

**ARRÊTÉ**

relatif au recours d'A_____

23 mars 2016

LE CONSEIL D'ÉTAT

Vu le recours n° 01227-2016, daté du 4 mars 2016, d'A_____, domicilié _____, France

contre

La décision du service des votations et élections (ci-après : SVE) du 29 février 2016

I. EN FAIT

1. En date du 13 juillet 2015, le recourant a annoncé son départ de Suisse ainsi que sa prise de domicile en France au contrôle des habitants de la commune de B_____, dans le canton de Zoug.
2. Par courrier du 13 octobre 2015, le Consulat général de Suisse à Lyon a invité le recourant à procéder à son immatriculation au registre des Suisses de l'étranger. Deux mémentos d'information étaient annexés. Ces derniers décrivaient le régime juridique applicable en matière de droits politiques jusqu'au 1^{er} novembre 2015, sans faire mention de l'entrée en vigueur imminente de la loi fédérale sur les personnes et institutions suisses à l'étranger, du 26 septembre 2014 (LSEtr ; RS 195.1).
3. De façon similaire, le formulaire d'annonce fourni au recourant reflétait le droit en vigueur jusqu'au 1^{er} novembre 2015 en offrant au requérant, conformément à l'article 5 de la loi fédérale sur les droits politiques des Suisses de l'étranger, du 19 décembre 1975 (RS 161.5 ; ci-après : LDPS), le libre choix entre sa commune d'origine et l'une de ses anciennes communes de domicile.
4. Le choix du recourant s'est porté sur la République et canton de Genève, dans lequel il avait élu domicile entre le 1^{er} octobre 2000 et le 30 avril 2005.
5. Entretemps, la LSEtr est entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 2015, abrogeant la LDPS.
6. En date du 13 novembre 2015, le recourant a retourné son formulaire d'annonce, dûment rempli, à l'autorité consulaire.

7. Le formulaire de demande d'inscription du recourant au registre des électeurs du canton de Genève, daté du 18 novembre 2015, a été transmis au SVE par le Consulat général de Suisse à Lyon.
8. Par pli du 27 janvier 2016, le SVE a informé le recourant ainsi que l'autorité consulaire de son intention de ne pas prendre en considération la demande de ce dernier.
9. Le SVE motivait sa position par la suppression du libre choix de la commune de vote induite par l'entrée en vigueur de l'article 18 LSEtr. Un délai au 29 février 2016 était accordé au recourant ainsi qu'au Consulat général de Suisse à Lyon pour faire parvenir leurs éventuelles observations.
10. Par courrier électronique du 1^{er} février 2016, l'autorité consulaire a informé le SVE, en mettant le recourant en copie, avoir procédé à une rectification de la demande d'inscription, le recourant étant désormais inscrit au registre des électeurs de son dernier canton de domicile, soit le canton de Zoug.
11. Par décision du 29 février 2016, le SVE a refusé l'inscription du recourant au registre des électeurs du canton de la République et canton de Genève.
12. Par pli recommandé du 4 mars 2016, déposé le même jour à un office de poste français, le recourant a saisi le Conseil d'Etat d'un recours contre la décision du 29 février 2016 prise par le SVE.
13. Le 10 mars 2016, la section des recours au Conseil d'Etat (ci-après : la section des recours) a invité la Chancellerie fédérale, le Consulat général de Suisse à Lyon ainsi que le SVE à transmettre leurs éventuelles observations.
14. Par acte du 10 mars 2016, le SVE a remis ses déterminations et conclu au rejet du recours.
15. En date du 14 mars 2016, le Consulat général de Suisse à Lyon a transmis des précisions factuelles par courrier électronique sans prendre de conclusions formelles au sujet de la suite à donner au recours.
16. Par courrier du 17 mars 2016, la Chancellerie fédérale a conclu au rejet du recours.
17. Les faits et arguments des parties seront repris ci-après dans la mesure utile.

II. EN DROIT

A. Recevabilité

1. Conformément à l'article 15, alinéa 1 LSEtr, sauf dispositions contraires, la législation relative aux droits politiques des Suisses s'applique aux Suisses de l'étranger.
2. L'article 77, alinéa 1, lettre a de la loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976 (LDP ; RS 161.1) prévoit un recours au gouvernement cantonal, notamment, contre la violation des dispositions sur le registre des électeurs, au sens de l'article 4 LDP.
3. Le recours doit être déposé par lettre recommandée dans les trois jours qui suivent la découverte du motif du recours (article 77, alinéa 2 LDP).
4. A Genève, conformément à l'article 101 de la constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (CST-GE; A 2 00), le Conseil d'Etat exerce le pouvoir exécutif. Il est donc compétent pour connaître d'un recours fondé sur l'article 77 LDP.
5. Selon l'article 1, alinéa 1, de la loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (PA ; RS 172.021), cette dernière s'applique à la procédure dans les affaires administratives qui doivent être réglées par les décisions d'autorités

administratives fédérales statuant en première instance ou sur recours. Seuls les articles 34 à 38 et 61, alinéas 2 et 3, concernant la notification des décisions, et l'article 55, alinéas 2 et 4, concernant le retrait de l'effet suspensif, s'appliquent à la procédure devant les autorités cantonales de dernière instance qui ne statuent pas définitivement en vertu du droit public fédéral (article 1, alinéa 3 PA).

6. Ces dispositions sont également rappelées dans la LDP, qui prévoit, à l'article 79, alinéa 3, que le gouvernement cantonal notifie sa décision sur recours et les autres mesures prises conformément aux articles 34 à 38 et 61, alinéa 2 PA et les communique aussi à la Chancellerie fédérale.
7. La LDP prévoit encore, à son article 83, que le droit cantonal s'applique dans la mesure où la LDP et les prescriptions d'exécution de la Confédération ne contiennent pas d'autres dispositions. La loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943, est réservée.
8. Sous réserve des dispositions précitées, la procédure devant le Conseil d'Etat comme autorité de recours est donc régie par le droit cantonal.
9. En vertu de l'article 16, alinéa 1, 1^{ère} phrase de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA ; E 5 10), les délais de recours fixés par la loi sont des dispositions impératives de droit public. À ce titre, ils ne sont, en principe, pas susceptibles d'être prolongés, restitués ou suspendus, si ce n'est par le législateur lui-même (ATA/1427/2015, du 1^{er} septembre 2015, consid. 4b ; ATA/982/2014 du 9 décembre 2014 consid. 3.a).
10. Aux termes de l'article 17 LPA, les écrits doivent parvenir à l'autorité ou être remises à son adresse à un bureau de poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse au plus tard le dernier jour du délai avant minuit.
11. Les offices postaux étrangers, à l'exception des offices liechtensteinois, ne sont pas assimilés à un bureau de poste suisse. La remise d'un écrit à un tel office n'équivaut donc pas à la remise à un bureau de poste suisse (ATF 125 V 65 consid. 1).
12. Pour que le délai de recours soit sauvegardé en pareil cas, il faut donc que le pli contenant le mémoire arrive le dernier jour du délai au plus tard à l'autorité ou que la Poste suisse en prenne possession avant l'expiration du délai (arrêt du Tribunal fédéral 1B_190/2012).
13. En l'espèce, la décision attaquée, datée du 29 février 2016 a été notifiée le lendemain au recourant, soit le 1^{er} mars 2016.
14. Le délai de recours de 3 jours venait ainsi à échéance le vendredi 4 mars 2016.
15. Le sceau postal apposé sur l'enveloppe de recours indique que les écrits du recourant ont été remis, le dernier jour du délai à un office de poste français
16. Par ailleurs, selon les informations résultant du système de suivi des envois ("Track & Trace") mis en place par la Poste suisse, le pli recommandé contenant le recours, posté en France le 4 mars 2016, a été réceptionné à la frontière suisse le 7 mars 2016 et distribué le lendemain au Conseil d'Etat.
17. L'acte de recours est donc, *a priori*, tardif.
18. Toutefois, étant donné l'absence de mention en toutes lettres de la règle exigeant le dépôt auprès d'un bureau de poste suisse et dans la mesure où le recourant n'est pas assisté d'un mandataire professionnel, le Conseil d'Etat considérera que le recours est recevable sous cet angle (voir en ce sens ATF 125 V 65 consid. 4).
19. Enfin, selon l'article 65, alinéa 1 LPA, l'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant.

20. Tel est bien le cas en espèce.
21. Au vu de ce qui précède, le recours sera déclaré recevable.

B. Au fond

1. Depuis l'entrée en vigueur de la LSEtr et l'abrogation concomitante de la LDPS, les Suisses de l'étranger ont perdu le privilège du libre choix de leur commune de vote en Suisse. Cette dernière se détermine désormais conformément à l'article 18, alinéas 1 et 2, selon le dernier domicile ou le lieu d'origine en l'absence de commune de domicile.
2. Dans la mesure où les faits pertinents du cas d'espèce s'échelonnent sur une période durant laquelle le régime légal s'est modifié, il convient préalablement de déterminer le droit applicable.
3. En l'absence d'une réglementation *ad hoc*, il s'agit donc d'examiner la question du droit applicable selon les principes généraux en matière de droit transitoire, d'après lesquels, sont en règle générale déterminantes, les dispositions légales en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui a des conséquences juridiques (ATF 130 V 445 consid. 1).
4. En l'occurrence, il y a lieu de considérer que, conformément à l'article 19 LSEtr, le premier fait juridiquement pertinent consiste en la demande d'inscription au registre des électeurs. A cet égard, comme l'atteste le formulaire d'annonce, cette demande s'est produite, au plus tôt, le 17 novembre 2016.
5. Dès lors, l'inscription du recourant au registre des électeurs ainsi que la détermination de sa commune de vote devaient s'examiner selon le nouveau droit, soit les dispositions de la LSEtr.
6. Aussi, en vertu de l'article 18, alinéas 1 et 2 LSEtr, le recourant ne pouvait être inscrit que dans sa dernière commune de domicile, ou, à défaut dans sa commune d'origine.
7. Il ressort de l'état de fait que la demande d'inscription a été transmise par l'autorité consulaire au SVE le 18 novembre 2015. A cette date, le SVE était tenu d'appliquer le nouveau droit et d'examiner la demande du recourant selon les critères de l'article 18, alinéas 1 et 2 LSEtr. Le dernier domicile suisse du recourant ne se situant pas à Genève, le SVE n'avait donc d'autre choix que refuser l'inscription.
8. Partant, le SVE a fait une application correcte du droit fédéral et était tenu de refuser l'inscription du recourant au registre des électeurs de la République et canton de Genève. Cette constatation est d'ailleurs partagée par la Chancellerie fédérale dans ses observations.
9. Cependant, comme relevé par la Chancellerie fédérale dans ses déterminations, certaines circonstances particulières du cas d'espèce soulèvent la question d'une éventuelle application du principe de la bonne foi au sens de l'article 9 de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst-féd ; RS 101).
10. Le Conseil d'Etat ne pourra toutefois pas se livrer à un examen détaillé de cette question.
11. En effet, si le Conseil d'Etat devait conclure à l'application du principe de la bonne foi, il lui appartiendrait, conformément à l'article 79 LDP de prendre les mesures permettant de remédier aux défauts constatés, c'est-à-dire qu'il devrait décider de l'inscription du recourant au registre des électeurs de la République et canton de Genève et charger le SVE d'y procéder.
12. Or, comme décrit *supra*, le recourant a été inscrit au registre des électeurs du canton de Zoug.

13. Dès lors que le Conseil d'Etat ne dispose pas de la compétence lui permettant d'ordonner la radiation du recourant du registre des électeurs zougais, l'admission du présent recours reviendrait, de fait, à violer l'article 39, alinéa 3 Cst-féd, selon lequel nul ne peut exercer ses droits politiques dans plus d'un canton.
14. En outre, la compétence du Conseil d'Etat se limite à l'analyse des actes et omissions des autorités administratives qui en dépendent, en l'occurrence le SVE. Or, comme cela a été relevé au point 7 ci-dessus, le SVE a appliqué le droit en vigueur correctement.
15. Le Conseil d'Etat renoncera donc à examiner la réalisation des conditions d'application du principe de la bonne foi. Cet examen devrait, le cas échéant, être réservé à l'autorité fédérale compétente, qui pourrait ensuite ordonner les mesures nécessaires permettant la radiation dans le canton de Zoug et l'inscription à Genève, s'il fallait mettre le recourant au bénéfice du principe de la bonne foi et dès lors, *in fine*, admettre son recours.
16. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

Par ces motifs,

ARRÊTE :

Préalablement :

1. Le recours n° 01227-2016 est déclaré recevable

Principalement :

2. Le recours n° 01227-2016 est rejeté
3. Il n'est perçu aucun émolument.

Conformément aux articles 48, alinéa 1, 82 et suivants de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110), et 80, alinéa 1 de la loi fédérale sur les droits politiques, du 17 décembre 1976 (LDP ; RS 161.1), le présent arrêté est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent sa notification, par la voie du recours en matière de droit public. L'acte de recours doit être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14). Il peut également être adressé par voie électronique aux conditions de l'article 42 LTF. Il doit contenir les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire. Le présent arrêté et les pièces dont dispose le recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

Certifié conforme,

La chancelière d'Etat :

[Signature de la chancelière d'Etat]