

RECOURS

formé par

Madame Ruth KAELIN, domiciliée chemin des Comtoises 12, 1214 Vernier ;

et

L'Union Démocratique du Centre, Genève (UDC-GE), association ayant son siège rue du Roveray 16, 1207 Genève ;

élisant tous deux domicile en l'Étude de Me Florence Castella, avocate, rue Prévost-Martin 5, case postale 60, 1211 Genève 4

Recourants

contre

l'arrêté du Conseil d'État de la République et canton de Genève (**autorité intimée**) du 18 juin 2008, publié dans la FAO du 20 juin 2008, « fixant au dimanche 28 septembre 2008 la date du second tour de scrutin pour l'élection d'un membre du Conseil administratif de la Commune de Vernier ».

(pièce 1)

I. EN FAIT

1. Le présent recours concerne l'élection complémentaire d'un Conseiller administratif de la Commune de Vernier, convoquée par l'arrêté querellé pour le 28 septembre 2008.

2. Les recourants, en ce qui concerne l'état de fait ayant conduit à la promulgation de cet arrêté, pour éviter d'inutiles redites, se permettront de respectueusement renvoyer le Tribunal de céans à l'état de fait de son arrêt ATA/41/2008 du 5 février 2008, rendu dans la cause n°A/2188/2007-CM, procédure dont ils demandent au besoin l'apport.

(pièce 2)

3. Les recourants se réfèrent encore à l'arrêt 1C_123/2008 du Tribunal fédéral du 29 mai 2008, ayant confirmé l'ATA/41/2008, étant rappelé que le Président de la première Cour de droit public avait refusé l'effet suspensif au recours par ordonnance du 22 avril 2008.

(pièce 3)

4. L'Union Démocratique du Centre, Genève (UDC-GE) est un parti politique cantonal constitué en association.

(pièce 4)

5. Madame Ruth Kaelin est membre de l'UDC-GE et siège à ce titre comme Conseillère municipale à Vernier. Elle est bien entendu électrice dans cette commune.

(pièce 5)

6. L'UDC-GE n'a pas (encore) de section communale à Vernier constituée en association, tant et si bien que c'est l'Assemblée générale de l'UDC-GE qui désigne les candidats à l'exécutif verniolois et que c'est le Parti cantonal qui les présente sur une liste à son nom.
7. Le 16 juin 2008, Madame Ruth Kaelin a été désignée par l'Assemblée générale de l'UDC-GE, à l'unanimité, candidate du Parti pour l'élection complémentaire au Conseil administratif à intervenir à Vernier.
8. Ainsi qu'il ressort de l'arrêt du Tribunal de céans susmentionné, l'UDC-GE n'avait déposé aucune liste en vue de l'élection du 3 juin 2007, ni pour le premier tour.

(pièce 2)

9. L'arrêté querellé a été publié dans la FAO du 20 juin 2008.

(pièce 1)

10. Les recourants s'en prennent à cet arrêté dans la mesure où il convoque à tort les électeurs pour un deuxième tour de l'élection d'un Conseiller administratif, alors qu'il devrait, pour respecter la loi, convoquer les électeurs pour un premier tour d'une élection complémentaire due à une vacance.
11. Il est constant que, dans une démocratie, les opinions politiques des citoyens se modifient avec le temps, évoluent au gré des événements.
12. À titre d'exemple d'une telle évolution, on notera qu'il n'aura fallu que sept mois pour que les forces politiques

en présence dans la commune de Vernier évoluent significativement :

13. Lors des élections municipales du 25 mars 2007, l'UDC-GE remportait 11.03% des suffrages et le MCG 10.69%.

(http://www.ge.ch/elections/20070325/res_commune.asp?dsn=&nolocal=4300)

Ce résultat avait d'ailleurs incité l'UDC-GE à ne pas présenter de candidat au premier tour de l'élection au Conseil administratif, alors que s'il avait obtenu près d'un quart des voix, il n'y aurait pas manqué.

14. Sept mois plus tard, soit lors des élections au Conseil national du 21 octobre 2007, l'UDC-GE remportait 24.51% des suffrages et le MCG 4.58%.

(http://www.ge.ch/elections/20071021/conseil_national/res_commune.asp?dsn=&nolocal=4300)

15. Pour prendre l'exemple d'une élection majoritaire, celle du Conseil des États de l'automne 2007, la liste de l'UDC-GE totalisait 1233 bulletins, faisant de celui-ci le deuxième parti de la Commune, à peine derrière le Parti socialiste, avec 1265 bulletins.

(http://www.ge.ch/elections/20071021/conseil_des_etats/res_commune.asp?dsn=&nolocal=4300)

II. EN DROIT

A. Recevabilité

Aux termes de l'article 180 LEDP, les recours en matière d'élections communales sont régis par les articles 56A et ss LOJ et par la LPA. Le recours au Tribunal administratif est ouvert contre les violations de la procédure des opérations électorales indépendamment de l'existence d'une décision au sens de l'article 56A alinéa 2 LOJ. Point n'est donc besoin de déterminer si l'arrêté querellé constitue une décision finale ou incidente.

Selon l'article 63 alinéa 1 lettre c LPA, le délai de recours est de 6 jours en matière d'élections. L'alinéa 4 du même article précise que le délai court du jour de la publication.

L'arrêté entrepris, du 18 juin 2008, a été publié dans la FAO du 20 juin 2008.

Le délai de recours échoit donc le 26 juin 2008.

Aux termes de l'article 60 let. b) LPA, a qualité pour recourir toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.

Candidate dûment désignée par l'Assemblée générale de son parti, l'UDC-GE, pour l'élection complémentaire au Conseil administratif à intervenir à Vernier, Madame Kaelin est directement et personnellement touchée par l'arrêté entrepris en tant que celui-ci fixe les modalités de ladite élection

selon lesquelles, en l'état, sa candidature ne pourrait être déposée. Au demeurant, Mme Kaelin est électrice.

Quant à l'UDC-GE, ce parti cantonal constitué en association dispose de la qualité pour recourir, à l'instar de l'Association libérale de Vernier dans le cadre de la cause n°A/2188/2007-CM, dans la mesure où son Assemblée générale a unanimement désigné Madame Kaelin comme candidate à l'élection objet de l'arrêté litigieux, qu'il entend donc déposer une liste « UDC-GE », mais que ce dépôt lui est en l'état impossible, en raison de l'arrêté erroné pris par le Conseil d'État.

Les recourants entendent invoquer des violations du droit, un grief recevable au sens de l'article 61 alinéa 1 let. a LPA.

Ainsi, adressé à l'autorité compétente, dans le délai et les formes requises, par des personnes habilitées à recourir, le présent recours est recevable.

B. Fond

Les recourants s'en prennent au fait que l'arrêté querellé fixe un « second tour » au sens de l'article 100 LEDP et rappelle que, dans ce cas, seuls pourraient déposer une liste les groupements (*lato sensu*) qui ont participé au premier tour, dans la mesure où elles estiment que l'on ne se trouve pas dans le cas d'un « second tour », impliquant cette restriction, mais dans un cas de vacance, au sens de l'article 103 alinéa 5 LEDP, laquelle nécessite une « élection complémentaire », n'impliquant pas pareille restriction.

Selon l'article 100 alinéa 1 et 2 LEDP, si un second tour de scrutin est nécessaire pour compléter l'élection, **il doit avoir lieu dans les cinq semaines suivant le premier tour**. Dans **ce** second tour, seuls peuvent déposer une liste les partis politiques, autres associations ou groupements qui ont participé au premier tour.

Selon l'article 103 alinéa 5 LEDP, en cas de vacance, le nouveau magistrat est élu pour la fin de la période administrative de quatre ans.

Il s'agit donc de distinguer le « second tour » de l'article 100 LEDP de l'« élection complémentaire » de l'article 103 alinéa 5 LEDP.

L'évidence selon laquelle il ne s'agit en l'occurrence pas d'un « second tour » mais bien d'une « élection complémentaire » résulte aussi bien d'une interprétation littérale qu'historique ou téléologique de l'article 100 LEDP.

S'agissant tout d'abord de l'interprétation littérale, il ressort du texte de l'article 100 alinéa 1 LEDP qu'un second tour de scrutin ne peut être qualifié comme tel que pour autant qu'il ait lieu dans les cinq semaines suivant le premier tour.

Cela est confirmé par l'interprétation historique, dont il ressort une volonté d'abrégé le délai entre les deux tours, qui était de sept semaines au moment des débats par devant le Grand Conseil sur le projet de LEDP de 1979, puis de quatre semaines dans l'article 100 aLEDP - même s'il a été porté à cinq semaines en 1994, puisque ce n'était que pour assurer le respect des dispositions sur le vote par

correspondance (Mémorial du Grand Conseil, séance du 20.10.1994 ad article 100).

L'interprétation téléologique permet aussi de lier la notion de « second tour de scrutin » au strict délai de cinq semaines.

D'une part en effet, un tel délai, relativement bref, a pour but que la prise en fonction de tous les magistrats intervienne en début de législature, les Conseillers municipaux et administratifs entrant en principe dans leurs nouvelles fonctions au début du mois de juin.

En l'occurrence, les élections municipales avaient eu lieu le 25 mars 2007 et les élections administratives les 29 avril et 3 juin 2007, de sorte que dès le 4 juin 2007, tous les élus, tant au législatif qu'à l'exécutif vernioylan, auraient commencé ensemble la nouvelle législature.

D'autre part, un tel délai, relativement bref, a pour but d'éviter que les rapports de forces politiques n'évoluent trop et que le choix offert aux électeurs ne soit affecté par l'écoulement du temps. Tel n'est en principe pas le cas, en cinq semaines, dans une commune.

Un « second tour » est donc indéniablement lié au respect du délai de cinq semaines prévu par la LEDP.

Or, en l'espèce, ce délai est **outrancièrement** dépassé. Un second tour intervenant le 28 septembre aurait lieu dix-sept mois, et non cinq semaines, après le premier tour!

Le délai est également démesurément dépassé, même en partant de la date de l'annulation de l'élection. En effet, le

Tribunal de céans a annulé l'élection du 3 juin 2007 par arrêt du 5 février 2008.

Or, entre cette date et le 28 septembre 2008, ce ne sont pas cinq semaines qui s'écouleraient mais bien près de huit mois !

Même si l'on ose soutenir (avec une grande audace...) que la situation aurait été figée par la vaine demande d'effet suspensif formée par-devant le Tribunal fédéral, lequel l'a rejetée par ordonnance du 22 avril 2008, ce ne sont pas cinq *semaines* qui se seront écoulées d'ici le 28 septembre prochain mais bien cinq *mois* !

De plus, dans le pire des cas pour les recourants, si l'on prend comme critère carrément téméraire la date de l'arrêt définitif de notre Cour suprême, ce ne seront pas cinq semaines qui se seront écoulées entre le 29 mai 2008 et la date fixée par l'arrêté querellé, mais bien quatre mois, soit presque exactement quatre fois plus.

On ne saurait donc parler de « second tour » comme le fait le Conseil d'État, **ce** second tour impliquant nécessairement qu'il soit organisé dans les cinq semaines suivant le premier.

Ce serait contraire au texte de l'article 100 LEDP, à la volonté du législateur et aux buts du bref délai fixé pour procéder à un second tour.

À défaut, force est de constater que l'on se trouve bien, au vu du temps écoulé, dans un cas de *vacance*, prévu par l'article 103 alinéa 5 LEDP.

La législature 2007-2011 a commencé depuis plus d'une année aujourd'hui et il s'agit d'élire un nouveau magistrat pour la fin de la période qui se terminera dans moins de trois ans.

Cet article ne prévoit aucune restriction quant à la qualité pour déposer des listes, contrairement à l'alinéa 2 de l'article 100 LEDP dont il ressort clairement, en raison des termes « dans **ce** second tour », qu'il ne concerne que le « second tour » visé par l'alinéa 1 de cette même disposition qui, elle, ne trouve, comme on l'a vu, pas application en l'occurrence.

L'arrêté querellé viole donc aussi bien l'article 100 LEDP que l'article 103 LEDP en tant qu'il applique la première de ces dispositions en lieu et place de la seconde.

L'article 103 LEDP est donc la règle incontournable applicable dès qu'on évoque une élection pour une partie de la législature, et non son entier.

Les électeurs s'apprêtent à élire un magistrat pour toute la législature - qui a commencé il y a plus d'une année ! - alors qu'ils le devraient jusqu'à la fin de celle-ci seulement. Le « second tour » n'a de sens que s'il est organisé pour permettre au magistrat qui y sera élu de siéger durant toute la législature, afin qu'il soit en mesure de prendre ses fonctions en même temps que les magistrats élus au premier tour et les Conseillers municipaux.

Le Conseil d'État aurait dû constater que l'annulation du second tour de scrutin du 3 juin 2007 n'avait pas pour effet de réinitialiser un nouveau second tour, impliquant l'élection d'un magistrat *pour l'entier de la législature*,

mais que l'on était bien en état de *vacance* au sens de l'article 103 alinéa 5 LEDP, *pour une partie de la législature*.

Ces deux violations de la LEDP entraînent en outre une crasse violation de l'article 34 de la Constitution fédérale.

Celui-ci garantit de manière générale et abstraite les droits politiques, que ce soit sur le plan fédéral, cantonal ou communal. En vertu de l'article 34 alinéa 2 Cst., qui codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral établie sous l'empire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (arrêt 1P.298/2000 du 31 août 2000 c. 3a publié in ZBL 102/2001 p. 188 ; ATF 124 I 55 c. 2a p. 58 ; 121 I 138 c. 3 p. 141, 187 c. 3a p. 190), cette garantie protège la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté. En particulier :

Les élections ne doivent pas se résumer à une confirmation des forces politiques en présence ; les électeurs doivent au contraire pouvoir se former une opinion sur la base la plus libre et la plus complète possible¹ (ATF 129 I 185 c. 5 p. 192 ; 125 I 441 c. 2a p. 444).

Dès le moment où près de dix-huit mois se seront écoulés entre les élections municipales générales et l'élection fixée au 28 septembre prochain, force est de constater que les citoyens seront littéralement privés de la possibilité élémentaire d'exprimer un changement de choix politique si l'on a à faire à un « second tour ».

Les électeurs qui ont modifié leur opinion politique entre le 29 avril 2007, date du premier tour, et le 28 septembre 2008 se trouveraient confrontés à un véritable **déni de dé-**

¹ Souligné par la soussignée

mocratie : leur changement de choix ne pourrait se concrétiser dans les urnes, au vu du délai surréaliste séparant les deux tours, si seules les formations présentes au premier tour étaient autorisées à participer au second.

Ces électeurs seraient condamnés à opérer un choix entre des forces politiques reflétant d'une situation antérieure de dix-huit mois à celle du scrutin. Autant dire qu'ils n'auraient pas le choix, et notamment pas celui de faire valoir leur opinion du moment, qui ne serait pas nécessairement saisissable dans le choix qui s'offrait aux électeurs en avril 2007...

Changer d'opinion politique constitue évidemment un droit politique primordial, protégé par l'article 34 Cst. À défaut du respect absolu de ce droit, celui de simplement avoir une opinion politique et de pouvoir l'exprimer par les urnes serait vide de sens. Un vote n'a de sens que s'il est l'expression d'un choix, crédible au vu des circonstances et des rapports de force du moment.

Les citoyens qui changent d'opinion politique en près de dix-huit mois, ce qui constitue leur droit le plus absolu, doivent être en mesure de pouvoir exprimer ce changement d'opinion dans les urnes. À défaut, *les élections du 28 septembre 2008 se borneraient à une confirmation des forces politiques en présence en avril 2007*, travers décrit dans les jurisprudences susmentionnées.

Or, on a vu ci-dessus (partie « En fait » ch. 13 à 15) que les choix des électeurs s'étaient déjà bien modifiés entre les élections municipales du printemps 2007 et les élections fédérales de l'automne 2007.

On ne parle pas donc ici d'un simple changement théorique des forces en présence.

Au vu de ce qui précède, l'arrêté querellé devra être annulé en tant qu'il fixe un « second tour » au sens de l'article 100 LEDP et non une « élection complémentaire » au sens de l'article 103 LEDP à la suite d'une vacance. À défaut, tant ces deux dispositions que l'article 34 Cst seraient bafoués ; l'électeur ne serait pas en mesure d'effectuer un véritable choix, étant contraint et forcé de fonder son choix prétendument démocratique sur une situation qui prévalait dix-huit mois auparavant, et sans que son *droit absolu* de pouvoir changer d'opinion politique ne puisse être exercé à travers les urnes par le choix de listes et de candidats qui lui seraient offerts, correspondant à une situation périmée, reflétant l'équilibre des forces politiques prévalant dix-huit mois auparavant.

Si un délai de cinq semaines est acceptable pour contraindre les citoyens à effectuer leur choix dans un même échantillon de possibilités, un délai de dix-huit mois viole les droits politiques tant des citoyens que des formations politiques ou des candidats.

En outre, en matière de droits politiques, les délais prévus par les lois idoines sont *de droit strict*.

La jurisprudence du Tribunal de céans (ATA/274/2004 du 30 mars 2004) insiste à juste titre sur ce caractère **très strict** de *tous les délais de la LEDP*:

*On ne voit pas pourquoi ce délai devrait être considéré comme un simple délai d'ordre, **sauf à ouvrir une brèche dans l'application des nombreux délais figurant dans la LEDP** (cf. ci-avant consid. 1 litt. e). La doctrine insiste sur le respect du formalisme des délais en matière de vota-*

tions et d'élections. **Ceux-ci doivent être observés strictement** (P. TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berne 2004, p. 666; Y. HANGARTNER et A. KLEY, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2000, p. 1010).

Le délai de cinq semaines fixé par la LEDP n'est donc pas un vulgaire délai d'ordre ; il a pour double but de protéger la libre formation de la volonté politique des citoyens, pour éviter que ceux-ci soient contraints d'effectuer un choix limité par des circonstances du moment ainsi que de permettre à l'ensemble des Conseils municipaux et des Conseils administratifs du Canton, y compris les magistrats élus lors d'un second tour, de *prendre leurs fonctions au même moment, pour l'entier de la législature.*

Dans le pire des cas pour les recourants, ce délai impératif commençait à courir le 29 mai 2008, date de l'arrêt du Tribunal fédéral clôturant définitivement la procédure d'annulation du scrutin du 3 juin 2007. Il n'y a aucune suspension des délais prévue par la LEDP ; ceux-ci courent donc même durant l'été. Le second tour, dans cette hypothèse la moins favorable aux recourants, devait donc impérativement intervenir le 6 juillet 2008 au plus tard, étant précisé que, en sa qualité de *lex specialis*, le délai de l'article 100 LEDP prime évidemment le délai général de l'article 19 alinéa 1 LEDP.

À partir du moment où ce second tour n'est pas organisé dans ce délai, force est de constater qu'on ne peut plus parler de second tour, que celui-ci n'a ainsi pas pu avoir lieu, qu'il n'aura jamais lieu car ne pouvant jamais avoir lieu et qu'on se trouve ainsi dans un cas de vacance au sens de l'article 103 LEDP.

L'arrêté querellé ne peut donc qu'être annulé par le Tribunal de céans.

Il va de soi qu'il ne pourrait simplement être amendé pour rétablir une situation conforme à la loi et à la Constitution fédérale : l'article 19 alinéa 1 LEDP impartissant un délai de convocation de quatorze semaines avant l'organisation d'un premier tour, ce délai ne serait pas respecté en cas de modification de l'arrêté, si la date du 28 septembre 2008 était maintenue.

Il appartiendra donc au Conseil d'État de convoquer, pour cause de vacance, dans un délai de quatorze semaines, le premier tour d'une élection complémentaire au Conseil administratif de la Commune de Vernier.

Vu la teneur de la cause, sa relative complexité et les brefs délais de recours prévus par la loi, les recourants ont été obligés, pour faire valoir leurs droits, de faire appel à un mandataire professionnellement qualifié. Il s'impose donc qu'une participation à ses honoraires leur soit octroyée.

III. CONCLUSIONS

Par ces motifs,

Vu les pièces produites,

Les recourants concluent à ce qu'il

PLAISE AU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**À la forme :**

- Déclarer recevable le présent recours.

Préalablement

- Ordonner l'apport de la procédure qui fut inscrite à son rôle sous n°A/2188/2007-CM.

Au fond :

- Annuler l'arrêté du Conseil d'État du 18 juin 2008 paru dans la FAO du 20 juin 2008.

Cela fait :

- Inviter le Conseil d'État à convoquer les électeurs de la Commune de Vernier pour le premier tour d'une élection complémentaire au Conseil administratif pour raison de vacance, au sens de l'article 103 alinéa 5 LEDP.

- Débouter tout opposant de toutes autres contraires conclusions.

- Condamner l'autorité intimée en tous les frais et dépens, lesquels comprendront une équitable indemnité valant participation aux honoraires du Conseil des recourants.

- *Subsidiairement*, acheminer les recourants à prouver par toutes voies de droit utiles les faits allégués dans le présent acte.

Pour les recourants :

Florence Castella