

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1000/2020-ELEVOT

ACST/12/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre constitutionnelle

Arrêt du 1^{er} avril 2020

dans la cause

ENSEMBLE À GAUCHE - SOLIDARITÉS - DAL

MCG MOUVEMENT CITOYENS GENEVOIS

Messieurs Pierre BAYENET, Bernard CLERC, Daniel SORMANNI,

Pierre VANEK et Christian ZAUGG

représentés par Me Nicolas Capt, avocat

contre

CONSEIL D'ÉTAT

**Recours contre l'arrêté du Conseil d'État du 18 mars 2020 constatant les résultats
du premier tour de l'élection des exécutifs communaux du 15 mars 2020**

EN FAIT

- 1) Par arrêté du 27 mars 2019, publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 29 mars 2019, le Conseil d'État a fixé la date du premier tour des élections municipales 2020 au dimanche 15 mars 2020, le dépôt des listes étant fixé au lundi 6 janvier 2020, avant midi.

Le second tour de l'élection des exécutifs communaux était fixé au dimanche 5 avril 2020, et le dépôt des listes de candidatures du second tour de l'élection des exécutifs communaux était fixé au mardi 17 mars 2020, avant midi.

- 2) En décembre 2019, des médecins chinois ont donné l'alerte sur un nouveau virus inconnu (ci-après : Covid-19), pouvant provoquer des difficultés respiratoires voire la mort chez certains patients, et qui serait apparu chez des personnes travaillant à Wuhan, en Chine centrale.

- 3) Fin janvier 2020, les premiers cas de patients atteints du Covid-19 ont été découverts en Europe, soit en France, en Allemagne et en Italie.

- 4) Le premier cas suisse a été enregistré au Tessin le 25 février 2020 ; deux jours plus tard, huit cas étaient annoncés dont un à Genève.

- 5) Le 28 février 2020, le Conseil fédéral, considérant la situation comme étant particulière, a ordonné des mesures au sens de l'art. 6, al. 2, let. b, de la loi sur les épidémies du 28 septembre 2012 (LEp - RS 818.101) et interdit pour une période limitée les manifestations publiques ou privées accueillant simultanément plus de 1'000 personnes (ordonnance du 28 février 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le Covid-19 - aRS 818.101.24). Lors de manifestations publiques ou privées accueillant moins de 1000 personnes, les organisateurs, en collaboration avec l'autorité cantonale compétente, devaient évaluer les risques pour déterminer s'ils pouvaient ou non organiser la manifestation.

- 6) Le 13 mars 2020, face à la montée en puissance de l'épidémie en Suisse, le Conseil fédéral a considéré la situation comme extraordinaire au sens de l'art. 7 LEp, et a adopté l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 Covid-19 – RS 818.101.24).

L'ordonnance prévoyait notamment le rétablissement de contrôles aux frontières, la fermeture des écoles et l'interdiction des manifestations de plus de 100 personnes.

- 7) Le dimanche 15 mars 2020 s'est tenue à Genève l'élection des conseils municipaux ainsi que le premier tour de l'élection des exécutifs communaux.

À l'issue de cette dernière, 24 communes avaient renouvelé intégralement leur exécutif communal, tandis qu'un second tour était nécessaire dans 21 communes dont la Ville de Genève, Vernier, Lancy, Onex et Meyrin.

En Ville de Genève, aucun candidat n'avait obtenu la majorité absolue, fixée à 19'736 voix. Le candidat le mieux placé obtenait 18'138 suffrages, le cinquième 10'932. M. BAYENET était neuvième (avec 9'328 voix), et M. SORMANNI douzième (avec 6'915 voix).

- 8) Le 16 mars 2020, le Conseil d'État a adopté un arrêté instituant des mesures contre l'épidémie Covid-19.

Les restaurants et débits de boissons, les établissements destinés à la récréation de la population (notamment cinémas, théâtres, musées, salles de jeu et casinos, maisons de quartier, centres de jeunesse, centres sportifs, piscines, fitness, centres de bien-être), ainsi que tous les commerces (à l'exception de ceux offrant des denrées alimentaires, des produits d'hygiène, ménagers et d'alimentation pour animaux, pharmacies, drogueries, kiosques et stations-service) devaient rester fermés.

Les activités économiques en relation avec les services à la personne, de même que la prostitution, étaient interdites. Il en allait de même des manifestations de plus de cinq personnes, des activités sportives non individuelles et des compétitions sportives, ainsi que des services religieux à l'exception des funérailles.

Dans son communiqué de presse du jour, le Conseil d'État a indiqué avoir décidé de maintenir le second tour des élections municipales au 5 avril 2020. Malgré l'impossibilité pour les formations politiques et les candidates et candidats qui se maintenaient au second tour de poursuivre la campagne de façon normale d'ici au 5 avril, en vertu des interdictions prévues dans l'arrêté du Conseil d'État du jour même, en particulier de l'interdiction des rassemblements de plus de cinq personnes, les débats, informations et autres actions de campagne ayant prévalu jusque-là permettaient néanmoins de garantir la libre formation de l'opinion des citoyennes et des citoyens appelés à voter et l'expression fidèle et sûre de leur volonté. De plus, la population serait toujours en mesure d'être informée par le biais de canaux et de supports d'information qui continueraient à être diffusés ou transmis, tels que médias, tous ménages ou Internet.

- 9) Ces mesures faisaient écho à celles prises le même jour par le Conseil fédéral, dont l'ordonnance 2 Covid-19 était amendée.
- 10) Lors du dépôt des listes pour le deuxième tour, le 17 mars 2020, 86 candidates et candidats ont brigué un poste de conseiller administratif, de maire ou d'adjoint. Tous étaient déjà candidats au premier tour.

Sur la base des listes déposées et donc des retraits ainsi opérés, le second tour concernait 21 communes, des retraits de candidatures devant donner lieu à des élections tacites dans 5 communes.

- 11) Par arrêté du 18 mars 2020, déclaré exécutoire nonobstant recours et publié dans la FAO le 20 mars 2020, le Conseil d'État a constaté les résultats des élections municipales du 15 mars 2020.

Le point 2 de l'arrêté était libellé comme suit : « Pour les communes d'Anières, Avully, Bardonnex, Chêne-Bougeries, Chêne-Bourg, Choulex, Collex-Bossy, Confignon, Dardagny, Genève, Genthod, Grand-Saconnex, Hermance, Lancy, Meyrin, Onex, Perly-Certoux, Plan-les-Ouates, Puplinge, Russin, Satigny, Soral, Thônex, Vandœuvres, Vernier et Versoix, l'ensemble des sièges n'ayant pas pu être pourvu à la majorité absolue, un second tour de scrutin à la majorité relative est nécessaire. Il aura lieu le 5 avril 2019, conformément à l'arrêté du Conseil d'État du 27 mars 2019 fixant la date de ce scrutin ».

- 12) Le 18 mars 2020 également, le Conseil fédéral a annulé la votation fédérale prévue le 17 mai 2020.

- 13) Par acte déposé le 20 mars 2020, Ensemble à Gauche – solidarités – DAL (ci-après : EàG), l'association Mouvement Citoyens Genevois (ci-après : MCG) ainsi que Messieurs Pierre BAYENET, Bernard CLERC, Daniel SORMANNI, Pierre VANEK et Christian ZAUGG ont interjeté recours auprès de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (ci-après : la chambre constitutionnelle) contre l'arrêté du 18 mars 2020, concluant, sur mesures « superprovisionnelles » et provisionnelles, à la suspension de l'expédition des enveloppes de vote et, principalement, à l'annulation de l'arrêté en ce qu'il maintenait le second tour des élections des exécutifs communaux au 5 avril 2020, au report de celles-ci, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Les personnes physiques qui recouraient étaient toutes domiciliées en Ville de Genève (ci-après : la ville) ; deux d'entre elles étaient candidates en vue du deuxième tour de l'élection au Conseil administratif de la ville, et certaines étaient, du point de vue de la pandémie en cours, vulnérables vu leur âge et leur état de santé.

Contrairement à ce qui avait été affirmé par le Conseil d'État, il ne s'agissait pas de poursuivre une campagne déjà engagée, mais d'en entamer une nouvelle. Il s'agissait en effet de scrutins distincts, avec « redépôt » ou non de candidatures, reconfiguration ou non des alliances, avec la prise en compte du résultat des élections des conseils municipaux. Du reste, plusieurs candidats avaient déclaré se retirer.

Au vu des mesures prises pour lutter contre la pandémie, il n'était plus possible de tenir les indispensables assemblées générales de parti ou réunions de comité en vue de prendre les décisions cruciales pour la suite de la campagne.

Le déroulement de la campagne serait lui aussi fortement compromis. Des stands dans les rues ou devant les commerces ne pourraient pas être installés. Beaucoup d'électeurs, notamment âgés, mais également certains candidats de plus de soixante-cinq ans, ne pouvaient plus sortir, même pour déposer leur bulletin dans une boîte aux lettres – et s'ils ne le faisaient pas, ils devraient remettre leur bulletin à poster à un tiers, ce qui était risqué. Des affiches, pour autant qu'elles puissent encore être réalisées, n'atteindraient pas la population puisque celle-ci était largement confinée. Toute la vie politique communale et cantonale était suspendue, le Grand Conseil, les conseils municipaux et leurs commissions ayant cessé de siéger. Le Conseil d'État avait enfin annulé les votations cantonales du 17 mai 2020.

La décision attaquée de maintenir le second tour de l'élection le 5 avril 2020 se fondait sur une constatation inexacte des faits (selon laquelle il y aurait poursuite d'une campagne déjà engagée, ainsi qu'une information suffisante au sein de la population), et consacrait une violation de la liberté d'expression et de réunion en lien avec les droits politiques (du fait des modalités de la campagne, qui empêchaient la formation d'une volonté libre et complète et violait gravement les droits politiques des citoyens) ainsi qu'une violation de l'ordonnance 2 Covid-19 du 13 mars 2020 (car celle-ci prévoyait que les personnes vulnérables et à risque restent chez elles, alors que le vote par correspondance supposait de sortir déposer son enveloppe de vote). Un report des élections pouvait s'appuyer sur les art. 113 al. 1 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE - A 2 00), comme les autres mesures prises lors de la crise actuelle par le Conseil d'État, ainsi que sur l'art. 19 al. 3 de la loi sur l'exercice des droits politiques, du 15 octobre 1982 (LEDP - A 5 05).

De plus, de nombreuses collectivités publiques, en Suisse comme à l'étranger, avaient renoncé à tenir des scrutins en raison de la pandémie. En particulier, le président français avait annulé le second tour des élections municipales, dont le premier tour s'était tenu le même jour qu'à Genève.

- 14) Par arrêté du 20 mars 2020, le Conseil d'État a fixé les modalités particulières du deuxième tour au regard des mesures prises dans le cadre de la pandémie de coronavirus.

Aucun local de vote ne serait ouvert le dimanche 5 avril 2020. Seul le vote par correspondance serait disponible, et le Conseil d'État encourageait toutes les électrices et tous les électeurs à voter par correspondance d'ici au 1^{er} avril 2020. Les électrices et électeurs qui n'auraient pas renvoyé leur enveloppe de vote le 1^{er} avril 2020 pourraient déposer leur enveloppe de vote scellée dans le bâtiment du

service des votations et élections (ci-après : SVE) le jeudi 2 avril et vendredi 3 avril 2020 de 09h00 à 16h00 et exceptionnellement le samedi 4 avril 2020 de 9h00 à 16h00 et le dimanche 5 avril 2020 de 9h00 à 12h00. Des mesures organisationnelles seraient prises sur place afin de garantir que les règles sanitaires prescrites soient respectées.

- 15) Le 27 mars 2020, le Conseil d'état a adopté un second arrêté relatif aux modalités du second tour.

Les communes pouvaient exceptionnellement mettre en place un service de récolte des enveloppes de transmission de vote auprès des personnes vulnérables par des agents de police municipale, lesquels ne devaient ni être candidats ni avoir de lien de parenté avec un candidat. Les communes qui n'avaient pas d'agents de police municipale et n'avaient pas mutualisé cette ressource identifieraient leurs besoins et les communiqueraient au dispositif d'organisation des secours en cas de catastrophe (ci-après : dispositif ORCA) par le biais de l'association des communes genevoises (ci-après : ACG). Seules des enveloppes de transmission de vote fermées et prêtes à être postées pouvaient être collectées.

- 16) Le 30 mars 2020, le Conseil d'État, soit pour lui la chancellerie d'État, a conclu au rejet du recours.

À la suite de l'annulation de la votation fédérale du 17 mai 2020, des contacts avaient été pris avec la chancellerie fédérale. Il en ressortait que les scrutins cantonaux et communaux étaient de la seule responsabilité des cantons, à qui il appartenait d'évaluer les risques, dans le respect des règles définies par la Confédération et les cantons eux-mêmes.

Le Conseil d'État avait ainsi annulé la votation cantonale du 17 mai 2020. En ce qui concernait le deuxième tour de l'élection des exécutifs communaux, il avait, par le biais de son président, mené une consultation auprès des principaux partis politiques. Il en ressortait que le Parti Libéral-Radical (ci-après : PLR), le Parti Socialiste (ci-après : PS), le Parti Démocrate-Chrétien (ci-après : PDC), les Verts et le Parti du Travail (ci-après : PdT) étaient favorables au maintien du second tour, tandis que le MCG, EàG et l'Union Démocratique du Centre (ci-après : UDC) y étaient défavorables et souhaitaient un report de l'élection.

La demande de mesures superprovisionnelles et provisionnelles devait être rejetée, l'accorder annulant de fait le scrutin prévu et rendant d'emblée illusoire le procès au fond.

Sur le fond, le premier et le second tour des élections étaient étroitement liés, comme le prouvait la législation applicable en ce qu'elle prévoyait que le second tour avait lieu à brève échéance après le premier. Par ailleurs, bien que les listes du second tour puissent, dans une certaine mesure, être remaniées par

rapport au premier tour, aucun candidat nouveau ne s'était présenté en l'espèce, ce qui impliquait que tous les candidats avaient déjà fait campagne pour le premier tour. Il était donc faux de dire que la campagne du second tour était entièrement nouvelle.

Une suite de campagne avec les moyens possibles dans le cadre des mesures prises pour lutter contre l'épidémie en cours était suffisante et ne déséquilibrait pas les débats. Au-delà de la possibilité de faire campagne dans la rue ou sur des stands, qui n'était plus possible, tous les autres moyens de campagne restaient utilisables, notamment les papillons (« flyers »), envois tous ménages, sites Internet et les annonces dans les médias. La proximité de dates entre les deux tours permettait justement que la campagne effectuée pour le premier tour soit encore fraîche dans l'esprit des électeurs.

L'ensemble des élections communales, soit les deux tours de l'élection des exécutifs mais aussi l'élection des conseils municipaux, formait un tout. Des incompatibilités étant prévues entre les mandats électifs des exécutifs et délibératifs, le choix des listes déposées pour le second tour des exécutifs et les éventuelles renonciations dépendaient de l'ensemble des suffrages déjà obtenus au premier tour et des chances de succès estimées pour le second tour. Se posait également la question des élections tacites suite au dépôt des listes pour le second tour. Dans les cinq communes qui étaient dans ce cas, un report du second tour poserait problème, puisque lors du second tour reporté l'élection pourrait ne plus être tacite. Aucun candidat n'était de plus nouveau, et les positions des uns et des autres n'avaient pas changé, aucun revirement par rapport à des positions tenues lors de la campagne du premier tour n'étant étayé dans le recours.

Les libertés d'expression et de réunion étaient certes restreintes de par les mesures prises contre la pandémie de coronavirus et impliquaient des aménagements dans la campagne électorale, le processus de vote et de dépouillement, mais la libre formation de la volonté du corps électoral ne s'en trouvait pas lésée. La campagne électorale restait possible. Quant à l'absence de réunion du Grand Conseil et des conseils municipaux, elle n'avait pas d'effet sur le vote, prévu le 5 avril 2020. Enfin, dans la mesure où les recommandations sanitaires étaient respectées, le maintien de l'élection ne présentait pas de danger pour la population.

La décision de maintenir le scrutin respectait aussi l'ordonnance 2 Covid-19. Le maintien ou non des scrutins cantonaux et communaux relevait de la compétence cantonale, et le Conseil d'État avait adapté la procédure de vote pour qu'elle soit conforme aux règles édictées par la Confédération. Les personnes vulnérables pouvaient ainsi confier leur enveloppe de vote à des agents de police municipale. Des règles sanitaires strictes étaient également prévues pour le dépôt des enveloppes de vote au SVE ainsi que pour le dépouillement.

Enfin, le report du second tour poserait plus de problèmes qu'il n'en résoudrait. Il impliquerait un report de la durée de fonction de certains exécutifs actuellement en place, qui n'auraient pas été constitués à l'issue du premier tour ou par élection tacite au second ; les magistrats élus au premier tour ou tacitement au second appartenant à un exécutif non entièrement constitué à ces occasions ne seraient pas en mesure de siéger à partir du 1^{er} juin 2020. Un report permettant de maintenir l'entrée en fonction au 1^{er} juin 2020 n'était pas envisageable. Ainsi, le maintien du second tour permettait de respecter les dispositions constitutionnelles et légales principales, et d'assurer la continuité des institutions. Le renvoi à une date ultérieure fausserait la nature même de l'élection, dénaturant la notion d'élection majoritaire à deux tours, dans laquelle ceux-ci forment un tout indissociable.

Le canton de Genève n'était pas le seul à avoir maintenu un scrutin pendant cette période : ainsi Nidwald avait autorisé le maintien des élections communales prévues le 5 avril 2020, Saint-Gall avait maintenu en l'état le second tour des élections cantonales prévues le 19 avril 2020, avec vote par correspondance uniquement, et Lucerne avait maintenu le premier tour des élections communales le 29 mars 2020.

- 17) Le 31 mars 2020, les recourants ont persisté dans leurs conclusions.

Le second tour était très différent du premier, en ce qu'il était celui de la raison et du vote utile. Les partis politiques devaient aller à la rencontre de la population, le taux de participation aux élections municipales étant déjà faible en temps normal ; or depuis le début de l'épidémie en Suisse, la population se faisait constamment rappeler qu'elle devait rester chez elle, ce qui était incompatible avec le maintien du second tour. Certains partis avaient la possibilité de financer des campagnes postales et d'autres pas, ce qui induisait une inégalité de traitement. Le fait que le second tour doive impérativement être lié au premier ne ressortait que de l'exigence d'un écart maximum de cinq semaines entre eux.

L'art. 19 al. 3 LEDP donnait la possibilité de reporter le scrutin pour des raisons impérieuses, ce qui était le cas ici.

S'agissant des personnes vulnérables, il y avait une inégalité entre les communes qui entendaient faire usage de la possibilité de faire récolter les enveloppes par la police municipale et celles qui avaient déclaré qu'elles ne le feraient pas, ce qui était le cas de la ville. La sécurité du processus ne pouvait de plus pas être garantie.

Certains citoyens n'auraient qu'un temps extraordinairement bref pour voter, recevant leur matériel de vote le 31 mars 2020 et devant avoir voté le lendemain. Certaines personnes âgées renonceraient à voter pour raison de sécurité sanitaire. Il existait de plus des différences significatives entre les différentes sources

d'information sur les modalités du scrutin (notamment entre la brochure officielle, l'enveloppe de vote, la carte de vote, le communiqué de presse du Conseil d'État du 20 mars 2020, l'arrêté du 23 mars 2020, le courrier séparé de la chancellerie d'état et la communication faite par certaines communes).

La population serait mise en danger par le maintien du second tour, dans la mesure où les personnes confinées pourraient répandre le virus en envoyant leur enveloppe de vote. Le Conseil d'état ne proposait aucune solution à ce problème, et il affirmait que les modalités du scrutin auraient été validées par les autorités sanitaires, sans les nommer et sans étayer cette affirmation.

S'agissant des autres cantons, Lucerne avait maintenu le premier tour des élections municipales mais reporté sine die le second tour. Dans le canton de Nidwald, le maintien du second tour ne portait que sur deux communes de moins de 5'000 habitants. Le second tour maintenu à Schwytz était prévu pour le 21 juin 2020. Enfin, le choix du canton de St-Gall de maintenir, par correspondance uniquement, le deuxième tour des élections cantonales au 19 avril 2020 soulevait précisément des questions quant à sa licéité. Les cantons précités avaient en outre une prévalence de la maladie au Covid-19 bien inférieure à celle de Genève.

- 18) Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) a. Selon l'art. 124 let. b Cst-GE, la Cour constitutionnelle – à savoir la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (art. 1 let. h ch. 3 1^{er} tiret de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05) – est compétente pour traiter les litiges relatifs à l'exercice des droits politiques en matière cantonale et communale.

Concrétisant cette norme constitutionnelle par le biais de la loi 11311 du 11 avril 2014 mettant en œuvre la Cour constitutionnelle, le législateur a prévu que la chambre constitutionnelle connaît des recours en matière de votations et d'élections (art. 130B al. 1 let. b LOJ) ainsi qu'en matière de validité des initiatives populaires (art. 130B al. 1 let. c LOJ), et il a transféré à la chambre constitutionnelle, par une modification de l'art. 180 LEDP, la compétence qu'avait jusqu'alors la chambre administrative de la Cour de justice de connaître des recours ouverts contre les violations de la procédure des opérations électorales indépendamment de l'existence d'une décision (art. 180 aLEDP ; ACST/23/2018 du 9 novembre 2018 consid. 2 et les références citées ; Michel HOTTELIER, Le recours pour violation des opérations électorales en droit genevois, in HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel, 2019, pp. 159-170).

Comme le Tribunal administratif puis la chambre administrative et enfin la chambre de céans l'ont jugé à maintes reprises, entre dans le cadre des opérations électorales au sens de l'art. 180 LEDP tout acte destiné aux électeurs de nature à influencer la libre formation du droit de vote telle qu'elle est garantie par les art. 34 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 44 Cst-GE (ACST/30/2019 du 17 octobre 2019 consid.1a ; ACST/10/2015 du 11 mai 2015 et la jurisprudence citée). La constatation du résultat exact d'une élection, de même que le respect de la procédure en matière électorale font partie de la liberté de vote (ATF 140 I 394 consid. 8.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2014 du 22 juillet 2014 consid. 5.1).

b. En l'espèce, le recours est dirigé contre l'arrêté du Conseil d'État du 18 mars 2020 constatant les résultats du premier tour de l'élection des exécutifs communaux du 15 mars 2020, en ce que cet arrêté maintient le second tour au 5 avril 2020. Le litige a donc trait à l'exercice des droits politiques et vise un acte sujet à recours au sens de l'art. 180 LEDP. Aussi la chambre de céans est-elle compétente à raison de la matière pour connaître du présent recours.

- 2) Sur le plan cantonal, le délai de recours en matière de votations et d'élections est de six jours (art. 62 al. 1 let. b LPA).

Déposé le 20 mars 2020 contre l'arrêté du Conseil d'État du 18 mars 2020, publié dans la FAO du 20 mars 2020, le recours a été interjeté en temps utile.

- 3) a. La qualité pour recourir est reconnue, pour les recours pour violation des droits politiques, à toute personne physique ayant le droit de vote dans l'affaire en cause, aux partis politiques – pour autant qu'ils soient constitués en personnes morales, exercent leurs activités dans la collectivité publique concernée par la votation populaire en cause et recrutent leurs membres principalement en fonction de leur qualité d'électeurs –, ainsi qu'aux organisations à caractère politique formées en vue d'une action précise comme le lancement d'une initiative ou d'un référendum (ACST/14/2019 du 25 mars 2019 consid. 2d *in initio* ; ACST/7/2019 du 11 mars 2019 consid. 2c ; ACST/8/2016 du 3 juin 2016 consid. 3a).

b. La qualité pour recourir doit partant être reconnue tant à MM. BAYENET, CLERC, SORMANNI, VANEK et ZAUGG, domiciliés dans une commune où ils sont titulaires des droits politiques et où un second tour doit avoir lieu, qu'aux partis politiques MCG et EàG, tous deux représentés au Grand Conseil.

- 4) Pour le reste, le recours satisfait aux exigences de forme et de contenu prescrites par la loi (art. 64 et 65 LPA). Il sera donc déclaré recevable.

- 5) Le litige porte sur le report du second tour des élections des exécutifs communaux, prévu le 5 avril 2020 et maintenu dans l'arrêté litigieux malgré les mesures prises dans le cadre de l'épidémie de coronavirus.

- 6) À teneur de l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). Les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA), non réalisée en l'espèce.

Il résulte toutefois des écritures des recourants que leur premier grief ne vise en réalité pas une constatation inexacte des faits en tant que telle, mais l'appréciation qui en est faite dans l'approche globale de la situation. On ne saurait ainsi qualifier de fait au sens de l'art. 61 let. b LPA le caractère plus ou moins autonome du second tour par rapport au premier (poursuite d'une campagne déjà engagée ou nouvelle campagne électorale), pas plus que l'évaluation faite par l'intimé du caractère suffisant ou non des moyens de campagne utilisés jusqu'au premier tour ou utilisables lors de la campagne pour le second tour.

Quoi qu'il en soit, ces points ne ressortent pas de la décision attaquée, mais de décisions et écritures subséquentes de l'intimé, si bien que même si le grief était recevable, il devrait être rejeté faute d'assise dans l'arrêté querellé.

- 7) a. Selon la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), les droits politiques sont garantis (art. 34 al. 1 Cst.). La garantie des droits politiques protège la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté (art. 34 al. 2 Cst.).
- b. La Confédération règle l'exercice des droits politiques au niveau fédéral ; les cantons règlent ces droits aux niveaux cantonal et communal (art. 39 al. 1 Cst.).
- 8) a. Dans la Cst-GE, l'art. 44 al. 1 et 2 Cst-GE reprend l'art. 34 Cst. Au niveau communal, le corps électoral communal élit le conseil municipal ainsi que l'exécutif communal (art. 53 Cst-GE).
- b. Les élections au système majoritaire ont lieu en une seule circonscription (art. 55 al. 1 Cst-GE). Sont élus au premier tour les candidates ou les candidats qui ont obtenu le plus de voix, mais au moins la majorité absolue des bulletins valables, y compris les bulletins blancs (art. 55 al. 2 Cst-GE). Si un second tour de scrutin est nécessaire, il a lieu à la majorité relative (art. 55 al. 3 Cst-GE). Si le nombre de candidatures est égal au nombre de sièges à pourvoir, l'élection est tacite (art. 55 al. 5 Cst-GE).
- c. L'exécutif communal est une autorité collégiale qui s'organise librement (art. 141 al. 1 Cst-GE). Il est composé a) d'un conseil administratif de 5 membres dans les communes de plus de 50'000 habitants ; b) d'un conseil administratif de 3 membres dans les communes de plus de 3'000 habitants ; c) d'un maire et de

2 adjoints dans les autres communes (art. 141 al. 2 Cst-GE). Il est élu tous les cinq ans au système majoritaire ; le premier tour a lieu simultanément à l'élection du conseil municipal (art. 141 al. 3 Cst-GE).

- 9) a. Selon la loi sur l'administration des communes du 13 avril 1984 (LAC - B 6 05), la commune a pour organes : a) un conseil municipal, et b) un conseil administratif ou un maire et deux adjoints (art. 3 LAC).
- b. Les conseillers administratifs, maires et adjoints sont élus tous les cinq ans, selon le mode et la procédure prévus par les art. 55 et 141 Cst-GE et par la LEDP (art. 40 LAC). La présidence du conseil administratif s'exerce du 1^{er} juin au 31 mai de l'année suivante (art. 42 al. 3 LAC).
- c. Si les autorités d'une commune ne peuvent pas être régulièrement constituées, ou sont momentanément empêchées d'exercer leurs fonctions, le Conseil d'Etat désigne un ou plusieurs administrateurs jusqu'à ce que la situation normale soit rétablie et fixe leurs attributions.
- 10) a. Du point de vue de la législation sur les droits politiques, le Conseil d'Etat fixe la date des opérations électorales cantonales et communales au plus tard 15 semaines avant le dernier jour du scrutin (art. 19 al. 1 LEDP). Le Conseil d'Etat est autorisé, en cas de circonstances impérieuses ou lorsque la multiplicité des scrutins le nécessite, et à titre exceptionnel, à avancer ou à retarder de trois mois au maximum les dates des élections cantonales et communales (art. 19 al. 3 LEDP).
- b. Le scrutin est ouvert le dimanche dans toutes les communes (art. 21 al. 1 LEDP) ; les autres jours de scrutin et les heures d'ouverture sont fixés par voie réglementaire (art. 21 al. 2 LEDP).
- c. Les électeurs reçoivent de l'Etat, respectivement des communes pour les élections communales, au plus tard 10 jours avant le jour des élections cantonales et communales, les bulletins électoraux et une notice explicative ; pour le second tour des élections au système majoritaire, le délai est de 5 jours avant la date du second tour (art. 54 al. 1 LEDP).
- d. L'art. 59 LEDP, intitulé « vote au local » prévoit les modalités de ce type de vote, sans indiquer d'exceptions à sa présence lors d'une élection ou d'une votation.
- e. Si un second tour de scrutin est nécessaire pour compléter l'élection, il a lieu dans les 3 semaines suivant le premier tour ; à titre exceptionnel, si le nombre élevé de candidatures ne permet pas l'organisation du scrutin dans le délai précité, le second tour peut avoir lieu dans les 5 semaines suivant le premier tour (art. 100 al. 1 LEDP).

Dans ce second tour, seuls peuvent déposer une liste les partis politiques, autres associations ou groupements qui ont participé au premier tour (art. 100 al. 2 LEDP). La jurisprudence a précisé que cette disposition vaut également lorsque le second tour de l'élection est annulé, et qu'il est organisé à nouveau (arrêt du Tribunal fédéral 1C_343/2008 du 9 septembre 2008 consid. 4.2).

f. L'élection des conseillers administratifs, des maires et des adjoints a lieu conformément aux art. 53, 55 et 141 Cst-GE ; les conseillers administratifs, maires et adjoints entrent en fonction le 1^{er} juin ; la prestation de serment a lieu entre le 15 mai et le 1^{er} juin (art. 103 al. 1 LEDP).

g. Les conseillers municipaux sont considérés comme démissionnaires lorsqu'ils cessent d'être électeurs dans la commune où ils ont été élus ou lorsqu'ils ont accepté les fonctions de conseiller administratif ou de maire (art. 172 al. 3 LEDP).

11) a. Par ailleurs, la Confédération légifère sur la lutte contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses de l'être humain et des animaux (art. 118 al. 2 let. b Cst.).

b. Le Conseil fédéral peut édicter des ordonnances et prendre des décisions, en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure ; ces ordonnances doivent être limitées dans le temps (art. 185 al. 3 Cst.).

Ces ordonnances, même si leur contrôle juridique est limité, doivent respecter le principe de la proportionnalité (Jörg KÜNZLI, in Bernhard WALDMANN/Eva Maria BELSER/Astrid ÉPINEY [éd.], Bundesverfassung – Basler Kommentar, 2015, n. 34 ad art. 185 Cst.).

c. Ce dernier, garanti par l'art. 5 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité) ; en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts ; ATF 136 IV 97 consid. 5.2.2 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_360/2019 du 15 janvier 2020 consid. 3.5).

d. Selon l'art. 7 LEp, si une situation extraordinaire l'exige, le Conseil fédéral peut ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays.

e. Au niveau cantonal, le Conseil d'État est responsable de la sécurité et de l'ordre public (art. 112 al. 1 Cst-GE). En cas de catastrophe ou d'autre situation extraordinaire, le Conseil d'État prend les mesures nécessaires pour protéger la

population (art. 113 al. 1 Cst-GE). Les mesures prises en état de nécessité restent valables lorsque le Grand Conseil les approuve : à défaut, elles cessent de porter effet après une année au plus tard (art. 113 al. 3 Cst-GE).

- 12) La situation vécue en Suisse et en Europe en mars 2020 est largement inédite, si bien que la jurisprudence n'a jusqu'à présent jamais eu à traiter la question du report d'une élection en raison de mesures prises pour faire face à une situation extraordinaire de danger pour la santé publique.

La question qui se pose est celle de savoir si ladite situation, et en particulier les mesures prises au niveau aussi bien fédéral que cantonal pour tenter d'y remédier, exige de reporter à une date ultérieure – que les recourants ne précisent pas, donc sine die – le second tour de l'élection des exécutifs municipaux genevois.

Les dispositions citées plus haut qui fondent le droit d'urgence et de nécessité permettent de déroger aux règles constitutionnelles et légales qui régissent l'élection en cause. Cela étant, le principe de la proportionnalité commande de porter le moins atteinte possible à l'ordre constitutionnel et légal, c'est-à-dire en l'occurrence aux règles qui régissent l'élection, mais aussi aux droits politiques des citoyens. Il s'agit dès lors d'effectuer une pesée d'intérêts entre les deux solutions possibles. À ce dernier égard, il convient de noter d'emblée qu'un report de moins de trois mois, tel que le permet l'art. 19 al. 3 LEDP pour tenir compte de raisons impérieuses, n'aurait pas de sens en l'état, dès lors que la fin de la crise sanitaire actuelle n'est nullement planifiée, si bien qu'un report même à début juillet serait des plus hasardeux. Seuls entrent dès lors en ligne de compte le maintien du second tour ou son report sine die.

On doit ainsi recenser les avantages des deux solutions, pour pouvoir les comparer et en inférer laquelle des deux est celle qui porte globalement le moins atteinte à l'ordre constitutionnel et légal dans son ensemble.

- 13) Les avantages d'un report sont notamment les suivants :
- a. Un report à une période située à un moment où les mesures extraordinaires prises par le Conseil fédéral et le Conseil d'État auront pris fin permettrait de faire en sorte que la campagne électorale ne soit pas limitée par des restrictions aux libertés d'expression et de réunion, ce qui serait plus respectueux des droits politiques et de la libre formation de la libre volonté du corps électoral ;
 - b. Cela permettrait également de rétablir le vote à l'urne, lequel est prévu par la loi en principe pour tous les scrutins ;
 - c. Ce report permettrait enfin, tout du moins sur un plan théorique, une meilleure participation, d'une part parce que la population serait moins détournée par un autre sujet tel que la crise sanitaire actuelle et donc plus réceptive à la

campagne électorale en cours, et d'autre part parce qu'il n'y aurait plus d'obstacle à sortir de chez soi pour aucune catégorie d'âge.

- 14) Les avantages du maintien du second tour sont quant à eux les suivants :
- a. Le maintien tel que décidé par le Conseil d'État permettrait de respecter la plupart des dispositions constitutionnelles et légales relatives aux élections municipales. En effet, à l'exception du vote à l'urne qui est supprimé et de l'obligation de remettre son vote par correspondance un à deux jours plus tôt que d'ordinaire, le maintien du second tour de scrutin à la date prévue permet de n'avoir recours que sur quelques points mineurs à une législation d'urgence et de respecter notamment la durée de législature, l'écart temporel entre le premier et le second tour, et l'entrée en fonction tant des exécutifs communaux que des délibératifs, dès lors qu'en raison des incompatibilités, la composition définitive de ceux-ci ne peut être connue qu'une fois les exécutifs élus ;
 - b. Le maintien du second tour permettrait également d'éviter plusieurs problèmes institutionnels que poserait un report de plusieurs mois. En effet, le second tour ne concernant qu'une partie des communes, une partie d'entre elles fonctionnerait avec de nouveaux élus, tandis que d'autres verraient d'anciens élus poursuivre leur ancien mandat – soit en vertu du droit d'urgence, soit en tant qu'administrateurs au sens de l'art. 96 LAC –, ce alors même que, dans certaines communes, un ou plusieurs membres de l'exécutif auraient été élus au premier tour. La composition des délibératifs communaux serait suspendue dans certaines communes dans l'attente de la composition du nouvel exécutif. Dans les communes où une élection tacite doit avoir lieu suite au dépôt des listes le 17 mars 2020, le second tour pourrait être non tacite, ce qui pourrait susciter des litiges. Enfin, un point non abordé par les parties est celui de la fixation de la durée de la législature, puisqu'il deviendrait difficile voire impossible de déterminer depuis quelle date courrait la période de cinq ans, étant précisé que le droit d'urgence ne permettrait probablement pas de prendre des mesures qui soient encore valables en 2025.
- 15) S'agissant de la mise en balance des deux solutions au regard du respect des droits politiques, l'assertion des recourants selon laquelle la campagne du second tour est une nouvelle campagne et non une continuation de celle du premier tour, est en l'espèce, sinon fausse, du moins largement exagérée. En effet, la campagne du premier tour, qui est nettement plus longue (la période entre le dépôt des listes et le scrutin a été de 10 semaines pour le premier tour, contre 3 semaines pour le second tour), s'est déroulée normalement et presque sans contraintes directement pertinentes liées à la crise sanitaire. De plus, même si les nouvelles dispositions sur les seconds tours d'élections majoritaires permettent la présentation de nouveaux candidats (bien qu'uniquement par des partis ou groupements ayant déjà présenté des candidats au premier tour, art. 100 al. 2 LEDP), tel n'a pas été le cas en l'espèce, puisque les 86 candidats se présentant au second tour étaient déjà tous

présents au premier tour et ont ainsi pu mener campagne à cette occasion. Il n'y a pas eu non plus de modification notable ni d'alliances politiques, ni d'argumentaire de certains candidats, et les recourants ne le prétendent d'ailleurs pas. À cet égard, force est de noter qu'un report du second tour ne saurait avoir pour objectif de donner un second souffle, de par l'écoulement du temps ou les changements de situation politique, à des candidats en difficulté à l'issue du premier tour, et de faire du second tour un « deuxième premier tour ». Enfin, l'intimé a pris soin de mener une consultation des principaux partis politiques représentés au plan cantonal, dont il ressort que seuls trois d'entre eux étaient favorables à un report du second tour.

Par ailleurs, s'il est évident que la restriction assez importante des libertés d'expression et surtout de réunion affecte nécessairement la campagne électorale, les candidats n'ont pas perdu toute possibilité de mener celle-ci, notamment par des moyens susceptibles d'atteindre les électeurs à leur domicile – ce qui est du reste, avec la présence de plus en plus forte d'Internet et des réseaux sociaux dans la vie de tous les jours, plus facile en 2020 qu'il y a encore quelques législatures. À cet égard, les craintes formulées par les recourants d'une inégalité de traitement des différents candidats en raison de leurs moyens financiers respectifs n'apparaît pas fondée, une certaine inégalité sur ce point étant inhérente au faible niveau de réglementation suisse en matière de financement des campagnes électorales, qu'il incombe le cas échéant au législateur et non à la chambre de céans de relever. Au surplus, comme le note l'intimé, l'absence de réunion du Grand Conseil et des conseils municipaux ne peut avoir d'effet sur le scrutin vu sa brève échéance.

Enfin, s'il est inévitable que les électeurs aient actuellement d'autres préoccupations et que la participation au deuxième tour s'en ressente, le Conseil d'État a pris des mesures pour que la frange de la population la plus vulnérable et soumise à l'obligation de confinement puisse malgré tout remettre son vote par correspondance, et pour qu'une permanence au SVE permette aux électeurs de remettre leur bulletin encore peu avant le scrutin, au vu des délais effectivement très courts entre la réception du matériel de vote par certains électeurs et le dernier délai – quant à lui au contraire avancé – de remise des enveloppes dans une boîte aux lettres.

Dès lors, en prenant en compte l'ensemble des éléments d'espèce – ce qui rend largement inopérante la comparaison avec les décisions prises par d'autres cantons ou à plus forte raison des États étrangers –, la solution retenue dans l'arrêté attaqué, soit le maintien du second tour à la date prévue, doit être privilégiée. On ne saurait en effet minimiser les difficultés juridiques et institutionnelles que pourrait entraîner un report sine die du second tour. Par ailleurs, cette solution reste, au vu du déroulement de la campagne électorale et des circonstances particulières du scrutin, telles que l'absence de nouveaux candidats ou de formation d'alliances très différentes de celles présentes au

premier tour, ainsi qu'au vu des mesures prises par le Conseil d'État, acceptable du point de vue du respect des droits politiques des citoyennes et citoyens.

Enfin, dans les conditions très particulières prévalant depuis la fin février 2020 et l'évolution très rapide des différentes mesures de crise, les contradictions entre différentes sources d'information mises en avant par les recourants n'apparaissent pas prépondérantes, au vu notamment de l'information assez claire fournie tant par les médias lors des dix derniers jours avant le scrutin, que par la chancellerie d'État, qui a fait parvenir un courrier explicatif aux électeurs, même si l'on peut là encore regretter que celui-ci soit parvenu parfois tardivement aux intéressés au vu des délais très serrés pour l'exercice du vote par correspondance et l'absence de vote à l'urne.

Ce qui précède conduit au rejet du grief relatif à la violation des droits politiques.

- 16) S'agissant du grief relatif à la violation de l'ordonnance 2 Covid-19, les recourants se contentent d'alléguer que la population serait mise en danger par le maintien du second tour, les personnes confinées pourraient répandre le virus en envoyant leur enveloppe de vote. Une telle mise en danger existe cependant pour toutes les activités pratiquées hors du domicile et tolérées par l'ordonnance 2 Covid-19. Par ailleurs, le Conseil d'État a pris différentes mesures pour minimiser cette mise en danger et assurer le respect de ladite ordonnance, notamment pour permettre aux personnes vulnérables de remettre leur enveloppe de vote à des agents de police municipale, ainsi que pour assurer le respect des consignes sanitaires lors de la remise des enveloppes directement au SVE et lors du dépouillement des bulletins.

Il s'ensuit que le grief doit être écarté, et le recours rejeté.

- 17) Le prononcé du présent arrêt rend sans objet la demande de mesures « superprovisionnelles » et provisionnelles.
- 18) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge solidaire des recourants (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 20 mars 2020 par Ensemble à Gauche – solidarités – DAL, l'association Mouvement Citoyens Genevois, et Messieurs Pierre BAYENET, Bernard CLERC, Daniel SORMANNI, Pierre VANEK et Christian ZAUGG contre l'arrêté du Conseil d'État du 18 mars 2020 constatant les résultats du premier tour de l'élection des exécutifs communaux du 15 mars 2020 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge solidaire des recourants ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que conformément aux art. 82 ss LTF, 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 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 Me Nicolas Capt, avocat des recourants, ainsi qu'au Conseil d'État.

Siégeant : M. Verniory, président, Mme Galeazzi, M. Pagan, Mme McGregor,
M. Knupfer, juges.

Au nom de la chambre constitutionnelle :

la greffière-juriste :

le président siégeant:

C. Gutzwiller

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :