

Tribunal fédéral – 1C_338/2018, destiné à la publication

1^{ère} Cour de droit public
Arrêt du 10 avril 2019 (f)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Thierry Bornick, Annulation justifiée de l'initiative fédérale contre la pénalisation du mariage, et ensuite ?; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_338/2018 du 10 avril 2019, Newsletter DroitMatrimonial.ch juin 2019

Newsletter juin 2019

Mariage
Couple ; droits
politiques ; droit fiscal

Art. 8 et 34 al. 2 Cst. ;
10a al. 2 et 11 al. 2 LDP

Annulation justifiée de l'initiative fédérale contre la pénalisation du mariage, et ensuite ? ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_338/2018 du 10 avril 2019

Thierry Bornick¹

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 1C_338/2018 du 10 avril 2019, destiné à la publication, porte sur la votation fédérale du 28 février 2016 sur l'initiative populaire du 5 novembre 2012 « pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage ». Le recourant demandant principalement l'annulation de la votation, en raison de manquements dans l'informations du corps électoral. Jusqu'ici, le Tribunal fédéral ne s'était encore jamais prononcé en faveur de l'annulation d'une initiative populaire ; la dernière affaire rejetée concernant la votation du 10 juin 2018 sur la loi sur les jeux d'argent².

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le 28 février 2016 a lieu la votation fédérale sur l'initiative populaire « Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage ». Ladite initiative vise à modifier la Constitution fédérale en incorporant un second alinéa à l'art. 14. Ce nouvel alinéa précise – ou plutôt rappelle – le principe de l'interdiction de la discrimination, en disposant que les couples mariés ne doivent pas être désavantagés par rapport à d'autres modes de vie, notamment en matière d'impôts et d'assurances sociales. Il précise en outre expressément que le mariage unit un homme et une femme.

¹ Doctorant et collaborateur scientifique à la chaire de droit fiscal de l'Université de Neuchâtel ; en collaboration avec Jérôme Saint-Phor, doctorant auprès de l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel, pour la partie « résumé de l'arrêt ».

² Cf. ATF 145 I 1.

Avant que l'initiative ne passe devant le peuple, l'Administration fédérale des contributions (AFC) communique qu'environ 80'000 couples mariés à deux revenus supportent un excédent fiscal sous l'angle de l'impôt fédéral direct (IFD). Le 28 février 2016, l'initiative est acceptée par la majorité des cantons mais est refusée par 50,8% des votants. Elle est donc finalement rejetée³.

Dans un communiqué de presse daté du 15 juin 2018, intitulé « Pénalisation du mariage : rectification d'une erreur dans l'estimation du nombre des couples mariés à deux revenus »⁴, le Conseil fédéral informe qu'approximativement 454'000 couples mariés à deux revenus sont en réalité pénalisés par la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct⁵ (LIFD). Les statistiques précédentes ont été biaisées du fait que l'AFC n'a pas tenu compte des couples mariés à deux revenus avec enfants⁶. Le porte-parole de l'AFC a ainsi déclaré publiquement qu'une erreur avait été déjà été commise lors de la votation du 28 février 2016.

Le 18 juin 2018, un citoyen suisse forme un recours en matière de droits politiques auprès du Conseil d'Etat du canton de Vaud, réclamant l'annulation de la votation fédérale susmentionnée. Le recours est déclaré irrecevable, le Conseil d'Etat ne s'estimant pas compétent en la matière. Ledit citoyen agit subséquentement par la voie du recours en matière de droit public par-devant le Tribunal fédéral. Le 10 avril 2019, ce dernier rend son jugement en séance publique.

B. Le droit

Le recours est déclaré recevable du point de vue de son objet (consid. 1.1)⁷, de la qualité pour agir (consid. 1.2), du délai (consid. 1.3), des faits nouveaux improprement dits (consid. 1.4)⁸ et de la possibilité d'attaquer l'état d'information globale prévalant au moment d'une votation populaire (consid. 1.5).

Le recourant fait valoir que le corps électoral a été induit en erreur par l'information erronée qui avait été diffusée. L'information erronée aurait eu une influence sur l'issue du scrutin – les premiers chiffres avancés faisant croire que le nombre de couples mariés concernés était marginal, tandis que la rectification amenait à la constatation que, en réalité, plus de la moitié des couples mariés à deux revenus (66%) était discriminée – en violation de la Constitution fédérale (consid. 2). Dans ce contexte, l'art. 34 al. 2 Cst. consacre la libre formation de l'opinion des citoyens et garantit à ces derniers qu'aucun résultat de vote ne soit reconnu s'il ne traduit pas de façon fidèle et sûre l'expression de leur libre volonté. Ainsi, chaque citoyen doit pouvoir se déterminer en élaborant son opinion de la façon la plus libre et complète possible et exprimer son choix en conséquence. La liberté de vote protège ainsi la sincérité du

³ Arrêté du Conseil fédéral du 19 avril 2016 constatant le résultat de la votation populaire du 28 février 2016, FF 2016 3557, 3557 ss.

⁴ Communiqué de presse du Conseil fédéral du 15 juin 2018, intitulé « Pénalisation du mariage : rectification d'une erreur dans l'estimation du nombre des couples mariés à deux revenus » (ci-après : Communiqué du CF, Rectification).

⁵ RS 642.11.

⁶ Communiqué du CF, Rectification.

⁷ Le droit à un contrôle de régularité d'une votation fédérale se déduit directement de l'art. 29 al. 1 Cst.

⁸ Il s'agit, en l'occurrence, de la découverte d'une erreur dans les estimations après la votation. L'erreur ne pouvait pas être invoquée auparavant.

débat nécessaire au processus démocratique et à la légitimité des décisions prises en démocratie directe⁹ (consid. 2.1).

D'après la loi, le texte soumis à votation est accompagné de brèves explications du Conseil fédéral, qui doivent rester objectives (art. 11 al. 2 LDP¹⁰) et respecter différents principes d'exhaustivité, d'objectivité¹¹, de transparence et de proportionnalité (art. 10a al. 2 LDP). Selon la jurisprudence, le résultat d'une votation est faussé lorsque les citoyens ont été informés de manière erronée¹² et, en vertu du principe de transparence, les incertitudes significatives doivent clairement être présentées comme telles¹³. Ces principes constitutionnels valent d'autant plus pour les explications du Conseil fédéral avant une votation, ces dernières étant désormais expressément règlementées par la LDP¹⁴ (consid. 2 et 2.1).

Dans ses déterminations, le Conseil fédéral relève que le communiqué de presse du 15 juin 2018 était en lien avec la discussion du projet de modification de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct¹⁵ et affirme que la déclaration du porte-parole de l'administration fédérale des contributions – indiquant qu'une erreur a été commise lors de la votation du 28 février 2016 – est inexacte. La différence résulterait d'une actualisation des chiffres (basées la première fois sur 2001, puis la seconde sur 2018) et de l'utilisation de deux méthodes d'évaluation distinctes¹⁶. Le Conseil fédéral explique encore qu'il n'y a pas eu d'influence inadmissible dans la formation de la volonté des citoyens. Les chiffres récoltés sont au surplus des estimations récoltées auprès des cantons, la Confédération ne disposant pas directement des données statistiques (consid. 2.2). Le recourant réplique notamment que le corps électoral n'avait à aucun moment été informé du manque de fiabilité des données (consid. 2.3).

Le Tribunal fédéral se penche sur la question de savoir si le Conseil fédéral a informé le corps électoral de manière lacunaire. L'information supposément erronée ou lacunaire se décompose en trois volets distincts : le nombre de couples mariés touchés par la pénalisation, le fait qu'il s'agissait d'une estimation et le fait que cette estimation se fondait sur des données datant de 2001. Le Tribunal fédéral parvient à la conclusion que le Conseil fédéral a effectivement violé son devoir d'information (consid. 3 à 3.4).

⁹ ATF 145 I 1, consid. 4.1, p. 5 ; ATF 143 I 78, consid. 4.3, p. 82 et les références citées.

¹⁰ Loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques, RS 161.1.

¹¹ Cf. Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 15 septembre 2006, FF 2006 8779, 8791

¹² Cf. ATF 139 I 2, consid. 6.2, p. 13 s. et les références citées ; ATF 138 I 61, consid. 6.2, p. 82.

¹³ Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 15 septembre 2006 précité, FF 2006 8779, 8791 ; cf. arrêt 1C_385/2012 du 17 décembre 2012, consid. 2.5 et les références in ZBU 2013 p. 524 ; cf. aussi ATF 138 I 61, consid. 8.6, p. 92 ss ; voir aussi arrêt 1P.280/1999 du 7 décembre 1999, in DEP 2000 142, in RDAF 2001 I 513.

¹⁴ Cf. ATF 138 I 61, consid. 6.3, p. 84 et les références.

¹⁵ Présenté dans le Message du 21 mars 2018 relatif à la modification de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (imposition équilibrée des couples et de la famille), FF 2018 2173.

¹⁶ Pour appuyer sa position, le Conseil fédéral produit deux rapports de l'Administration fédérale des contributions (AFC) avec des données détaillées sur l'ancienne et la nouvelle méthode d'évaluation, ainsi qu'une expertise externe sur les méthodes d'estimation et le matériel statistique de l'AFC ; RAPHAËL PARCHET, Examen externe des méthodes d'estimation et du matériel statistique de l'AFC, rapport final du 8 octobre 2018.

Après avoir constaté le caractère erroné ou lacunaire de l'information diffusée, le Tribunal fédéral se demande si les irrégularités constatées ont influé de façon déterminante le résultat du scrutin, et si le principe de la sécurité du droit s'oppose à l'annulation de la votation. En matière de recours contre les votations, la jurisprudence distingue les recours qui sont déposés avant ou peu après la votation de ceux qui sont interjetés bien après la votation. Dans le second cas, les exigences pour l'annulation d'une votation sont élevées et le principe de la sécurité du droit (art. 5 Cst.), de la bonne foi (art. 9 Cst.) et de l'égalité (art. 8 al. 1 Cst.) peuvent s'y opposer si la votation a eu lieu depuis un certain temps¹⁷. Il s'agit donc de procéder à une pesée globale des intérêts, tenant compte de l'écart des voix, de la gravité de l'irrégularité et de l'influence possible sur le résultat du vote¹⁸ et de la sécurité du droit et des autres aspects qui s'opposent à une annulation de la votation. Il faut aussi prendre en compte le fait qu'une répétition de la votation ne pourra pas se faire dans les mêmes conditions (consid. 4.1)¹⁹. Le Tribunal fédéral fait ensuite référence à plusieurs arrêts par lesquels des votations cantonales et communales ont été annulées²⁰. Il constate qu'il n'y a pas de conflit positif de compétence, le Conseil fédéral devant uniquement valider le résultat du vote, tandis que le Tribunal fédéral constate la régularité du scrutin (consid. 4.2). Après avoir examiné toutes les circonstances du cas d'espèce pour procéder à une pesée des intérêts (entre l'annulation de la votation et la sécurité du droit), le Tribunal fédéral conclut que la sécurité du droit ne s'oppose pas à l'annulation du scrutin, que les irrégularités constatées sont crasses, que l'issue du scrutin est serrée et qu'il est dès lors possible que les irrégularités aient pu exercer une influence sur l'issue du vote. Par conséquent, le recours est admis et la votation fédérale du 28 février 2016 est annulée (consid. 4.3 à 5).

III. Analyse

C'est la première fois, par ce jugement, que le Tribunal fédéral annule une initiative populaire fédérale. C'est à notre sens à juste titre que le TF sanctionne la lourde erreur qui a entaché les débats précédant la votation, respectivement la liberté de vote des citoyens. Lorsque l'AFC communique – sans retenue ni aucune pondération – que seuls 80'000 couples mariés à deux revenus seraient discriminés, alors que ceux-ci s'élèveraient en réalité à 454'000, il est incontestable que les bases de la discussion démocratique ont été altérées. En outre, compte tenu du fait que les cantons avaient majoritairement accepté l'initiative et que seuls 50,8% des votants l'avaient refusée, il est effectivement probable que le résultat eut été différent sans l'erreur de l'exécutif fédéral. Comme nous le soulèverons, l'appréhension du caractère discriminatoire de l'IFD à l'égard d'une catégorie de contribuables demeure particulièrement délicate à opérer. Il eut fallu, dans ce contexte, que l'administration fédérale fasse pour le moins preuve d'une certaine retenue lors de la communication de l'estimation litigieuse.

¹⁷ ATF 138 I 61, consid. 8.7, p. 94 ss et les références citées.

¹⁸ ATF 114 Ia 427, consid. 7a, p. 446 s.

¹⁹ Voir également : ATF 138 I 61, consid. 8.7, p. 95 et la référence citée ; cf. aussi JOSÉ KRAUSE, Die Rechtsweggarantie (art. 29a BV) im Bereich der politischen Rechte, 2017 p. 124.

²⁰ Annulation d'une votation sur le rattachement du Laufonnais au canton de Bâle-Campagne, en 1988, ATF 114 Ia 427 ; annulation d'une votation cantonale dans le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, 2006, arrêt 1P.223/2006 du 12 septembre 2006 in ZBI 2007, p. 332, in PJA 2007 p. 112 ; annulation d'une votation cantonale neuchâteloise quelques jours avant la votation, en 2011, ATF 137 I 200 ; annulation d'une votation communale, en 2015, ATF 141 I 221, et deux en 2018, arrêt 1C.610/2017 du 7 mai 2018 ; arrêt 1C.521/2017 du 14 mai 2018.

L'erreur de l'administration consiste ainsi dans une estimation très approximative des couples mariés avec enfants discriminés. Il est nécessaire de préciser que le caractère discriminatoire de la réglementation fiscale fédérale à leur égard n'est pas aisément déterminable au sens de la jurisprudence fédérale, contrairement à ce que peut laisser entendre le nouveau décompte extrêmement précis du Conseil fédéral. Dans un ATF 120 la 329, qui est certes moins célèbre que le fameux arrêt Hegetschweiler²¹, le Tribunal fédéral avait en effet largement relativisé la pertinence de la comparaison entre la charge fiscale des couples mariés avec enfants avec celle des concubins avec enfants, en raison de la sous-représentativité de ces derniers au sein de la société. En effet, au moment de cet arrêt, seuls 2,8% de tous les couples avec enfants n'étaient pas mariés²². Dès lors, d'après la jurisprudence fédérale, l'imposition des couples mariés avec enfants doit être comparée avec celle des célibataires d'une part, et avec celle des concubins sans enfants d'autre part²³.

Ladite comparaison, si elle est facilement formulable, demeure assurément particulièrement délicate à opérer. En effet, comment tenir compte empiriquement de l'effet de synergie²⁴ qui permet aux couples mariés et aux concubins de réaliser des économies par rapport aux personnes seules, et simultanément de l'influence de l'entretien des enfants sur la capacité contributive des couples mariés ? La « comparaison tripartite » qu'exige l'examen de la constitutionnalité de la charge fiscale des couples mariés avec enfants constitue incontestablement un exercice ardu. Le Tribunal fédéral, lorsqu'il s'interroge sur la constitutionnalité de l'initiative populaire sur la pénalisation du mariage, ne met pas en doute les nouveaux chiffres fournis par le Conseil fédéral. Sans prétendre qu'il s'agissait ici d'une incompétence du Tribunal fédéral, nous nous demandons – au passage – comment le Conseil fédéral a été en mesure de déterminer au millier près le nombre de couples mariés avec enfants discriminés (soit 454'000) alors que la jurisprudence fédérale commande de procéder à un examen singulièrement complexe et nuancé²⁵. En résumé, la précision déconcertante de la nouvelle estimation du Conseil fédéral contraste trop franchement, à notre sens, avec la complexité des principes jurisprudentiels établis dans ce contexte.

Au demeurant, dès lors qu'une nouvelle votation sur le même objet est rendue possible par le Tribunal fédéral, il est opportun de revenir sur le contenu de l'initiative du PDC. A notre sens, son acceptation lors d'une nouvelle votation populaire serait relativement inefficace à l'endroit de la suppression de la discrimination des couples mariés et, au surplus,

²¹ ATF 110 la 7 = RDAF 1985 51.

²² ATF 120 la 329 = SJ 1995 761, consid. 6c, p. 769. Nous précisons que l'Office fédéral de la statistique, en 2017, constatait toujours que le fait d'avoir des enfants communs influence très largement la décision des parents de se marier ou de vivre en union libre, et la situation sociétale ne semble ainsi pas avoir évolué considérablement sur ce plan (cf. Office fédéral de la statistique, *Les familles en Suisse, Rapport statistique 2017*, Neuchâtel 2017, ch. 3.5, p. 17 s).

²³ ATF 120 la 329 = SJ 1995 761, consid. 6c, p. 770.

²⁴ Dans ce contexte, l'effet de synergie consiste dans les économies que réalisent les couples mariés et les concubins du fait de leur vie commune.

²⁵ En outre de l'exigence, déjà soulevée, d'une comparaison de la charge fiscale des couples mariés avec enfants avec celles des concubins sans enfants et des célibataires, le TF a reconnu que l'arrêt Hegetschweiler négligeait la comparaison de la charge fiscale des couples mariés avec les célibataires, compte tenu du fait qu'il est nécessaire de tenir compte de l'effet de synergie dont profitent les premiers (cf. en particulier : ATF 120 la 329 = SJ 1995 761, consid. 4, p. 764). Le TF commande également que l'ensemble des différentes situations dans lesquelles se trouvent les concubins au cours de leur vie commune doivent être prises en compte (ATF 118 la 1, consid. 3c, p. 5).

potentiellement dommageable eu égard aux imprécisions – lourdes de conséquences – qui maculent sa lettre.

Il n'est pas vain de rappeler que la discrimination des couples mariés – notamment fiscale – est d'ores et déjà clairement proscrite par l'art. 8 al. 1 et 2 Cst. Sur le plan strictement juridique, l'apport de cette modification constitutionnelle est absolument nul sur ce point. Tout en le reconnaissant²⁶, le Conseil fédéral avait recommandé en 2013 d'accepter l'initiative notamment en raison « *du désaccord qui existe actuellement s'agissant du futur modèle d'imposition* », et en « [espérant] *que le fait d'inscrire le principe de l'imposition commune des couples mariés dans la Constitution augmentera grandement les chances de trouver un compromis politique pour supprimer la surimposition des couples mariés* »²⁷. Au sens du Conseil fédéral, dans un souci d'efficacité de l'action politique et compte tenu de l'urgence²⁸ que constitue la lutte contre la discrimination des couples mariés, l'acceptation de l'initiative permettrait ainsi de couper court aux tergiversations et de parvenir plus rapidement à l'égalité convoitée.

Le raisonnement employé en 2013 par le Conseil fédéral est critiquable à deux égards en particulier. Premièrement, nous doutons de l'aptitude réelle de l'initiative populaire à accélérer le processus législatif. Jusqu'à présent, l'initiative a incontestablement occasionné l'effet contraire de ralentir la réforme²⁹. Deuxièmement, la démarche du Conseil fédéral dénotait d'une précipitation certaine, et celle-ci ne peut être entreprise sans risquer d'aboutir à une réglementation imparfaite – voire pire que la réglementation préexistante. A cet endroit, nous soulignons que la jurisprudence fédérale a souvent rappelé que, à vouloir supprimer la discrimination fiscale d'un groupe de contribuables, le législateur courrait le risque d'en créer de nouvelles par ailleurs³⁰. En l'espèce, à ambitionner de supprimer coûte que coûte la discrimination fiscale des couples mariés par rapport aux concubins, le risque est réel d'aboutir à une solution législative qui avantagerait indûment les couples mariés par rapport à tous les autres contribuables.

Enfin, nous regrettons l'imbroglio qui ternit le texte de l'initiative. Pourquoi, au fond, lier la question de la lutte contre la discrimination des couples mariés au mécanisme de l'imposition commune d'une part, et à la caractéristique hétérosexuelle du mariage d'autre part ? Sans examiner à proprement dit la constitutionnalité de l'initiative populaire sous l'angle du principe de l'unité de la matière³¹, nous rappelons que ce mélange des genres est propre à ébrécher la légitimité démocratique du vote populaire. Alors que l'initiative du PDC – confirmant le principe de l'imposition commune – aurait possiblement été acceptée par le peuple en l'absence de l'erreur de l'AFC, nous nous interrogeons sur le résultat qu'une initiative antithétique obtiendrait. En d'autres termes, et pour fournir une illustration

²⁶ Message du Conseil fédéral du 23 octobre 2013 concernant l'initiative populaire « Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage » (ci-après : Message du Conseil fédéral pour le couple et la famille), FF 2013 7623, 7639.

²⁷ Message du Conseil fédéral pour le couple et la famille, FF 2013 7623, 7649.

²⁸ Message du Conseil fédéral pour le couple et la famille, FF 2013 7623, 7648.

²⁹ Voir notamment : Communiqué de presse de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats du 3 mai 2019 sur la suspension de l'examen du projet relatif à la pénalisation du mariage.

³⁰ ATF 141 II 338, consid. 4.5, p. 345 ; ATF 133 II 305, consid. 5.1, p. 309 s. ; ATF 132 I 157, consid. 4.2, p. 163 ; ATF 120 la 329 = SJ 1995 761, consid. 3, p. 763 ; ATF 118 la 1, consid. 3c, p. 4.

³¹ Sur ce principe, voir notamment : ATF 132 I 282 ; ATF 129 I 381 ; ATF 123 I 63.

concrète, l'initiative concurrente qui proposerait, par le biais d'une imposition individuelle, de supprimer toutes les différenciations fiscales découlant de l'état civil, aurait-elle également des chances d'être acceptée en votation populaire ? Compte tenu du fait que les deux propositions – pourtant diamétralement opposées – sont sans doute préférables à la réglementation en vigueur, il n'est pas exclu que le constituant les accepte toutes deux. Les citoyens demeurant, à juste titre, moins concernés par les caractéristiques techniques du modèle d'imposition que par le résultat escompté de la réforme par rapport au droit en vigueur, nous doutons qu'il soit véritablement opportun de lancer une telle initiative dans le contexte actuel. Corollairement, nous estimons qu'il serait judicieux de ne pas reconduire l'initiative contre la pénalisation du mariage devant le peuple, quand bien même cette démarche est exceptionnellement rendue possible par le Tribunal fédéral.