc veiller à ce que les opinions contradictoires puissent s'exprimer sur un pied d'égalité, dans la même émission si possible, à tout le moins dans le même genre d'émission¹²⁵. Le diffuseur doit également faire preuve d'une plus grande objectivité, s'abstenant de présenter des faits inexacts et trompeurs avant le scrutin, ce qui pourrait constituer une atteinte à la liberté de vote¹²⁶. Pour examiner le respect de cette obligation, l'AIEP considère que plus une émission est proche de l'échéance électorale, plus l'obligation faite aux diffuseurs de représenter la diversité des points de vue est grande¹²⁷. Il convient ici de souligner que la Charte déontologique de la Radio Télévision Suisse (RTS) comprend des considérations allant dans ce sens. En effet, elle prévoit que durant les campagnes d'élections et de votations, le diffuseur doit adopter «un règlement et un plan de couverture spécifiques pour assurer un traitement

recht, in: Ulrich Zimmerli, *Die neue Bundesverfassung: Konsequenz für Praxis und Wissenschaft* (BTJP 1999), Berne 2000, p. 216.

121 Voir récemment ATF 137 I 340 *SRG SSR idée suisse*, 344–347.

122 TSCHANNEN (note 8), p. 676.

123 AIEP, Décision du 30 mars 2007/b.545, consid. 4 ss. Cette interprétation est par ailleurs partagée par le Tribunal fédéral, ATF 134 I 2 *Kessler*, 7. Voir enfin WEBER (note 120), n° 41 ad art. 4.

124 BARRELET/WERLY (note 120), pp. 272–273.

125 JAAC, 1990, n° 15, p. 78; JAAC 1984, n° 71, pp. 461–462; BARRELET/WERLY (note 120), p. 273; TSCHANNEN (note 15), p. 514; KLEY (note 120), p. 216.

126 ATF 125 II 497 *Claude Tamborini*, 503.

127 AIEP, Décision du 30 mars 2007/b.545, consid. 4.8 *in fine*; dans une optique générale, voir aussi ATF 137 I 340 *SRG SSR idée suisse*, 344–347.

impartial et équilibré des positions des partis et des candidats sur l'ensemble des programmes consacrés à ces événements et à ces problématiques»¹²⁸.

Cependant, ni la loi ni la jurisprudence ne reconnaissent en principe de «droit à l'antenne». Si le Tribunal fédéral a admis qu'un diffuseur a le droit de donner une importance inégale aux différents partis politiques selon leur potentiel électoral¹²⁹, il a, dans un arrêt récent, réaffirmé que le traitement des candidats et partis dans les émissions diffusées avant un scrutin devait respecter, entre autres, l'égalité des chances et l'interdiction de la discrimination. Il en a déduit que des différences de traitement ne pouvaient être justifiées que par des motifs objectifs et non discriminatoires¹³⁰. Dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral s'est également référé, trop discrètement à notre sens, à la liberté de vote.

De son côté, la doctrine avait auparavant affirmé qu'un droit à l'antenne pourrait se déduire de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst. féd.)¹³¹, dans l'hypothèse où deux partis politiques d'égale importance seraient traités de façon manifestement inéquitable. D'autres auteurs avaient également soulevé que la liberté d'expression (art. 16 Cst. féd. et 10 CEDH), en lien avec le principe d'égalité (art. 8 al. 1 Cst. féd.) et l'interdiction de la discrimination (art. 8 al. 2 Cst. féd. et 14 CEDH), qui proscribit notamment la discrimination à raison des convictions politiques, pourraient servir d'argument en faveur d'un droit à l'antenne¹³². A notre sens, ces dispositions ne doivent pas être dissociées. Ainsi combinées, ces bases constitutionnelles possèdent une dimension subjective suffisante pour fonder un droit à un certain temps d'antenne dans les émissions consacrées à une élection ou une votation à venir lorsque celles-ci permettent à des partis politiques ou autres groupements privés ainsi qu'à des candidats de s'exprimer. Il convient en outre de tenir compte de la liberté de vote et de l'article 4 LRTV qui commandent, dans une telle hypothèse, d'assurer un certain équilibre entre les partis, groupements ou candidats concernés, eu égard éventuellement à leur importance électorale respective. La liberté de vote ne saurait cependant fonder à elle seule le droit à l'antenne, notamment parce que celui qui revendique ce dernier ne le fait pas en tant qu'électeur ou votant.

Au demeurant, la formation libre et objective de l'opinion du corps électoral ainsi que le fonctionnement non faussé de la démocratie constituent des intérêts publics prépondérants susceptibles de restreindre valablement la liberté rédactionnelle des concepteurs de programme. Il en va de la diversité du débat public, condition essentielle de la formation libre de l'opinion publique. Relevons enfin dans ce contexte que la loi sur la radio et la télévision donne désormais à quiconque s'étant vu refuser l'accès à un programme la possibilité de

128 Charte déontologique et valeurs de la RTS, p. 8.

129 ATF 125 II 497 *Claude Tamborini*, 502.

130 ATF 136 I 167 *Tierfabriken Schweiz*, 174.

131 MÜLLER/SCHÉFER (note 6), p. 497.

132 WEBER (note 120), n° 16 ad art. 6; KLEY (note 120), p. 218.

saisir l'organe de médiation compétent (art. 91 al. 3 let. b et 94 al. 1 let. a et b LRTV)¹³³.

E. Conclusion

Les développements jurisprudentiels et doctrinaux relatifs à la liberté de vote sont extrêmement riches, notamment en relation avec les informations émanant des autorités ou des particuliers en vue d'un scrutin. Le rôle des autorités est plus complexe qu'il n'y paraît. L'exigence d'objectivité doit évidemment les guider. Elle revêt une grande importance lorsque les autorités informent la population ou interviennent d'une quelconque manière en vue d'une votation. Dans certains cas, elles sont même tenues de fournir des informations aux citoyens. Ce devoir d'information gagne du reste en importance et répond au souci de veiller à ce que les citoyens votent de manière non seulement libre, mais aussi informée. Pour autant qu'elle soit objective et donnée de manière transparente, l'information apporte sa pierre à la démocratie. Lors d'une élection en revanche, les autorités doivent observer une stricte neutralité et en principe s'abstenir d'intervenir dans le processus électoral.

Les interventions des particuliers lors des votations ou des élections sont essentiellement soumises au droit ordinaire. Le droit civil, le droit pénal ainsi que la législation sur la radio et la télévision comptent diverses règles à l'aune desquelles ces interventions peuvent être jugées. La liberté de vote n'est pas complètement écartée de la réflexion. D'une part, elle contraint, dans certains cas particuliers, les autorités à intervenir pour rectifier des propos erronés, trompeurs ou fallacieux, voire pour reporter un scrutin. D'autre part, elle est susceptible d'influer sur l'interprétation du droit ordinaire, en particulier sur la législation en matière de radio et de télévision. Cet effet horizontal indirect de la liberté de vote, encore méconnu, contribue à la cohérence de l'ordre juridique et à la réalisation de la liberté de vote dans celui-ci, comme le veut l'article 35 al. 1 de la Constitution fédérale.

Résumé

La liberté de vote conditionne et limite les interventions des autorités avant un scrutin. Ces interventions doivent d'une manière générale être justifiées par un motif pertinent et respecter les principes d'objectivité, d'exhaustivité, de transparence et de proportionnalité. La jurisprudence du Tribunal fédéral est, à cer-

133 Sur toutes ces questions, voir BARRELET/WERLY (note 120), p. 227; KLEY (note 120), pp. 217–218.

tains égards, trop restrictive en la matière. La marge de manœuvre des autorités lors d'élections est – sauf rares exceptions – pratiquement nulle et marquée par un devoir de neutralité. En cas d'irrégularités lors de votations ou d'élections, il est possible, à certaines conditions, d'exiger *a priori* le report du scrutin et *a posteriori* de demander l'annulation du résultat. Le maintien de celui-ci à titre transitoire et l'organisation d'un nouveau scrutin constituent une solution intermédiaire, négligée à tort par le Tribunal fédéral.

Les membres d'autorités sont parfois assimilés à celles-ci. La perception du citoyen ordinaire est en règle générale déterminante pour définir s'il convient de les soumettre ou non aux principes applicables aux autorités. Enfin, compte tenu de l'importance capitale de la liberté d'expression, la violation de la liberté de vote par un particulier doit être admise avec une grande réserve. L'art. 35 Cst. féd. permet néanmoins de conférer une portée horizontale à l'art. 34 al. 2 Cst. féd. et de fonder un devoir d'intervention des autorités lors d'une campagne. De même, la liberté de vote influe sur l'interprétation et l'application du droit ordinaire, en particulier de la législation sur la radio et la télévision.

Zusammenfassung

Die Stimmfreiheit beeinflusst und beschränkt die Eingriffe der Behörden vor einer Abstimmung. Diese Interventionen müssen im Allgemeinen durch einen triftigen Grund gerechtfertigt sein und die Grundsätze der Objektivität, der Vollständigkeit, der Transparenz und der Verhältnismässigkeit beachten. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist in gewisser Hinsicht diesbezüglich zu restriktiv. Der Handlungsspielraum der Behörden anlässlich von Wahlen ist – ausser seltenen Ausnahmen – praktisch null und durch eine Neutralitätspflicht gekennzeichnet. Im Falle von Unregelmässigkeiten bei Abstimmungen oder Wahlen ist es unter bestimmten Voraussetzungen möglich, *a priori* die Verschiebung der Abstimmung zu verlangen und *a posteriori* die Ungültigkeitserklärung des Resultates zu beantragen. Dessen vorübergehende Beibehaltung und die Organisation einer neuen Abstimmung stellen eine vom Bundesgericht zu Unrecht vernachlässigte Lösung dar.

Die Mitglieder von Behörden werden manchmal mit diesen gleichgesetzt. Die Wahrnehmung des durchschnittlichen Bürgers ist im Allgemeinen massgebend zur Bestimmung, ob sie den für die Behörden geltenden Grundsätzen zu unterstellen sind oder nicht. Schliesslich muss in Anbetracht der grundlegenden Bedeutung der Meinungsäusserungsfreiheit die Verletzung der Stimmfreiheit durch einen Privaten mit grossem Vorbehalt zugelassen werden. Art. 35 BV ermöglicht immerhin, dem Art. 34 Abs. 2 BV Drittwirkung zu verleihen und anlässlich einer Kampagne eine Interventionspflicht der Behörden zu begründen. Ebenso beeinflusst die Stimmfreiheit die Auslegung und Anwendung des gewöhnlichen Rechts, insbesondere der Gesetzgebung über Radio und Fernsehen.