

# **BGer 1C\_136/2014 vom 22. Juli 2014**

Bundesgericht, 2014-07-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_136\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_136_2014)

FR: TF 1C\_136/2014 du 22 juillet 2014

IT: TF 1C\_136/2014 del 22 luglio 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

En vertu de l' art. 82 let . c LTF, le Tribunal fédéral connaît des recours en matière de droit public concernant le droit de vote des citoyens ainsi que les élections et votations populaires. Ce recours n'est recevable qu'à l'occasion d'un scrutin déterminé. Le citoyen peut, dans ce cas, s'en prendre aux actes préparatoires, au processus de vote ainsi qu'au résultat du vote, et dénoncer par ce moyen toute circonstance propre à fausser la manifestation de la volonté des électeurs. Le recours n'est en revanche pas ouvert lorsque le citoyen s'en prend, en dehors d'un scrutin déterminé, à la manière générale dont sont organisées les votations et élections (arrêt 1P.29/2006 du 23 mars 2006 consid. 2).

En l'espèce, le système de vote électronique genevois disposait d'une base légale et constitutionnelle lors du scrutin du 27 novembre 2011 (art. 60 LEDP et 48 aCst./GE). Aucun recours abstrait n'a été formé à l'encontre de ces dispositions. Il n'appartient dès lors pas au juge, en dehors de tout scrutin particulier, d'intervenir dans un tel débat politique et scientifique concernant les différents systèmes de vote électronique et de le trancher à la place des organes politiques. Le recourant est ainsi habilité à recourir uniquement contre la procédure de vote électronique utilisée lors du scrutin du 27 novembre 2011. Les conclusions de son recours tendant à ce que le Tribunal de céans reconnaisse "qu'il n'y a pas lieu de permettre à tous les électeurs de voter par voie électronique" et qu'il ordonne "à l'Etat de suspendre l'exercice du vote électronique pour tout futur scrutin tant que les prescriptions prévues à l'art. 60 al. 6 LEDP n'auront pas été édictées" sont par conséquent irrecevables. Il y a donc lieu d'entrer en matière uniquement sur les griefs relatifs à la procédure de vote électronique ayant conduit au scrutin du 27 novembre 2011.

Pour le reste, citoyen du canton de Genève, le recourant a la qualité pour recourir ( art. 89 al. 1 et 3 LTF ). Interjeté en temps utile contre une décision finale prise en dernière instance cantonale non susceptible de recours devant le Tribunal administratif fédéral, le recours est recevable au regard des art. 86 al. 1 let . d, 90 et 100 al. 1 LTF.

### **E. 2**

Le recourant se plaint d'abord d'un établissement arbitraire des faits ( art. 97 al. 1 LTF ) et sollicite différents compléments et rectifications de l'état de fait arrêté par l'instance précédente.

#### **E. 2.1**

Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si les faits ont été

établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 137 I 58 consid. 4.1.2) - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ), et pour autant que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ). Le recourant qui entend contester les constatations de l'autorité précédente doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions d'une exception prévue par l' art. 105 al. 2 LTF sont réalisées, faute de quoi il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui contenu dans la décision attaquée ( ATF 133 II 249 consid. 1.4.3).

## **E. 2.2**

En l'espèce, le recourant fait d'abord valoir deux faits qui auraient été établis de façon inexacte. Il soutient que les trois courriers qu'il a adressés à la Cour de justice les 4 novembre 2011, 5 décembre 2011 et 1

er juillet 2013 ne sollicitaient pas de prolongation de délai, comme l'a retenu l'instance précédente, mais visaient uniquement à fixer des délais, en fonction des absences du recourant en vue de produire ses déterminations. Ce faisant, l'intéressé joue sur les mots puisque ces correspondances ont conduit à prolonger la procédure en raison de circonstances inhérentes au recourant. Non pertinent, ce grief peut être d'emblée rejeté. Il en va de même du fait que le recourant n'aurait pas évoqué de travaux scientifiques critiquant spécifiquement le système genevois, ce qui ne ressort pas de l'arrêt attaqué.

L'intéressé expose ensuite sur sept pages environ 50 faits qui auraient dû être constatés par l'instance précédente. Il s'agit de différents éléments mettant en cause la fiabilité du système de vote électronique genevois, tels que les conclusions du rapport de la commission mandatée par le Conseil d'Etat en 1988, l'avis d'experts informatiques, des articles scientifiques, l'étude de la Chancellerie fédérale donnée en mandat à la Haute école spécialisée bernoise (HESB) sur les systèmes de vote électronique vérifiables de 2012, le rapport du Conseil fédéral sur le vote électronique du 4 juin 2013, le

modus operandi du piratage intervenu en juin 2013 lors de la "Nuit du Hack", les insuffisances de l'utilisation de la cryptographie, un arrêt du Tribunal cantonal du canton du Jura, la discussion relative à la mention du vote électronique dans la nouvelle constitution cantonale, des diagrammes exposant que le système genevois n'est pas en mesure d'empêcher un détournement systématique des votes transmis par Internet et le rapport du Conseil d'Etat du 2 avril 2013 concernant les systèmes centraux utilisés pour le vote électronique. En bref, l'intéressé énumère divers avis et différentes critiques abstraites à l'encontre du vote électronique en général et en particulier dans le canton de Genève, sans rapport avec un scrutin déterminé. Partant, il n'établit pas que les rectifications qu'il sollicite apporteraient la preuve concrète qu'une des failles qu'il dénonce ait été utilisée en l'espèce lors de la procédure de vote électronique ayant conduit au scrutin du 27 novembre 2011. Il n'expose pas non plus en quoi ces précisions permettraient d'établir un grief concret contre la procédure de vote électronique lors du scrutin précité. Dès lors, l'intéressé ne démontre pas en quoi les rectifications de l'état de fait litigieux qu'il sollicite permettraient de trancher différemment le litige en apportant la preuve concrète qu'une des failles qu'il dénonce a été utilisée en l'espèce. De même, la cour cantonale n'a pas fait preuve d'arbitraire en ne mentionnant pas les critiques du recourant relatives à la votation du 15 mai 2011, qui ne relève pas de l'objet du litige.

Faute d'avoir une influence déterminante sur l'issue de la procédure, le grief de l'établissement arbitraire des faits doit être écarté.

### **E. 3**

Le recourant fait ensuite valoir une violation de l' art. 29 al. 2 Cst. , au motif qu'il n'a pas obtenu la production de toutes les preuves qu'il avait requises, soit de l'audit du système de vote électronique daté de 2010 ainsi que de l'audition de témoins. Il reproche aussi à la Cour de justice d'avoir violé la maxime d'office et se plaint d'une application arbitraire de l'art. 19 de la loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA; RSG E 5 10).

#### **E. 3.1**

Tel qu'il est garanti par l' art. 29 al. 2 Cst. , le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes ( ATF 135 II 286 consid. 5.1 p. 293). Toutefois, le droit d'être entendu ne peut être exercé que sur les éléments qui sont déterminants pour décider de l'issue du litige. Le refus d'instruire ne viole le droit d'être entendu des parties que si l'appréciation anticipée de la pertinence du moyen de preuve offert, à laquelle le juge a ainsi procédé, est entachée d'arbitraire ( ATF 136 I 229 consid. 5.3 p. 236; 131 I 153 consid. 3 p. 157; sur la notion d'arbitraire: ATF 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62).

A teneur de l' art. 19 LPA , l'autorité établit les faits d'office; elle n'est pas limitée par les allégués et les offres de preuves des parties.

#### **E. 3.2**

En l'espèce, l'instance précédente a considéré qu'il ne se justifiait pas d'ordonner la production de l'audit du système de vote électronique daté de 2010, au motif qu'il n'apparaissait pas être déterminant pour l'issue du litige, soit sur le point de savoir si la procédure de vote électronique suivie en 2011 a eu un quelconque effet sur le résultat du scrutin du 27 novembre 2011; il en allait de même de l'audition des témoins sollicitée par le recourant, lesquels ne sauraient être entendus en qualité d'experts, à défaut d'expertise et n'étaient pas en mesure de renseigner sur l'issue du litige.

Ce faisant, la cour cantonale a procédé à une appréciation anticipée des preuves pour renoncer à administrer les preuves requises. Le recourant se contente d'avancer que l'instance précédente "n'a utilisé aucun moyen pour clarifier les faits, se bornant à conclure que les faits évoqués par le recourant n'étaient pas pertinents" et de lui reprocher de ne pas avoir procédé à une nouvelle appréciation des preuves. Il ne dit pas en quoi l'audition des témoins apporterait la preuve que lors du processus ayant conduit au scrutin du 27 novembre 2011 "le choix des électeurs aurait été modifié à leur insu avant d'arriver au logiciel de l'Etat", ni en quoi un électeur aurait voté plus d'une fois. Il se contente encore d'affirmer que l'audit précité de 2010 contient des éléments techniques en lien avec la plate-forme du vote électronique, sans exposer en quoi il serait pertinent pour le scrutin litigieux alors que le vote électronique est accompagné de mesures techniques et organisationnelles régulièrement mises à jour et complétées afin de prévenir ou réduire les risques spécifiques liés à Internet (voir déterminations du Conseil d'Etat). Ainsi, le recourant ne démontre l'arbitraire ni de l'appréciation anticipée des preuves opérée par l'instance précédente, ni de l'application de l' art. 19 LPA . Le grief de la violation du droit d'être entendu et celui de l'application arbitraire de la LPA doivent par conséquent être

écartés.

#### **E. 4**

Le recourant fait aussi valoir une violation du principe de la célérité ( art. 29 al. 1 Cst. ), au motif que la cour cantonale aurait tardé à rendre ses deux arrêts. Il lui reproche d'avoir rendu les arrêts du 21 août 2012 et du 25 février 2014 respectivement 8 mois et 5 mois après la clôture de l'instruction.

##### **E. 4.1**

L' art. 29 al. 1 Cst. garantit à toute personne, dans le cadre d'une procédure administrative ou judiciaire, le droit à ce que sa cause soit jugée dans un délai raisonnable. Selon la jurisprudence, celui qui présente une requête à l'autorité est fondé à exiger que celle-ci se prononce sans retard injustifié, c'est-à-dire dans un délai convenable eu égard à la nature de l'affaire et à l'ensemble des circonstances ( ATF 131 V 407 consid. 1.1 p. 409). Cette garantie est violée lorsque l'autorité ne rend pas sa décision dans le délai prescrit par la loi ou dans un délai que la nature de l'affaire ainsi que toutes les autres circonstances font apparaître comme raisonnable ( ATF 130 I 312 consid. 5.1 p. 331). Le caractère raisonnable du délai s'apprécie selon les circonstances particulières de la cause, eu égard notamment à la complexité de l'affaire, à l'enjeu du litige pour l'intéressé, à son comportement ainsi qu'à celui des autorités compétentes ( ATF 135 I 265 consid. 4.4 p. 277; 130 I 312 consid. 5.1 p. 331). L'on ne saurait reprocher à l'autorité quelques temps morts, qui sont inévitables dans une procédure. Lorsqu'aucun d'eux n'est d'une durée vraiment choquante, c'est l'appréciation d'ensemble qui prévaut. Des périodes d'activité intense peuvent donc compenser le fait que le dossier a été laissé momentanément de côté en raison d'autres affaires ( ATF 130 IV 54 consid. 3.3.3 p. 56 s.; 130 I 312 consid. 5.2 p. 332).

##### **E. 4.2**

En l'espèce, à l'instar de la cour cantonale, il y a lieu de relever que le recourant a, à plusieurs reprises, demandé à l'instance précédente de tenir compte de ses diverses absences allongeant ainsi la procédure et a usé de son droit de répliquer en répétant à chaque fois les mêmes arguments, prolongeant d'autant la procédure jusqu'au prononcé de l'arrêt litigieux. Peu importe que d'autres causes aient été jugées avant la sienne, chaque affaire étant différente. Par ailleurs, si le recourant allègue à présent avoir subi un préjudice financier à la suite de la décision sur retrait de l'effet suspensif, à laquelle il a amplement adhéré, il perd de vue qu'elle a été initiée à la suite du retrait de ses conclusions en annulation du scrutin du 27 novembre 2011, auxquelles il n'était pas tenu de renoncer. Il ne saurait à présent s'en prévaloir, en indiquant que la cour cantonale aurait dû statuer six semaines après le dépôt de son recours. En tout état de cause, la Cour de justice a statué dans le délai d'une année à compter du dépôt du recours, conformément à l' art. 77 al. 1 LPA .

Mal fondé, le grief doit être rejeté.

#### **E. 5**

Sur le fond, le recourant soutient que la procédure de vote électronique suivie lors du scrutin du 27 novembre 2011 ne consacre pas des règles suffisantes en vue d'en assurer la régularité. Il se plaint d'une violation de l'art. 60 LEDP, de l' art. 34 al. 2 Cst. et des Recommandations du Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe en matière de vote électronique du 30 septembre 2004 (Rec (2004) 11).

##### **E. 5.1**

Le recours en matière de votations et d'élections est lié à l'exercice des droits démocratiques tels qu'ils sont garantis par l'art. 34 Cst. Selon cette disposition, les droits politiques sont garantis sur le plan fédéral, cantonal et communal (al. 1). Cette garantie protège la libre formation de l'opinion des citoyens, ainsi que l'expression fidèle et sûre de leur volonté (al. 2). Elle oblige les collectivités publiques à organiser et préparer de manière régulière les votations et élections, de telle manière que la volonté des électeurs puisse s'exprimer librement, notamment sans pression ni influence extérieures ( ATF 135 I 292 consid. 2 p. 293 s.; 131 I 126 consid. 5.1 p. 132).

Selon l'art. 48 de l'ancienne Constitution du canton de Genève du 24 mai 1847 (aCst./GE) en vigueur jusqu'au 31 mai 2013, l'électeur peut voter dans un local de vote, par correspondance ou, dans la mesure prévue par la loi, par la voie électronique (al. 2). Les opérations électorales sont contrôlées par une commission électorale centrale nommée par le Conseil d'Etat (al. 4), la Chancellerie étant chargée de consolider les résultats des votations (al. 5). Le résultat des opérations électorales est constaté par le Conseil d'Etat qui, dans la mesure de sa compétence, en prononce la validité (al. 6).

L'art. 60 LEDP régit le vote électronique, en prévoyant que, lors des votations, l'électeur peut voter à distance par la voie électronique (al. 1). Le matériel de vote envoyé à l'électeur contient les éléments nécessaires pour exercer le vote électronique (al. 2). Pour ce faire, l'électeur s'authentifie en ligne au moyen des éléments fournis, remplit le bulletin électronique et le valide en acquiesçant à l'acheminement des données vers l'urne électronique (al. 3). Il ne peut voter par la voie électronique que si le matériel informatique qu'il utilise présente un niveau de sécurité suffisant (al. 4). Pour être enregistré, le vote électronique doit être validé au plus tard le samedi précédant la clôture du scrutin à 12h00 (al. 5). Le Conseil d'Etat édicte les prescriptions relatives à la mise en oeuvre du vote électronique, notamment pour les aspects techniques, de contrôle et de sécurité; il est autorisé à renoncer ou à suspendre l'exercice du vote électronique s'il considère que les conditions de sécurité ne sont pas garanties; il fait fréquemment tester la sécurité du système de vote électronique; il le fait en outre auditer au moins une fois tous les trois ans; les résultats de l'audit sont rendus publics (al. 6). Les applications informatiques liées au vote électronique doivent être clairement séparées des autres applications (al. 7). Le code source des applications permettant de faire fonctionner le vote électronique, de même que les documents liés à la sécurisation du système, à l'exception des résultats de l'audit prévu au précédent alinéa ne peuvent être communiqués à des tiers en application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (al. 8). Les membres de la commission centrale électorale y ont toutefois accès en tout temps (al. 9). Le code source peut en outre être éprouvé, sans toutefois être reproduit, par tout électeur qui justifie d'un intérêt scientifique et purement idéal et qui s'engage à en respecter la confidentialité; le Conseil d'Etat fixe les conditions et les modalités de ce test (al. 10).

Cette disposition est précisée par les art. 14A à 14D du règlement d'application de la loi sur l'exercice des droits politiques du 12 décembre 1994 (REDP; RSG A 5 05.01), qui décrivent les phases du scrutin électronique, de son initialisation au dépouillement et mentionnent un certain nombre de mesures de sécurité.

Quant aux recommandations du Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe en matière de vote électronique du 30 septembre 2004 (Rec (2004) 11), elles ont le caractère de simples directives à l'intention des Etats membres.

## E. 5.2

Le recourant soutient à plusieurs reprises que l'art. 60 al. 6 LEDP n'a pas été entièrement mis en oeuvre, les prescriptions contenues dans le REDP ne se rapportant pas aux ordinateurs des électeurs; l'électeur n'aurait reçu aucune consigne concernant la sécurité de son matériel informatique. Or, les autorités cantonales ont mis en oeuvre l'art. 60 al. 6 LEDP, en adoptant les art. 14A à 14D REDP, qui décrivent les phases du scrutin électronique et mentionnent un certain nombre de mesures de sécurité. Par ailleurs, conformément à l'art. 60 al. 6 LEDP, des audits du système ont été effectués, le dernier datant d'avril 2013 présentant un résultat positif. Le Conseil d'Etat a précisé en outre que le système de vote électronique mis en place continue à être développé par les autorités qui, avec le concours de spécialistes, tentent de parer à toutes les failles informatiques pouvant survenir. La procédure de vote électronique utilisée le 27 novembre 2011 est ainsi conforme à la législation cantonale.

Dans ce contexte, la Cour de justice a retenu à bon droit que le recourant ne pouvait rien déduire du piratage intervenu en juin 2013 lors de la "Nuit du Hack", dès lors que cet événement ne permettait pas à lui seul d'affirmer qu'un tel piratage aurait déjà eu lieu lors du scrutin du 27 novembre 2011, intervenu près de deux ans plus tôt, vu les avancées rapides de la technologie en matière informatique. Le recourant qualifie d'ailleurs lui-même un tel piratage d'"indétectable".

L'intéressé soutient encore que le système genevois ne remplit pas les exigences pour que plus de 50 % de l'électorat cantonal puisse voter par voie électronique, tel que prévu à l'art. 5 de l'ordonnance de la Chancellerie fédérale sur le vote électronique du 13 décembre 2013 (OVotE; RS 161.116). Le recourant perd toutefois de vue que les dispositions du droit fédéral régissent exclusivement les scrutins fédéraux, les cantons étant libres d'adopter les dispositions topiques en matière de scrutins cantonaux. De surcroît, le système de vote électronique genevois a reçu systématiquement du Conseil fédéral l'autorisation de mener des essais de vote électronique lors des scrutins fédéraux depuis 2002 (notamment en 2011, pour la votation fédérale du 13 février 2011, voir arrêté du Conseil fédéral, in FF 2010 7625).

L'intéressé fait encore valoir que la procédure mise en oeuvre ne permet ni de s'assurer qu'un électeur ne vote pas plus qu'une fois, ni d'établir avec une fiabilité suffisante la réelle intention des électeurs car le vote pourrait être détourné par un virus présent dans l'ordinateur de l'électeur. Il prétend aussi que le secret du vote ne serait pas garanti. Partant, le recourant, qui précise qu'il ne conteste "pas le résultat de la votation du 27 novembre 2011 mais l'utilisation future du système genevois pour tous les électeurs", se réfère uniquement à des allégations générales contre la fiabilité du vote électronique.

Dans ces conditions, c'est de manière soutenable que la Cour de justice a estimé que les irrégularités invoquées n'étaient pas suffisamment concrètes pour remettre en cause les résultats de la votation du 27 novembre 2011. L'instance précédente peut être suivie lorsqu'elle retient que le recourant se limite à émettre des critiques personnelles à l'encontre du système de vote électronique mis en place à Genève, opposant son avis à celui des autorités et multipliant les démonstrations hypothétiques, notamment de la manière dont un virus malveillant serait en mesure d'influer sur le résultat d'un vote, les étoffant d'une foule de références à des avis en tous genres à caractère général et à des études pour la plupart surannées. A juste titre, elle a considéré que le recourant se révélait dans l'incapacité de

mettre en évidence le moindre incident précis qui serait survenu dans le processus ayant mené au scrutin du 27 novembre 2011, tant dans sa phase antérieure, concomitante ou postérieure; en particulier, il ne formulait aucun grief concret et tangible contre le communiqué de presse du 28 octobre 2011, la brochure électorale dont il avait pris connaissance le 31 octobre 2011, le matériel de vote qu'il avait reçu le 15 novembre 2011 ou encore contre tout autre aspect des opérations électorales; il ne soutenait pas non plus que les "failles" alléguées auraient en l'espèce été utilisées. Enfin, il ressort du procès-verbal récapitulatif des opérations électorales établi par la Chancellerie cantonale le lendemain de la votation que celle-ci s'est déroulée avec succès et qu'aucune irrégularité, y compris s'agissant de l'utilisation du vote électronique, n'a été constatée, ni portée à la connaissance des autorités compétentes; le tableau ayant trait à la répartition des résultats par canal de vote conforte ce constat, en ne mettant en évidence aucune disparité notable des votes en fonction du mode de scrutin utilisé (à l'urne, par correspondance et par Internet).

Dès lors, en l'absence de grief concret permettant de retenir que l'un ou l'autre aspect du système ne serait pas conforme au droit ou que le résultat de la votation du 27 novembre 2011 serait entaché d'une irrégularité précise ayant concrètement influencé celui-ci, il n'existe aucune violation de l' art. 34 al. 2 Cst. et de l'art. 60 LEDP.

#### **E. 6**

Il s'ensuit que le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

Le recourant, qui succombe, doit supporter les frais de la présente procédure ( art. 66 al. 1 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.