

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/444/2009-ELEVOT

ATA/163/2009

**ARRÊT**

**DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**du 31 mars 2009**

dans la cause

**Monsieur Robert MASSARD**

représenté par Me Stéphane Grodecki, avocat

contre

**COMITÉ RÉFÉRENDIAIRE CONTRE LA LOI GENEVOISE SUR  
L'INTERDICTION DE FUMER DANS LES LIEUX PUBLICS**

ayant comme mandataires Messieurs Jacques-André Widmer et Daniel Carugati  
représenté par Me Soli Pardo, avocat

et

**SERVICE DES VOTATIONS ET ÉLECTIONS**

---

## EN FAIT

1. Le 24 février 2008, le corps électoral genevois a accepté une initiative constitutionnelle introduisant un article 178B dans la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (Cst-GE - A 2 00).

«Art. 178B protection de l'hygiène publique et de la santé

Fumée passive

1. Vu l'intérêt public que constitue le respect de l'hygiène publique et la protection de la santé, le Conseil d'Etat est chargé de prendre des mesures contre les atteintes à l'hygiène et la santé de la population résultant de l'exposition à la fumée du tabac dont il est démontré scientifiquement qu'elles entraînent la maladie, l'invalidité et la mort.
2. Afin de protéger l'ensemble de la population, il est interdit de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés, tout particulièrement dans ceux qui sont soumis à une autorisation d'exploitation.
3. Sont concernés :
  - a. Tous les bâtiments ou locaux publics dépendant de l'Etat et des communes ainsi que toute autre institution de caractère public ;
  - b. Tous les bâtiments ou locaux ouverts au public, notamment ceux affectés à des activités médicales, hospitalières, para-hospitalières, culturelles, récréatives, sportives ainsi qu'à des activités de formation, de loisirs, de rencontre, d'exposition ;
  - c. Tous les établissements publics au sens de la législation sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement ;
  - d. Les transports publics et les autres transports professionnels de personnes ;
  - e. Les autres lieux ouverts au public tels que définis par la loi ».
2. Le 3 mars 2008, le Conseil d'Etat genevois a adopté un règlement d'exécution relatif à l'interdiction de fumer dans les lieux publics (RIF) qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2008.
3. Ce règlement a été invalidé par le Tribunal fédéral le 5 septembre 2008 en raison du non respect de l'exigence d'une base légale formelle (1C 155/2008).
4. Le 3 octobre 2008, l'Assemblée fédérale a adopté une loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif. Cette loi n'est pas encore entrée en vigueur.

5. Le 22 janvier 2009, le Grand Conseil du Canton de Genève a adopté une loi sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics (LIF - K 1 18). Cette loi a été publiée dans la Feuille d'Avis Officielle de la République et canton de Genève du 2 février 2009, le Conseil d'Etat arrêtant que le délai référendaire expirait le 16 mars 2009.

6. Après avoir rappelé en son article 1 que la loi avait pour but de protéger la population contre le tabagisme passif, de mettre en œuvre l'interdiction de fumer prévue par l'article 178B Cst-GE, et qu'elle réservait les dispositions fédérales sur la protection contre le tabagisme passif et la protection des travailleurs, la LIF a instauré le régime suivant :

« Art. 2 Principe

Il est interdit de fumer dans les lieux publics ou accessibles au public, intérieurs ou fermés (ci-après : lieux publics).

On entend par accessibles au public tous les locaux dont l'accès n'est pas réservé à un cercle de personnes déterminé et délimité de manière étroite.

On entend par fermés les espaces couverts par un toit et entourés par des murs ou cloisons, permanents ou temporaires, quels que soient les types de matériaux utilisés.

Art. 3 Champ d'application

l'interdiction concerne notamment :

- a) les bâtiments et locaux publics dépendant de l'Etat et des communes ainsi que toutes autres institutions de caractère public ;
- b) les hôpitaux et les autres institutions de santé, au sens de la loi sur la santé, du 7 avril 2006 ;
- c) les établissements de formation, les écoles et les garderies ;
- d) les bâtiments ou locaux dédiés à la culture, au sport, aux loisirs, aux rencontres et aux expositions ;
- e) les maisons de jeux ;
- f) les commerces, les centres commerciaux et les galeries marchandes ;
- g) les établissements d'exécution des peines et des mesures ;
- h) les véhicules de transport publics et les autres transports professionnels de personnes ;
- i) les établissements au sens de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement, du 17 décembre 1987.

Art. 4 Exceptions

Lieux privatifs :

Des exceptions à l'interdiction de fumer peuvent être prévues pour les lieux à caractère privatif suivants, pour autant qu'ils soient isolés, ventilés de manière adéquate et désignés comme tels.

- a) les fumoirs clos et correctement ventilés installés dans les établissements et lieux publics sont autorisés pour autant que ceux-ci soient isolés et qu'aucun service n'y soit effectué ;
- b) les cellules de détention et d'internement ;
- c) les chambres d'hôtels et d'autres lieux d'hébergement ;
- d) les chambres d'hôpitaux, de cliniques et d'autres lieux de soins, dans lesquels les patients séjournent de manière prolongée et dont ils ne peuvent aisément sortir compte tenu de leur état de santé.

L'exploitant ou le responsable de ces lieux soumet pour approbation au département en charge de la santé (ci-après : département) les modalités d'application des exceptions qu'il entend prévoir.

#### Cercles

Les cercles ne sont pas soumis à l'interdiction de fumer, pour autant qu'ils remplissent les conditions du droit fédéral.

#### Commerces spécialisés dans la vente de tabac

L'exploitant d'un lieu de vente spécialisé dans le domaine du tabac est autorisé à aménager un local de dégustation réservé aux clients consommateurs de tabac, à la condition qu'il soit isolé, ventilé de manière adéquate et désigné comme tel.

#### Aéroport international de Genève

L'Aéroport international de Genève est autorisé à exploiter un fumoir isolé dans la zone de transit, à la condition que le local soit ventilé de manière adéquate et désigné comme tel ».

- 7. Suite à l'adoption de cette loi, s'est constitué un comité référendaire contre la LIF (ci-après : le comité référendaire), dont les mandataires sont MM. Jacques-André Widmer et Daniel Carugati.
- 8. Le 5 février 2009, ce comité référendaire a adressé un courrier au Conseil d'Etat, l'informant de son intention de lancer un référendum contre la LIF.
- 9. Le même jour, il a soumis pour approbation préalable au service des votations et élections du département des institutions (ci-après : SVE) la formule qu'il entendait utiliser pour la récolte des signatures, un fonctionnaire visant celle-ci en apposant le timbre humide de ce service sur l'exemplaire remis, en le signant et le datant.

Ce document se présentait ainsi (les passages mis en gras sont ceux figurant comme tels sur l'original) :

« **RÉFÉRENDUM** »

Contre **la loi genevoise sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics** (LIF - 10375) du 22 janvier 2009, K 1 18 ».

**NON À UNE LOI ANTI-FUMÉE SANS EXCEPTIONS ! GENÈVE NE DOIT PAS DEVENIR UNE RÉPUBLIQUE INTOLÉRANTE ET LIBERTICIDE !**

- Cette loi porte atteinte à la liberté de choix des citoyennes, des citoyens et des commerçants.

- Cette loi porte atteinte à la marche des affaires des établissements publics ; elle est contraire à **la liberté du commerce**.

- La loi genevoise devrait **être conforme à la loi fédérale, qui prévoit des exceptions et tolérances pour certains lieux publics** : cafés, bars, restaurants, discothèques, hôtels.

- La loi genevoise devrait permettre l'installation **de fumeurs** dans tous les lieux publics du canton, quels qu'ils soient, dont notamment, l'Hôpital cantonal, les EMS.

- La loi genevoise doit autoriser l'installation sur les terrasses extérieures des établissements publics de **chaufferettes**, pour des lieux réservés aux fumeurs.

- La loi genevoise doit autoriser les établissements publics de moins de 80 m<sup>2</sup> à décider de rester fumeur ou non, comme le veut la loi fédérale ».

A la suite de ce texte, se trouvait la partie de la formule permettant aux citoyens et citoyennes désireux de soumettre le texte légal à une votation populaire, de s'identifier par leurs données personnelles et de signer.

10. Monsieur Robert Massard, né le 19 avril 1947, est un électeur genevois domicilié à Genève.
11. Par acte du 11 février 2009, reçu le 12 février 2009, il a interjeté auprès du Tribunal administratif un recours contre la formule destinée à recevoir les signatures de la demande de référendum soumise le 5 février 2009 au SVE. Il conclut à ce que le Tribunal administratif dise et constate que ledit formulaire viole ses droits politiques, à l'annulation du référendum et à l'invalidation de toutes les signatures récoltées à l'aide de ce document. Subsidiairement, il conclut à ce que le tribunal constate que la formule en question viole ses droits politiques.

Le recours était recevable car le formulaire de récolte de signatures était un acte attaquant au sens de l'article 180 de la loi sur l'exercice des droits politiques du 15 octobre 1982 (LEDP - A 5 05).

Même si l'article 87 LEDP ne contenait aucune règle sur la manière de rédiger une demande de référendum, la jurisprudence fédérale précisait qu'il était légitime d'exiger que la demande soit formulée de manière limpide pour que les autorités puissent déterminer le sens de la démarche et que les signatures n'expriment pas des volontés entachées d'erreurs.

En l'occurrence, le formulaire de récolte de signatures comportait deux allégations manifestement inexacts, susceptibles de tromper des électeurs qui seraient amenés à signer ce référendum. D'une part, c'était à tort que le titre de la formule affirmait « Non à une loi anti-fumée sans exception ». D'autre part, l'argumentaire laissait sous-entendre que la loi genevoise était contraire à la loi fédérale sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics. Comme le texte de la loi genevoise n'était pas reproduit sur la feuille de signatures, un électeur consciencieux n'avait pas la possibilité de vérifier l'exactitude ou non de ces affirmations.

12. Par courrier du 19 février 2009, le juge délégué a informé le Conseil d'Etat qu'il l'avait considéré par erreur comme partie intimée.
13. Le département des institutions a répondu au nom du SVE le 6 mars 2009. Il conclut préalablement à ce que soient appelés en cause les mandataires du comité référendaire, soit MM. Widmer et Carugati et, sur le fond, à ce que l'Etat de Genève, soit pour lui le SVE et le département des institutions, soient mis hors de cause et ne soient pas condamnés aux dépens.

Il prenait note que le Conseil d'Etat n'était pas partie à la procédure. Les articles 86 et 87 LEDP n'attribuaient aucune compétence au SVE pour vérifier le contenu de l'exposé des motifs. Sa tâche était essentiellement formelle, ayant pour but de vérifier que le formulaire contenait les mentions essentielles de l'article 87 LEDP. En revanche, ce service n'avait aucune compétence pour contrôler le contenu d'un exposé des motifs figurant dans un formulaire de signatures.

14. Le 9 mars 2009, le comité référendaire a également présenté ses observations.

Le recours était irrecevable dans la mesure où le formulaire n'était pas une décision au sens de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) et que l'on ne se trouvait pas devant un cas de violation de la procédure des opérations électorales permettant un recours indépendamment de l'existence d'une décision. Subsidiairement, le recours était mal fondé dans la mesure où le "texte introductif" avait non pas un caractère mensonger, mais

polémique, voire partial, sans que ces caractéristiques aillent jusqu'à tromper le citoyen. Lorsque le comité référendaire parlait de loi anti-fumée sans exceptions, il fallait interpréter cette expression dans son contexte, car c'était l'absence d'exceptions pour les établissements publics du canton de moins de 80 m<sup>2</sup> que le comité référendaire dénonçait. Il était également faux de prétendre que le texte de la formule de récolte de signatures affirmait que la loi cantonale était contraire à la loi fédérale.

15. Le 11 mars 2009, le recourant a transmis pour information au Tribunal administratif, une copie d'un courrier adressé au SVE par lequel il sollicitait la suspension de la procédure de contrôle des signatures jusqu'à droit jugé.
16. Le 12 mars 2009, les parties ont été avisées que sauf requête complémentaire de leur part d'ici au 19 mars 2009, l'affaire était gardée à juger.
17. Le 19 mars 2009, le recourant a indiqué au Tribunal administratif qu'il ne sollicitait pas d'acte d'instruction complémentaire. Il persistait dans son argumentation ajoutant que les observations du comité référendaire devaient être déclarées irrecevables dans la mesure où ce comité ne bénéficiait pas de la personnalité juridique. Ces observations ont été communiquées aux intimés.
18. Le SVE et le comité référendaire n'ont pas formulé d'autre requête.

## **EN DROIT**

1. Selon l'article 180 LEDP, le recours au Tribunal administratif en matière de votations et d'élections est ouvert contre toute décision au sens de l'article 56A alinéa 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05), mais également contre les violations de la procédure des opérations électorales, indépendamment de l'existence d'une telle décision.
2. Constitue une opération électorale, tout acte destiné aux électeurs/trices de nature à influencer la libre formation de l'exercice du droit de vote (ATA/478/2000 du 9 août 2000, consid. 6 ; Sem. Jud. 1990, p. 530/531, consid 3, 4, 5, 6 ; ATA G. du 16 mai 2000).

A Genève, le processus d'élaboration de la formule de récolte de signatures pour un référendum est réglé par les articles 86 et 87 LEDP dont certaines conditions sont impératives. C'est la phase nécessaire par laquelle est initié le processus qui conduit à soumettre au peuple une loi votée par le Grand Conseil (art. 53 Cst-GE). La manière dont est rédigée la demande de référendum est importante puisque c'est en fonction de celle-ci que des citoyens peuvent être amenés à signer. La façon dont cette formule est élaborée et le contenu de celle-ci font donc partie des opérations électorales au sens de l'article 180 LEDP. Le

Tribunal administratif est donc compétent pour connaître d'un recours interjeté dans ce cadre (ATA du 16 avril 1986 en la cause H. et autres, confirmé par un arrêt du Tribunal fédéral du 10 décembre 1986 en la cause G.).

3. En sa qualité de citoyen du canton de Genève, M. Massard a qualité pour recourir en matière de votations et d'élections (art. 60 let. b LPA).
4. En matière d'élections et de votations, le délai de recours est de 6 jours (art. 63 al.1 let. c LPA). Le délai court, s'il n'y a pas eu notification ou publication d'une décision, du jour où le recourant a eu connaissance de celle-ci (art. 63 al. 4 LPA) ou du fait qui a généré le cas de recours.

En l'espèce, la formule de récolte de signatures a été déposée au SVE le 5 février 2009 qui l'a approuvée le même jour. Le recours ayant été interjeté le 11 février 2009, le délai légal a été respecté.

5. a. Aux termes de l'article 86 alinéa 1 LEDP, les auteurs d'une demande de référendum cantonal doivent, avant de procéder à la récolte des signatures :
  - informer le Conseil d'Etat de leurs intentions (let. a) ;
  - désigner un mandataire chargé d'agir en leurs noms et auquel les communications officielles sont adressées valablement (let. b) ;
  - soumettre à l'approbation préalable du SVE, un spécimen des listes destinées à recevoir les signatures, soit une formule au sens de l'article 87 LEDP (let. c).
- b. Le contenu de cette formule est précisé à l'article 87 alinéa 1 LEDP.

Elle doit :

  - être établie sous forme de listes ou de cartes pouvant contenir un minimum de cinq signatures et permettant d'inscrire un certain nombre de données personnelles (let. a et c) ;
  - porter en tête, de manière précise et apparente, l'objet du référendum ou de l'initiative (let. b) ;
  - mentionner l'avis stipulant les conséquences juridiques (amende administrative et annulation) en cas de fraude à la loi dans la collecte des signatures (let. b).
- c. Aux termes de l'article 90 LEDP, l'inobservation de l'une des formalités prévues aux articles 86 et 87 LEDP entraîne la nullité du référendum.



6. En contestant la formule de demande de référendum, le recourant ne se plaint pas de la violation de l'une des formalités imposées par les articles 86 et 87 LEDP, mais d'une violation de ses droits politiques dont l'exercice est garanti par l'article 34 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) du fait de la teneur du titre ou de l'argumentaire que les référendaires ont inséré dans celle-ci. En l'occurrence, l'objet du recours et l'objet du litige ne se superposent pas, le litige opposant des citoyens entre eux au travers de la contestation de la formule. La question de la recevabilité de tels griefs dans le cadre d'un recours interjeté à ce stade du processus référendaire doit être préalablement tranchée.

La mise en oeuvre des institutions de démocratie semi-directe implique une double confrontation d'une part «horizontale» entre les citoyens eux-mêmes, partie ou adversaire du projet, et d'autre part «verticale» entre des groupes particuliers et les organes étatiques (E. GRISEL, Initiative et référendum populaire ; traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, 3e édition, Stampfli 2004, n° 261, p. 117). De ce fait, la jurisprudence et la doctrine admettent depuis longtemps que les droits politiques ne protègent pas seulement les citoyens contre l'action de l'Etat, mais aussi contre ceux d'autres citoyens (ATF 102 Ia 264, consid. 3 p. 268 et jurisprudence citée).

Suivant ce constat, le Tribunal administratif a déjà eu l'occasion d'admettre sa compétence pour connaître de recours pour violation des droits politiques dirigés contre l'intitulé d'une demande de référendum ou contre l'argumentaire inséré dans des formules de récolte de signatures (ATA du 7 mars 1988 annulé, pour d'autres motifs par arrêt du Tribunal fédéral du 2 décembre 1988 in SJ 1989, p. 90, lequel laisse cette question ouverte ; ATA du 18 mars 1992 admettant l'admissibilité d'un tel recours, se fondant sur l'ATA de 1988).

Dans la présente espèce, l'admissibilité d'un recours fondé sur de tels griefs à ce stade du processus référendaire sera confirmée, une telle solution s'imposant par ailleurs pour éviter un risque d'annulation tardive d'une votation après la tenue du scrutin populaire.

7. Le SVE soutient qu'il doit d'emblée être mis hors de cause, le recours ne devant être dirigé que contre les mandataires du comité référendaire.

Selon l'article 86 LEDP, la procédure à suivre pour l'établissement de la formule implique l'intervention de deux acteurs : celle de l'auteur de la demande de référendum, auquel revient la charge de rédiger la formule, et celle du SVE qui doit donner son approbation. C'est donc conformément à l'article 73 alinéa 1 LPA, qu'ont été, d'entrée de cause, considérées parties intimées à la présente procédure, d'un côté le comité référendaire, qui est l'auteur de la formule attaquée, et de l'autre le SVE qui a approuvé celle-ci.

8. a. Le recourant considère que les observations du comité référendaire doivent être déclarées irrecevables car il ne bénéficie pas de la personnalité juridique et ne saurait dès lors plaider devant le Tribunal administratif.

L'article 86 LEDP n'exige pas qu'un groupe de citoyens lançant un référendum sous l'égide d'un comité constitue une entité bénéficiant de la personnalité juridique, telle l'association. Pour permettre à l'auteur, de se déterminer, en tant que partie intimée, sur un recours ayant un lien avec le référendum qu'il a initié, il n'y a pas lieu d'exiger de lui qu'il soit constitué en personne morale et se soumette à d'autres conditions formelles que celles imposées par cette disposition légale.

b. De même, dans la mesure où il est admis que le comité référendaire a la qualité d'intimé au sens de l'article 73 alinéa 1 LPA, il n'est pas nécessaire, d'ordonner l'appel en cause de ses mandataires, ainsi qu'y conclut l'Etat de Genève.

9. a. Les droits politiques des citoyens sont garantis par l'article 34 Cst. Sont protégées, d'une part, «la libre formation de l'opinion des citoyens et citoyennes», d'autre part, «l'expression fidèle et sûre de leur volonté» (art. 34 al. 2 Cst ; ATF 132 I 104, consid. 3.1, p. 108 ; ATF 130 I 290, consid. 3 p. 293).

Cette garantie constitutionnelle écrite, introduite lors de la révision constitutionnelle de 1999, codifie la garantie reconnue antérieurement par le Tribunal fédéral en tant que droit constitutionnel non écrit (ATF 121 I p. 138, consid. 3, p. 141 ; J.-F. AUBERT / P. MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999, Schulthess 2003, ad art. 34, n°3, page 305).

Toutes violations des règles constitutionnelles ou légales qui définissent les conditions et les modalités de l'exercice des droits politiques constituent une violation des «droits politiques» garantis par l'art. 34 Cst. (J.-F. AUBERT / P. MAHON, op. cit., n°5, page 308). Les règles relatives à l'exercice des droits politiques sont celles qui réglementent toutes les opérations relatives à l'exercice des droits démocratiques. A ces règles appartiennent celles relatives à la procédure de collecte de signatures en cas de demande de référendum ou d'initiative (ATF 120 Ia 194, consid. 1b p. 196 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Stämpfli 2006, n°815, p. 275).

b. L'article 34 Cst. ne constitue pas la source directe des droits politiques dans les cantons, celle-ci étant à chercher directement dans leur législation. Il offre toutefois, au titre d'un droit fondamental, une garantie minimale touchant au fonctionnement de la démocratie, en garantissant que les droits politiques puissent s'exercer de manière libre et régulière (J.-F. AUBERT/P. MAHON, op. cit., ad art. 34, n°5, p. 308).

10. L'article 34 Cst. garantit en particulier la qualité de l'information donnée aux citoyens dans l'exercice des droits démocratiques. S'il est souhaitable que, dans le débat démocratique, les uns et les autres s'expriment aussi librement que possible, l'exercice n'est pas sans limite. Le juge peut être amené à intervenir en cas d'atteinte à la libre formation de leur opinion ou à la libre expression de leur volonté garanties par cette disposition constitutionnelle, ce qui pourrait le conduire en définitive à annuler les opérations de vote. Le principe reste cependant que le juge, s'il exerce un plein pouvoir d'examen, ne sanctionnera que les abus les plus graves (ATF 130 I 290 consid. 3 ; 121 Ia 252, consid. 2 et références citées ; 117 Ia 41, consid. 5b ; ATA/58/2009 du 18 mars 2009 ; ATA/583/2008 du 18 novembre 2008 ; E. GRISEL, *Initiative et référendum populaire: traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, 3e édition, Stämpfli 2004, n° 261, p. 117).

La transgression du devoir d'information sera plus facilement considérée comme grave lorsqu'elle est le fait d'un organe étatique plutôt que d'un particulier. Le premier, même s'il n'est pas soumis à un devoir de neutralité, doit se borner à fournir une information objective et s'abstenir de toute affirmation fallacieuse sur le but et la portée d'un projet (ATA/58/2009 du 18 mars 2009 ; ATA/583/2008 du 18 novembre 2008 ; E. GRISEL, *op. cit.* n° 262, p. 118 ; A. AUER, *L'intervention des collectivités publiques dans les campagnes référendaires 1985*, p. 200, 201). Le deuxième, par contre, est l'acteur privilégié du débat démocratique qui passe nécessairement par le débat d'opinion. S'il critique ou appuie un projet, il exerce un droit constitutionnel et bénéficie à cette fin de la liberté d'expression, de presse, d'association ou de réunions qui sont les conditions essentielles de l'exercice de la démocratie. Son engagement est donc a priori licite, n'ayant, par définition, pas d'autre borne que celle de l'ordre public (ATF 117 Ia 47, consid 5a = JT 1992 164 ; E. GRISEL, *op. cit.* n° 280, p. 124). En cas d'informations mensongères propagées par des privés, une intervention du juge n'est possible qu'en cas de comportement ayant eu une influence inadmissible sur la formation de la volonté démocratique, notamment lorsqu'il n'est plus possible pour les personnes qu'elle touche, de réparer l'impact négatif de celui-ci (ATF 119 Ia 271, consid. 3c, p. 274 ; 117 Ia 47, consid 5a = JT 1992 I 169 ; ATA A. du 18 mars 1992, consid. 4 ; P. ZEN RUFFINEN, *L'expression fidèle et sûre de la volonté du corps électoral* in THUERER/AUBERT/MUELLER, *Droit constitutionnel suisse*, Schulthess 2001, p. 358).

11. Le droit cantonal, qui laisse aux référendaires la charge de rédiger la formule de demande de référendum qu'ils veulent utiliser, ne leur interdit pas de la compléter par des adjonctions. Ainsi que le Tribunal fédéral l'a relevé, le droit genevois, excepté la disposition légale précitée, ne contient aucune règle sur la manière de rédiger une demande de référendum, contrairement à d'autres législations cantonales qui interdisent toute mention susceptible de créer un doute quant à la volonté des signataires. La Haute Cour a toutefois précisé que cette

absence de règles particulières n'empêchait pas que l'on puisse exiger que la demande de référendum soit formulée d'une manière qui, au-delà de permettre à l'autorité de comprendre la démarche demandée et de constater que les signatures n'expriment pas des volontés entachées d'erreurs sur les effets et l'objectif de la requête (Arrêt du Tribunal fédéral du 2 décembre 1988 déjà cité consid. 2).

Ces considérations, antérieures à l'introduction de l'article 34 Cst. restent d'actualité. Dès lors que l'on admet que, dans la rédaction d'une formule de demande de référendum, l'auteur peut en modeler les éléments et notamment y inclure un argumentaire, c'est à l'aune des principes et textes légaux rappelés ci-dessus qu'il y a lieu d'examiner si les griefs de violation des droits politiques invoqués par le recourant sont fondés.

12. Le texte de la formule soumis par le comité référendaire au SVE, contenant le texte contesté par le recourant, il convient de déterminer si l'approbation que donne ce service porte sur le respect des mentions essentielles au sens de l'article 87 alinéa 1 lettres a à c LEDP, ou sur l'entier du document, inclus l'éventuel exposé des motifs rajoutés par les auteurs.

Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique) (ATF 132 V 321 consid. 6 p. 326 ; 129 V 258 consid. 5.1 p. 263 et 264 et les références citées). Le Tribunal fédéral utilise les diverses méthodes d'interprétation de manière pragmatique, sans établir entre elles un ordre de priorité hiérarchique (ATF 133 III 175 consid. 3.3.1 p. 178 ; 125 II 206 consid. 4a p. 208-209 ; ATA/422/2008 du 26 août 2008 consid. 7). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution (ATF 119 Ia 241 consid. 7a p. 248 et les arrêts cités).

Le texte légal ne permet pas de répondre à la question et, sur ce point, les travaux préparatoires ne sont d'aucun secours pour restituer la volonté du législateur (MCG 1982 37/ III, 3674, 3738-3742). En revanche, certaines indications sont fournies par les textes réglementant le référendum facultatif. L'article 53 Cst-GE prévoit que la récolte de signatures doit être effectuée dans le délai référendaire de 40 jours suivant la publication de la loi. Ce délai légal ne peut être ni suspendu ni prolongé (art. 16 al. 1 LPA). En outre, l'article 90 LEDP prévoit la nullité du référendum en cas d'inobservation de l'une des formalités prescrites aux articles 86, 87 et 89 LEDP.

Ainsi, dans la mesure où la procédure de validation de la formule de référendum doit pouvoir être menée avec une extrême rapidité, pour permettre aux référendaires de commencer sans délai leur travail de récolte de signatures, le contrôle de la formule de demande de référendum effectué par le SVE ne peut qu'être formel. Il consiste en la vérification de la mention sur celle-ci des éléments énoncés à l'article 87 alinéa 1 lettres a à c LEDP, à l'exclusion, en règle générale, de tout contrôle de l'argumentation ajoutée par les auteurs. Tout ajout de texte sur la formule est de la seule responsabilité des référendaires.

Le Tribunal administratif doit examiner d'office les cas de nullité d'actes administratifs et n'est pas lié par les motifs invoqués par les parties (art. 69 al. 1 LPA). Il retiendra que la formule de demande de référendum présentée au SVE le 5 février 2009 respecte les conditions de l'article 87 alinéa 1 LEDP, ce que le recourant ne conteste d'ailleurs pas. Ce service n'intervenant pas, à priori, dans le contrôle des textes ajoutés éventuellement par les référendaires sur la formule, aucun reproche ne peut lui être adressé.

13. Dans le processus de lancement d'un référendum, il peut y avoir atteinte grave à l'exercice des droits politiques au sens de l'article 34 Cst. si la formule rédigée par les référendaires ne permet pas aux citoyens sollicités d'exprimer librement, consciemment et sûrement leur volonté de demander qu'une loi déterminée soit soumise au scrutin populaire. Les conditions d'une telle atteinte seraient réalisées si celle-ci contenait des vœux ou des propositions n'ayant pas de lien avec cette dernière, ou des commentaires étrangers à la loi contestée, sans aucune réalité ou sciemment erronés, dans le but d'amener les citoyens à signer pour de faux motifs (SJ 1989 p. 90, consid. 2 p. 92). En revanche, le recours à un argumentaire pouvant comporter des assertions discutables, approximatives, réductrices ou polémiques n'est pas constitutif d'une telle atteinte, de telles expressions étant inévitables dans le débat démocratique dont il y a lieu de préserver le libre exercice (ATF 117 a p. 47 consid. 5a = JT 1992 I p. 169 ; E. GRISEL op. cit. p. 184 ; P. ZEN RUFFINEN op cit. 358 ; S. WIDMER, Wahl- und Abstimmungs-freiheit, Schulthess 1989, p. 95 ; HANGARTNER/KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft, Schulthess 2000, p 1073).

En l'espèce, le Tribunal administratif constate que la formule de demande de référendum exprime clairement par son titre que l'objet du référendum est la loi du 22 janvier 2009. La teneur de l'argumentaire prise dans son ensemble permet de comprendre le sens de celui-ci et la volonté des référendaires : ils ne sont pas satisfaits du régime de lutte contre le tabagisme mis en place à Genève. Ils contestent une loi qui ne prévoit pas d'exceptions pour les établissements publics de moins de 80 m<sup>2</sup> et préféreraient que s'applique à Genève le régime mis en place par la législation fédérale qui en prévoit.

Les deux affirmations dont se plaint le recourant font partie de cet argumentaire. Si elles sont extraites de leur contexte, leur sens peut prêter à discussion. Ce n'est plus le cas dès lors qu'elles sont rapportées au reste du commentaire. Il en résulte que le citoyen, auquel la formule de référendum est soumise, ne peut être induit en erreur par ces propos au point que cela constituerait une violation de l'exercice de ses droits politiques. C'est d'autant plus vrai que le débat sur l'interdiction de la fumée dans les lieux publics n'implique pas de grandes connaissances techniques. Il fait rage à Genève et en Suisse depuis plusieurs années. Il a déjà fait l'objet d'une votation ainsi que d'un contentieux administratif dont la presse s'est largement faite l'écho. Dans ce contexte, le lancement du référendum par les opposants à la loi n'est pas une surprise et ses enjeux principaux sont connus des citoyens.

14. Le recours sera rejeté. Le recourant qui succombe devra s'acquitter du paiement d'un émoluments de CHF 1'000.- et d'une indemnité de procédure au comité référendaire d'un montant de CHF 500.- (art. 87 LPA).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 11 février 2009 par Monsieur Robert Massard contre l'opération électorale du 5 février 2009 concernant le lancement du référendum contre la loi du 22 janvier 2009 sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics ;

**au fond :**

le rejette;

met à la charge de Monsieur Robert Massard un émoluments de procédure de CHF 1'000.- ;

le condamne à payer une indemnité de procédure de CHF 500.- au comité référendaire contre la loi du 22 janvier 2009 sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Me Stéphane Grodecki, avocat de M. Robert Massard, à Me Soli Pardo, avocat du comité référendaire, et au département des institutions pour le service des votations et élections.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

M. Tonossi

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :