

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1527/2011-ELEVOT

ATA/414/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 28 juin 2011

dans la cause

Monsieur Richard Walter HILL

contre

CONSEIL D'ÉTAT

EN FAIT

1. Par arrêté du 2 février 2011, publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) le 4 février 2011, le conseil d'Etat a fixé au dimanche 15 mai 2011 la date d'une votation cantonale concernant notamment la loi modifiant les limites de zones sur le territoire des communes de Plan-les-Ouates et de Confignon au lieu dit « Les Cherpines » et « Les Charrotons » (objet n° 2) ainsi que l'initiative 144 « pour la mobilité douce (initiative des villes) », soit l'objet n° 5.
2. Le 19 avril 2011, la chancellerie a diffusé un communiqué de presse, dont il ressortait que l'ensemble des électeurs du canton pourraient voter par internet jusqu'au samedi 14 mai 2011 à midi.
3. Le 21 avril 2011, Monsieur Richard Hill, électeur dans le canton de Genève, a demandé au Conseil d'Etat de suspendre l'exercice du vote électronique pour la votation du 15 mai 2011.

L'art. 60 al. 6 de la loi sur l'exercice des droits politiques du 15 octobre 1982 (LEDP - A 5 05) prévoyait que le conseil d'Etat devait édicter les prescriptions relatives à la mise en œuvre du vote électronique, notamment pour les aspects techniques, de contrôle et de sécurité. Or, aucune prescription n'avait été édictée par cette autorité, notamment en ce qui concerne le matériel informatique utilisé par l'électeur. Rien ne permettait d'exclure qu'un nombre conséquent d'ordinateurs personnels soient infectés par un programme s'interposant entre le clavier de l'ordinateur et le navigateur internet afin que le vote envoyé au serveur de l'Etat ne corresponde pas à l'intention de l'électeur. Aucun moyen n'était prévu pour détecter ou corriger une telle situation.

4. Le 27 avril 2011, le Conseil d'Etat a accusé réception de ce courrier.
5. Le 4 mai 2011, M. Hill a à nouveau écrit au Conseil d'Etat. Il avait reçu son matériel de vote le 2 mai 2011 et constaté qu'aucune suite n'avait été donnée à sa requête du 21 avril 2011, puisque le vote électronique avait commencé. En conséquence, il modifiait ses conclusions, demandant principalement à ce que le scrutin du 15 mai 2011 soit annulé, subsidiairement à ce que les électeurs ne soient pas autorisés à utiliser la voie électronique et plus subsidiairement à ce que le Conseil d'Etat s'engage à suspendre l'exercice du vote électronique pour les futurs scrutins tant que les prescriptions prévues par l'art. 60 al. 6 LEDP n'auraient pas été édictées.

Dès lors que, lors du vote électronique, l'électeur était identifié par le numéro de sa carte de vote et le code secret y figurant, il était possible pour une

personne habitant le même logement qu'un autre électeur de récupérer le matériel de ce dernier et de voter deux fois. Cette démarche, certes illégale, serait impossible à détecter car, contrairement aux votes conventionnels, aucune signature n'était exigée.

De plus, le secret du vote n'était pas garanti car il n'était pas certain que les électeurs vident le cache de leur navigateur, tel que cela était recommandé.

Par ailleurs, dès lors que le serveur de l'Etat générait un code de contrôle après la réception d'un vote, la correspondance entre ce code et le numéro de la carte de vote était conservée permettant ainsi, en cas de piratage des ordinateurs de l'Etat, de retrouver le nom des électeurs lié à leur vote.

Au surplus, M. Hill reprenait et développait l'argument des éléments figurant dans son premier courrier.

6. Le 12 mai 2011, l'intéressé a saisi la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre le Conseil d'Etat, concluant à l'annulation de la votation et subsidiairement à la reconnaissance du fait qu'il n'y avait pas lieu de permettre à tous les électeurs de voter par voie électronique et que cette possibilité devait être suspendue pour tout futur scrutin.

Il mettait en doute la fiabilité du système institué, le vote par internet ne satisfaisant pas aux conditions de sécurité requises dans une démocratie.

7. Par arrêt du 17 mai 2011 (ATA/303/2011) la chambre administrative a déclaré ce recours irrecevable, car tardif. Il avait été interjeté plus de six jours après que l'intéressé avait reçu son matériel de vote.
8. A l'issue du scrutin du 15 mai 2011, les électeurs ont accepté l'objet n° 2 par 52'407 voix contre 40'269 et l'objet n° 5 par 47'026 contre 46'423.
9. Dans un communiqué de presse publié le 19 mai 2011, la chancellerie d'Etat a indiqué que la part des votes électroniques avait atteint 22,13% des votants dont 18'587 habitaient le canton et 2554 étaient des Suisses de l'étranger. Le vote électronique s'était surtout concentré sur les derniers jours du scrutin. 4'113 personnes avaient voté en ligne lors de la première semaine et 4'146 pendant la seule demi-journée du samedi 14 mai 2011, soit juste avant la clôture de l'urne électronique.
10. Par arrêté du 18 mai 2011, publié dans la FAO du 20 mai 2011, le Conseil d'Etat a constaté les résultats du scrutin.
11. Le 24 mai 2011, M. Hill a remis à la poste un recours, adressé à la chambre administrative et dirigé contre l'arrêté précité.

Préalablement, l'Etat devait produire un certain nombre de documents, la comparution personnelle des parties devait être ordonnée et ces dernières interrogées ; des enquêtes devaient être ouvertes.

Au fond, la votation du 15 mai 2011 devait être annulée, au moins en ce qu'elle concernait l'initiative 114 « pour la mobilité (initiative des villes) », et, subsidiairement, il concluait à ce qu'il soit dit qu'il n'y avait pas lieu de permettre à tous les électeurs de voter par voie électronique et à ce qu'il soit ordonné à l'Etat de suspendre l'exercice du vote électronique pour tout futur scrutin tant que les prescriptions prévues par l'art. 60 al. 6 LEDP n'auraient pas été édictées.

Reprenant les éléments qu'il avait développés dans les courriers adressés au Conseil d'Etat et dans le premier recours dont la chambre administrative avait été saisie, M. Hill les complétait au vu des résultats de la votation. Si moins de 2% des ordinateurs personnels utilisés par les électeurs pour voter étaient infectés par un virus informatique, le résultat du vote concernant l'objet n° 5 aurait pu être inversé. L'Etat n'avait pas de moyen de vérifier qu'une telle captation n'ait pas eu lieu. De même, une captation de 30% des ordinateurs personnels était apte à modifier le résultat de l'objet n° 2.

Le recours devait être déclaré recevable, car déposé dans les six jours suivant la publication des résultats dans la FAO. Les votations devaient être annulées car le Conseil d'Etat n'avait pas édicté les prescriptions prévues par l'art. 60 al. 6 LEDP. La procédure ne permettait pas de garantir les principes figurant à l'art. 34 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), selon lesquels un électeur ne pouvait voter qu'une fois et le secret du vote était garanti.

12. Le 6 juin 2011, le Conseil d'Etat a principalement conclu à l'irrecevabilité du recours, et subsidiairement à son rejet. M. Hill devait être condamné aux frais de la procédure.

Les conclusions en irrecevabilité étaient fondées d'une part sur le manque de clarté quant à l'objet du recours et d'autre part sur l'abus de droit et la force exécutoire de l'ATA/303/2011 du 17 mai 2011.

M. Hill prétendait attaquer l'arrêté constatant le résultat de la votation, mais n'invoquait pas de grief quant aux éventuelles erreurs ou irrégularités lors du dépouillement ou de la constatation des résultats.

Le mémoire de recours déposé était presque identique à celui du premier recours, sous réserve de compléments portant sur le résultat des votations. Les conclusions étaient identiques, sous réserve de l'ajout de la mention « au moins pour ce qui concerne l'initiative 114 "Pour la mobilité douce (initiative des villes)" ». Ce n'était pas le résultat de la votation qui était contesté, mais le fait

que le vote par la voie électronique ait été permis à l'ensemble des citoyens. Que le recourant conteste le principe même du vote électronique ou l'acte permettant aux électeurs de voter par cette voie, son recours devait être déclaré irrecevable. Dans la première hypothèse, il remettait en cause la disposition de la LEDP adoptée par le Grand Conseil le 27 août 2009 et la chambre administrative ne pouvait se substituer au Tribunal fédéral. Dans le second cas, il devait se voir opposer l'abus de droit et la force de chose décidée, le litige ayant été tranché dans l'ATA/303/2011 du 17 mai 2011.

De plus, M. Hill n'avait ni recouru contre l'arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de la votation, ni suite à la publication du communiqué de presse de la chancellerie d'Etat du 19 avril 2011. Il se contentait d'exposer les conséquences hypothétiques d'un risque théorique lié à l'utilisation du vote électronique dans la votation concernant l'objet n° 5.

Quand au fond, les mesures probatoires sollicitées par le recourant devaient être écartées.

Le vote électronique à Genève disposait tant d'une base légale que constitutionnelle et cet exercice était contrôlé par la commission électorale centrale, ainsi que le prévoyait les art. 75 a et suivant LEDP. L'absence de règlement ne modifiait en rien ce respect de la base légale, ce d'autant que le Conseil d'Etat avait la faculté de renoncer ou suspendre l'exercice du vote électronique si nécessaire. Le recourant ne mentionnait pas l'existence d'une irrégularité concrète, mais remettait en cause le système institué dans son ensemble.

Au surplus, les risques mis en avant par celui-ci concernant la possibilité de voter plus d'une fois ou celle d'un virus modifiant la volonté de l'électeur étaient exposés d'une manière erronée par le recourant, même si aucun système de sécurité n'était dans l'absolu infaillible.

Quant au secret du vote, s'il était fermement garanti dans les locaux de vote, il appartenait à la responsabilité de chacun lors du vote par correspondance ou de celui par voie électronique. En dernier lieu, concernant le lien entre code de contrôle et le vote de l'électeur, les craintes du recourant étaient infondées puisque ces informations provenaient de bases de données distinctes, et sans liens entre elles. L'architecture du système permettait de contrôler les risques de sécurité tels que ceux avancés par M. Hill.

13. Le 7 juin 2011, la chambre administrative a accordé aux parties un délai échéant le 14 juin 2011 pour solliciter d'éventuelles requêtes d'acte d'instruction complémentaire.

14. Par courrier mis à la poste le 14 juin 2011, M. Hill s'est déterminé. Il concluait à ce que la chambre administrative tente de concilier les parties et, en cas d'échec, à ce qu'un délai soit accordé au Conseil d'Etat pour que ce dernier duplique. Il persistait au surplus dans ses conclusions.

Le premier recours avait été déclaré irrecevable pour cause de tardiveté ; si le second l'était aussi alors qu'il avait été interjeté dans le délai, cela reviendrait à interdire le contrôle par une autorité judiciaire indépendante des actes du pouvoir exécutif.

M. Hill n'était pas opposé au principe du vote électronique mais tenait à ce que ce dernier puisse être soumis au contrôle d'une autorité judiciaire indépendante.

Une conciliation était nécessaire, au vu de la complexité des faits et afin que le système genevois de vote électronique soit amélioré.

Avant la publication du résultat de la votation par le Conseil d'Etat, il était possible que ce dernier prenne en comptes les requêtes exposées antérieurement et ne valide pas le résultat. Ce n'était dès lors que cette publication qui avait ouvert le délai de recours.

Contrairement à ce que soutenait le Conseil d'Etat, son recours était clair. Il n'avait pas reçu de consigne concernant la sécurité de son matériel informatique. L'envoi de vote par internet ne correspondant pas à la volonté de l'électeur ne pouvait être exclu. Le vote électronique ne pouvait être vérifié ni corrigé dans ce cas. Il était possible pour un électeur de voter deux fois et, au vu de l'ensemble de ces éléments, le résultat concernant le cinquième objet ne pouvait être validé.

Il ne contestait pas le décompte des bulletins électroniques, mais bien le fait que ces bulletins correspondent certainement à la volonté de l'électeur. On ne pouvait lui reprocher de ne pas fournir d'indice de détournements, car ces derniers étaient, à son avis, indétectables vu le système utilisé à Genève.

Il ne commettait pas un abus de droit en déposant son second recours ; le fond n'avait pas été traité au cours de la première procédure et le second recours comportait des allégués de faits pertinents ne figurant pas dans le premier.

De même, il n'était pas resté passif. L'arrêté fixant la date de la votation ne mentionnait pas le vote électronique. Le communiqué de presse du 19 avril 2011 ne constituait pas une décision susceptible de recours. Il devait avoir la possibilité de prouver les faits qu'il alléguait si le recours était recevable, et dès lors de citer des témoins.

Si, ainsi que le Conseil d'Etat l'indiquait, le vote électronique disposait d'une base légale, cette dernière n'était pas suffisante en l'absence du règlement exigé par la loi.

Des irrégularités étaient possibles, et dès lors qu'aucun décompte n'était réalisable, le vote devait être annulé.

Quant au secret du vote, s'il était exact que ce dernier n'était pas intangible, le fait que les électeurs n'en soient pas conscients était déterminant. En l'état, on faisait croire à l'électeur que le vote par internet était aussi sûr que le vote par correspondance, alors que tel n'était pas le cas.

Le fait même d'utiliser un ordinateur personnel pour envoyer des informations à deux bases de données distinctes créait un lien entre elle. Un logiciel malveillant présent dans les serveurs de l'Etat pouvait alors récolter ces informations et ne pas être détectés.

15. Cette écriture a été transmise au Conseil d'Etat le 15 juin 2011, et les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. a. Selon l'art. 132 al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre administrative, autorité supérieure ordinaire en matière administrative, connaît des recours contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6, al. 1, let. a et e, et 57 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). Elle peut aussi être saisie lorsque la loi le prévoit expressément (art. 132 al. 6 LOJ).

b. En matière électorale, l'art. 79 al. 1 de la loi sur l'exercice des droits politiques du 15 octobre 1982 (LEDP - A 5 05) prévoit que le Conseil d'Etat, au vu du procès-verbal de la récapitulation générale, constate les résultats de l'opération électorale et en ordonne, dans le plus bref délai, la publication dans la FAO. La publication mentionne qu'un recours est ouvert contre les résultats de l'opération électorale (art. 79 al. 3 LEDP).

De plus, l'art. 180 LEDP prévoit que le recours à la chambre administrative est ouvert contre les violations de la procédure des opérations électorales indépendamment de l'existence d'une décision.

c. Le délai de recours est de six jours en matière de votations et d'élections (art. 62 al. 1 let. c LPA).

2. En l'espèce, M. Hill remet en cause le principe et les modalités du vote par internet. Son recours, certes enrichi de quelques considérations liées au résultat du vote, reprend intégralement les griefs qu'il avait soulevés dans ses courriers adressés au Conseil d'Etat ainsi que dans son premier recours. Il ne formule pas de griefs concrets contre le dépouillement et le résultat de la votation ; il ne donne pas d'indices permettant de penser que l'une des failles qu'il dénonce dans le système ait été concrètement utilisée, mais il se limite à émettre des hypothèses.

En résumé, il ne conteste pas le résultat de la votation, visé à l'art. 79 al. 3 LEDP, mais allègue des violations de la procédures électorales mentionnées à l'art. 180 LEDP.

Pour ce faire, il devait agir dans les six jours après qu'il ait eu connaissance de violations, soit avant le 8 mai 2011 à minuit, comme la chambre administrative l'a indiqué dans l'arrêt rendu suite à son premier recours (ATA/303/2011).

3. En conséquence, le recours sera déclaré irrecevable vu l'absence de grief invocable à ce stade

Au vu de cette issue, un émolument de procédure de CHF 500.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 24 mai 2011 par Monsieur Richard Walter Hill contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 18 mai 2011 ;

met à la charge du recourant un émolument de CHF 500.- ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Monsieur Richard Walter Hill ainsi qu'au Conseil d'Etat.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy, Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction :

M. Tonossi

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :