

# ARRÊTÉ

relatif à la validité de  
l'initiative populaire cantonale 168  
« Sauvegarder les rentes en créant du logement »

20 juin 2018

## LE CONSEIL D'ÉTAT

Considérant ce qui suit :

### I. EN FAIT

1. Par courrier du 1<sup>er</sup> septembre 2017, M. Christian DANDRÈS a informé le Conseil d'Etat que le Cartel intersyndical du personnel de l'Etat et du secteur subventionné et l'ASLOCA lançaient une initiative législative populaire cantonale intitulée « *Sauvegarder les rentes en créant du logement* » (ci-après : l'IN 168) et lui a transmis un spécimen de la formule destinée à recevoir les signatures.
2. Par le biais de cette initiative, les initiants proposent une modification de la loi instituant la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève, du 14 septembre 2012 (LCPEG ; B 5 22), au moyen d'un nouvel article 25A à la teneur suivante :

« Art. 25A Possibilité donnée à la Caisse de sauvegarder les rentes

<sup>1</sup> Afin de préserver les prestations de prévoyance de la CPEG autant que possible à un niveau proche de celui en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017 et de donner à cette dernière les moyens pour ce faire, l'Etat procède, directement ou par toute entité tierce, à l'intégralité de la capitalisation de la CPEG imposée par l'article 28A et la loi fédérale.

<sup>2</sup> Au besoin, l'Etat procède à la capitalisation supplémentaire prévue par l'article 72a, alinéa 1, lettre d de la loi fédérale.

<sup>3</sup> A cette fin et dans les limites de l'alinéa 5, l'Etat cède à la CPEG, à sa demande, des terrains constructibles à la valeur inscrite au bilan de l'Etat, ou des droits à bâtir. Les terrains situés dans le secteur Praille Acacias Vernets (PAV) et destinés au logement (hors HBM) seront en priorité utilisés dans ce but, une fois rendus disponibles pour la construction de logements, sous réserve des terrains et des droits à bâtir que l'Etat souhaite attribuer à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique ou équivalents. La loi générale sur les zones de développement (LGZD), la loi générale sur le logement et la protection des locataires (LGL), les lois de modification des limites de zone des secteurs concernés et les autres lois cantonales ainsi que le droit fédéral demeurent réservés.

<sup>4</sup> Si la cession a lieu par l'intermédiaire de la Fondation PAV ou de toute entité publique, celle-ci peut transférer à la CPEG les charges, impenses et frais résultant de son activité.

<sup>5</sup> Tant qu'il n'existe pas suffisamment de terrains constructibles ou de droits à bâtir pour atteindre la capitalisation nécessaire selon les lois fédérale et cantonale ainsi que les

alinéas 1 et 2, ou si la part de l'immobilier dans la fortune globale de la CPEG dépasse 45%, toujours dans le respect de l'article 71, alinéa 1 de la loi fédérale, l'Etat procède à la capitalisation, en tout ou partie, sous d'autres formes, par exemple sous forme de « prêt simultané ». Si de tels terrains ou droits à bâtir se libèrent ensuite, ils seront, en principe, proposés à la CPEG. A la demande de celle-ci, l'Etat lui rembourse alors par anticipation, autant que nécessaire et en tout ou partie, le ou les prêts accordés depuis la publication du lancement de la présente initiative dans la FAO.

<sup>6</sup> La présente initiative s'applique, autant que nécessaire, à tout terrain propriété de l'Etat ou cédé par lui à une entité publique depuis la publication du lancement de la présente initiative dans la FAO.

3. Le formulaire destiné à la récolte de signatures comprend également l'exposé des motifs suivant :

✓ **Sauvegarder les rentes de la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève**

Le nouveau droit fédéral sur les caisses de pensions publiques oblige ces dernières à augmenter très fortement leur capital. La Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève (CPEG), pourtant très bien gérée, n'échappe pas à cette contrainte : plusieurs milliards doivent à nouveau être injectés dans la CPEG, sous peine de réduire au strict minimum légal les futures rentes des 45'000 salarié-e-s qui travaillent au service de la population (santé, éducation, sécurité, social, etc.).

✓ **En créant du logement abordable pour les habitant-e-s du Canton**

Dès lors que le Canton de Genève n'échappera pas à la nécessité d'augmenter le capital de la CPEG, autant que cela serve aux habitant-e-s du Canton : en transférant des terrains dont l'Etat est propriétaire, dont le PAV (Praille Acacias Vernets), à la CPEG afin qu'elle y construise du logement locatif accessible à la majorité des habitant-e-s. Pour le Cartel intersyndical du personnel de l'Etat et du secteur subventionné et l'ASLOCA, cette solution permet de :

- ✓ sauvegarder les rentes de la CPEG,
- ✓ enfin résoudre la crise du logement,
- ✓ sans faire courir de risques financiers à l'Etat.

**Pourquoi cette initiative ?**

La droite majoritaire aux Chambres fédérales a voté en 2010 une modification du droit fédéral imposant aux caisses de pensions publiques d'augmenter massivement leur capital. Bien qu'inutile, cette mesure coûte des milliards.

Alors que la CPEG est bien gérée (elle a même reçu un prix international en 2016 récompensant son excellente gestion), elle se retrouve aujourd'hui insuffisamment capitalisée en regard de ce nouveau droit fédéral. Les retraites des 45'000 salarié-e-s actifs-ves affilié-e-s à la CPEG s'en trouvent donc gravement menacées.

D'un autre côté, la population genevoise subit depuis de nombreuses années une grave crise du logement. Certains propriétaires abusent de cette situation en imposant des contrats à durée déterminée ou en donnant le congé pour relouer plus cher ! Plutôt que de construire des logements qui resteront abordables, les promoteurs immobiliers cherchent à capter au maximum la rente foncière (sous forme d'une part élevée du salaire de l'ensemble des locataires) et à spéculer. La population peine à se loger et, lorsqu'elle y parvient, paie des loyers exorbitants.

**Que propose l'initiative ?**

*Cette initiative vise à sauvegarder les retraites des affilié-e-s à la CPEG en augmentant son capital via la cession de terrains constructibles ou de droits à bâtir propriété de la collectivité, notamment sur le PAV, afin d'y construire du logement abordable.*

*Les caisses de prévoyance professionnelle sont avant tout soucieuses de garantir des rendements stables sur le long terme. Le but légal et statutaire des caisses, en particulier publiques, soustrait en pratique les logements dont elles sont propriétaires de la spéculation. C'est un avantage indéniable pour les locataires. De même, ces caisses cherchent à investir dans la construction de logements locatifs à loyer abordable, ce qui leur offre un placement sûr et rentable à long terme.*

*L'initiative ne modifie ni les principes d'aménagement ni la politique sociale du logement ni l'exigence de construire des logements sociaux HBM gérés par les fondations immobilières de droit public. La possibilité d'attribuer des terrains à des coopératives et d'autres bailleurs sans but lucratif demeure.*

*Puisqu'il faut dépenser des milliards pour équilibrer la CPEG, cet argent doit servir à offrir un logement à la majorité des habitants (salarié-e-s, jeunes en formation, retraité-e-s).*

**Tout le monde y gagne :**

- ✓ *Les 45'000 affilié-e-s à la CPEG, qui ont déjà perdu 17% de leurs rentes en 4 ans et dont la moyenne des retraites se situe à peine au-dessus de 3000 frs ;*
- ✓ *Les locataires et habitant-e-s du canton, qui ont là une occasion unique de résoudre la crise du logement ;*
- ✓ *L'Etat et les salariés-contribuables, qui trouvent là une solution au problème de la CPEG moins risquée pour les finances de l'Etat et le fonctionnement des services publics. ».*

4. Le 4 septembre 2017, le service des votations et élections (ci-après : SVE) a validé la formule de récolte de signatures.
5. Le lancement et le texte de l'IN 168 ont été publiés dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 4 septembre 2017, avec un délai de récolte des signatures échéant le 4 janvier 2018. Le comité d'initiative a déposé les listes de signatures auprès du SVE le 4 janvier 2018.
6. Par arrêté du 21 février 2018, publié dans la FAO du 23 février 2018, le Conseil d'Etat a constaté que les signatures avaient été déposées dans le délai légal prescrit et en nombre suffisant, de sorte que l'initiative avait abouti. Par le même arrêté, le Conseil d'Etat a fixé les délais de traitement de l'initiative, en particulier en ce qui concerne l'arrêté du Conseil d'Etat relatif à la validité de l'initiative et le rapport sur la prise en considération de celle-ci. Ces délais arriveront à échéance le 23 juin 2018.
7. Par courrier du 27 mars 2018, la chancière d'Etat a informé les membres du comité d'initiative que le Conseil d'Etat les invitait, avant de statuer sur la validité de l'IN 168, à lui faire part de leurs observations sur la validité de l'initiative, en particulier sur la question de l'unité de la matière, le principe de la légalité (y compris la clarté, la précision, la densité normative, la prévisibilité et les conséquences réelles, telle qu'elles pourraient être comprises par les électeurs, de la disposition proposée), et le principe de non-rétroactivité des normes). Un délai au 23 avril 2018 était imparti au comité d'initiative pour transmettre ses remarques et faire part de toutes autres observations qu'il jugerait utiles.
8. Par courrier du 27 mars 2018, la chancière d'Etat s'est également adressée à l'Autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance (ci-après : ASFIP) pour lui indiquer que le Conseil d'Etat souhaiterait connaître ses observations sur l'IN 168, en sa qualité d'autorité de surveillance de la Caisse de

prévoyance de l'Etat de Genève (ci-après : CPEG), dans la mesure où l'IN 168, en sa qualité d'initiative législative formulée, deviendrait une loi ordinaire si elle était reconnue valide par le Conseil d'Etat et était approuvée par le Grand Conseil, respectivement le corps électoral. Un délai au 23 avril 2018 était imparti à l'ASFIP pour ce faire. Une copie de ce courrier a été adressée au comité d'initiative.

9. Par courrier du 13 avril 2018, l'ASFIP a fait part de ses observations sur l'IN 168.

Elle a tout d'abord rappelé que le but de la CPEG, comme celui de toute institution de prévoyance, était d'assurer la prévoyance professionnelle de ses assurés, en couvrant les risques vieillesse, survivants et invalidité. Le but d'une telle entité n'était pas de résoudre la crise du logement. Le fait de construire des logements (à loyers abordables ou non) devait rester un moyen parmi d'autres, librement choisi par l'institution de prévoyance, pour atteindre son but de prévoyance.

Elle a également souligné l'autonomie et l'indépendance de la CPEG, tout particulièrement dans le cadre des prestations et de l'administration de sa fortune (par exemple s'agissant de la libre propriété de la CPEG sur les biens cédés par l'Etat et de son droit de revente de ces derniers).

Elle a également relevé les points sur lesquels elle estimait que la disposition proposée par l'IN 168 devait être clarifiée ou reformulée, ainsi que la problématique de la conformité au droit supérieur de cette disposition, notamment s'agissant des placements.

10. Par courrier du 17 avril 2018 préavisé par fax, le mandataire du comité d'initiative a sollicité une prolongation de deux semaines du délai fixé en raison d'une surcharge de travail. Il a indiqué qu'il pourrait ainsi, dans ce délai, se prononcer « *tant sur des éléments soulevés dans [la] lettre [de la chancelière d'Etat] du 27 mars 2018 que sur les éventuelles observations que l'ASFIP Genève* » transmettrait à cette dernière.
11. La chancelière d'Etat a informé les membres du comité d'initiative, le 18 avril 2018, qu'une prolongation du délai initialement fixé au 23 avril 2018 leur était accordée pour transmettre leurs observations sur la validité de l'IN 168, en particulier sur les divers points du courrier du 27 mars 2018, ainsi que sur les divers éléments soulevés par l'ASFIP dans son courrier du 13 avril 2018. Le comité d'initiative était prié de préavisé le courrier contenant ses observations par télécopie ou email de sorte que la chancellerie d'Etat puisse en avoir connaissance le lundi 7 mai 2018 à 9h00, le courrier original pouvant être posté ultérieurement.
12. Par courrier du 27 avril 2018, la chancelière d'Etat s'est adressée au comité de la CPEG pour lui indiquer que le Conseil d'Etat souhaitait connaître ses observations sur l'IN 168, par une application analogique de l'article 46, alinéa 4 LCPEG, dans la mesure où l'IN 168, en sa qualité d'initiative législative formulée, deviendrait une loi ordinaire si elle était reconnue valide par le Conseil d'Etat et était approuvée par le Grand Conseil, respectivement le corps électoral. Un délai au 11 mai 2018 était imparti au comité de la CPEG pour ce faire. Une copie de ce courrier a été adressée au comité d'initiative.
13. Le 2 mai 2018, le comité de la CPEG a sollicité, par le truchement de son vice-président, une prolongation du délai au 18 mai 2018, la prochaine séance utile du comité ayant lieu la veille.
14. Par courrier du 3 mai 2018, la chancelière d'Etat a accordé la prolongation du délai demandée. Une copie de ce courrier a été adressée au comité d'initiative, en lui indiquant qu'à réception de la réponse du comité de la CPEG, un très bref délai lui serait accordé pour faire ses observations. Le délai au 7 mai 2018 (voir *supra* ch. 11) était maintenu s'agissant des observations sur les éléments soulevés par l'ASFIP.
15. Par courrier du 7 mai 2018 préavisé par courrier électronique, le comité d'initiative a fait part de ses observations.

16. Il a notamment indiqué que l'IN 168 était structurée sur un modèle objectif/moyen et respectait l'unité de la matière de ce fait. L'IN 168 ne proposait notamment aucune politique foncière (l'IN 168 ne concernant que des actifs dont l'Etat serait déjà propriétaire) ou d'aménagement du territoire (l'IN 168 ne modifiant en rien les régimes de zones des parcelles qui pourraient être cédées à la CPEG, ni, en particulier, les catégories de logements prévues par la législation ad hoc).

L'IN 168 respectait l'autonomie de la CPEG s'agissant des prestations vu les termes choisis. La CPEG pouvait facilement déterminer les montants et niveau de capitalisation nécessaires qui lui permettraient d'éviter une réduction des prestations.

Le prêt simultané était un mécanisme décrit par le Conseil d'Etat dans son projet de loi 12188 et il fallait se référer à ce dernier et à son exposé des motifs. Le mécanisme du prêt n'était de toute façon qu'une option offerte à l'Etat, ce dernier restant libre de recapitaliser la CPEG par un emprunt sur les marchés financiers, s'il souhaitait par exemple profiter des taux d'intérêts bas actuellement en vigueur. L'IN 168 restait volontairement muette sur le taux d'intérêts du prêt simultané, afin de laisser les parties audit prêt agir à leur guise. Cela étant, dans le cadre de son autonomie de gestion, la CPEG serait libre, à chaque fois que des terrains ou des droits à bâtir lui seraient proposés, de refuser lesdits terrains ou droits à bâtir, si elle devait estimer plus avantageux pour elle de recevoir l'intérêt convenu sur le montant de sa créance résiduelle. Le mode de remboursement prévu par l'IN 168, soit la cession de terrains ou de droits à bâtir permettrait un rendement qui pourrait suivre les hausses futures du taux hypothécaire de référence.

Les terrains visés par l'IN 168 n'étaient pas limités aux parcelles situées dans le secteur Praille Acacias Vernets (ci-après : PAV). Les terrains pourraient se trouver ailleurs dans ou hors du canton de Genève, si les parcelles disponibles dans le PAV ne l'étaient pas en nombre suffisant pour atteindre l'objectif poursuivi par l'IN 168. La limite résulterait du fait que l'Etat ne pourrait céder, s'il s'agit de terrains, que ceux dont il serait propriétaire au moment du transfert ou, s'il s'agit de droits à bâtir, que ceux dont il jouirait à ce moment-là. L'article 25A, alinéa 5 s'inscrivait dans une logique dynamique, ce qui avait pour conséquence qu'il n'était pas possible de déterminer par avance le périmètre géographique des terrains ou des droits à bâtir. Cette souplesse s'expliquait par la volonté des initiants de ne pas contraindre l'Etat à mener une politique foncière d'acquisition de terrain.

L'IN 168 respectait également l'autonomie de la CPEG s'agissant du rendement raisonnable et de la gestion de ses actifs. L'IN 168 ne modifiait pas les catégories de logements prévues par la loi 10788. Elle permettait ainsi à la CPEG de réaliser, sur les terrains cédés ou au bénéfice de droits à bâtir, tous types de logements, à l'exception de ceux relevant de la catégorie HBM, ce qui permettait d'éviter que la CPEG n'obtienne pas de rendements raisonnables.

S'agissant de la non-rétroactivité des normes, l'IN 168 visait à éviter que l'Etat se dessaisisse de terrains dont il était propriétaire en faveur d'entités publiques et malmène le système de financement de l'objectif de maintien des rentes prévu par l'initiative. La clause relative à la rétroactivité était ciblée sur les terrains cédés à des entités publiques. En effet, à teneur de l'article 98, alinéa 1 de la constitution genevoise, l'Etat ne peut aliéner un immeuble à des personnes privées sans procéder par voie législative. L'initiative respectait donc la constitution cantonale. La sécurité et la prévisibilité du droit étaient sauvegardées, la rétroactivité ne portant que jusqu'à la date de la publication de l'initiative dans la FAO. Dès ce moment, le risque de voir une cession de terrains tomber sous le coup de l'initiative était connu du public, en particulier du Conseil d'Etat, des communes et des autres entités publiques. Cette restriction à la liberté du Conseil d'Etat d'aliéner des terrains à des entités de droit public était donc confinée à ce qui était nécessaire pour poursuivre l'intérêt public visé par l'initiative.

17. Par courrier du 17 mai 2018, le comité de la CPEG a fait part de ses observations sur l'IN 168.

Il a souligné la problématique de la séparation des compétences en matière de financement et de prestations, et le fait que l'IN 168 apparaît conforme, en première analyse à ladite séparation, tout en relevant la problématique d'interprétation des termes « *autant que possible* » et « *niveau proche* ».

Il a également indiqué qu'en application du droit fédéral, une limite de 45% de placements immobiliers ne saurait être imposée à la CPEG.

Le comité a également relevé que la cession des biens visés par l'IN 168 aurait lieu à titre onéreux et impliquerait le paiement, par la Caisse, de la valeur inscrite au bilan de l'Etat. Le transfert n'aurait donc pas pour effet d'augmenter le taux de couverture de la CPEG dès lors que des liquidités versées à l'Etat par cette dernière seraient remplacées à l'actif du bilan par des actifs immobiliers.

S'agissant des charges, impenses et frais supportés par toute entité publique par laquelle s'opérerait le transfert d'actif en faveur de la CPEG, prévus à l'article 25A, alinéa 4, cette disposition paraissait priver la Caisse de toute possibilité de négocier les conditions de reprise des actifs immobiliers – ce qui serait également contraire à son indépendance – en incluant le risque d'une reprise de coûts importants venant diminuer la valeur des terrains ou droits à bâtir censés capitaliser la CPEG.

Le comité a également mentionné que l'étude de congruence actifs/passifs (ALM) déterminerait l'allocation d'actifs permettant de délivrer le besoin de rendement nécessaire pour assurer l'équilibre financier de la Caisse à long terme. Cette allocation devrait considérer à la fois le prêt simultané et les apports en immobilier directs liés à la capitalisation au sens de l'article 25A de l'initiative, en tenant compte tant du taux d'intérêt et des conditions du prêt que des hypothèses de rendement de l'apport en immobilier direct, étant rappelé que des baisses de rendement étaient prévues dans ce cadre à Genève en zone de développement en raison de l'adaptation des plans financiers pour les loyers contrôlés. Selon les données publiées par l'Etat, la valeur inscrite au bilan de l'Etat des terrains constructibles ou des droits à bâtir du secteur PAV se montait à 534 millions de francs à fin 2017. En termes de rendement effectif, il fallait compter avec un horizon temps éloigné qui se situait entre 10 et 40 ans selon les cas. La CPEG notait que les modalités du prêt, notamment en termes de taux d'intérêt et de plan d'amortissements, n'étaient pas définies dans l'IN 168 ; or, ces modalités pouvaient avoir un effet important en termes de rendement. La CPEG saluait la possibilité pour elle de demander l'anticipation de l'amortissement ; cette option lui permettrait de pouvoir faire face à un potentiel risque d'hyper inflation. L'amortissement encaissé pourrait être remplacé à un taux plus élevé et permettrait de faire face aux rentes futures à payer.

Le comité a conclu en indiquant que la cession des terrains et droits à bâtir étant prévue à titre onéreux, l'IN 168 n'aurait pas d'effet sur le taux de couverture de la CPEG. Ainsi, une capitalisation complémentaire sous une autre forme et à titre gratuit pour atteindre les taux de couverture nécessaires au maintien des prestations au niveau du 1<sup>er</sup> janvier 2017 (ou 1<sup>er</sup> janvier 2018) et au maintien de l'équilibre financier à long terme devrait en tout état de cause intervenir en application de l'alinéa 4 de l'article 25A de l'IN 168. L'adoption de l'initiative aurait donc pour effet, en cas de demande de la CPEG :

- d'obliger l'Etat à céder des terrains ou des droits à bâtir à la CPEG sans effet bénéfique direct sur son taux de couverture ;
- d'obliger l'Etat à capitaliser la CPEG par un autre moyen (transfert de liquidités, prêts simultanés, etc.)

18. Le courrier du comité de la CPEG a été transmis au comité d'initiative le 18 mai 2018 et a été préavisé par courrier électronique au mandataire du comité d'initiative. Ce dernier

était invité à formuler ses éventuelles observations, s'il le souhaitait, tant aux éléments soulevés par le comité de la CPEG que ceux soulevés par l'ASFIP, d'ici au jeudi 24 mai 2018.

19. Par courrier du 24 mai 2018, le comité d'initiative a formulé quelques observations sur les éléments relevés par le Comité de la CPEG à l'égard de l'IN 168. Il a ainsi rappelé que cette dernière ne prévoyait pas d'obligation pour le comité de la CPEG de maintenir ou rétablir un niveau des prestations équivalent ou proche de celui qui était en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2017, mais de permettre à la CPEG de le faire, si elle le souhaitait ; il ne s'agissait pas d'une contrainte ou d'une injonction faite au Comité de la Caisse. Concernant le remboursement anticipé du prêt simultané par le biais de transferts d'actifs immobiliers, la limite de 45% n'était pas imposée au comité de la CPEG mais elle s'imposait à l'Etat. Ce dernier serait ainsi contraint de ne pas proposer, en guise de remboursement du prêt simultané, des actifs immobiliers, dès lors que la part de tels actifs de la CPEG dépasserait 45% et la CPEG resterait libre de refuser tout objet immobilier en remboursement du prêt. Concernant la valeur inscrite au bilan de l'Etat, il fallait distinguer celle-ci de la valeur marchande des biens immobiliers au moment du transfert. Seule une éventuelle différence positive serait considérée comme remboursement de la dette. Concernant le prêt simultané le mécanisme était le même que celui prévu dans le projet de loi 12188 qui avait obtenu l'agrément de la CPEG ainsi que de l'ASFIP. La seule différence résidait dans le fait que l'Etat devait prioritairement proposer à la Caisse des terrains en guise de remboursement anticipé du prêt. La CPEG demeurait toutefois libre de refuser cette modalité de remboursement, chaque fois qu'un objet lui était proposé.
20. Les détails de ces prises de position seront, en tant que de besoin, discutés dans la partie en droit du présent arrêté.

## II. EN DROIT

### A. Compétence du Conseil d'Etat

1. La validité d'une initiative populaire cantonale est examinée par le Conseil d'Etat (art. 60, al. 1 de la constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 ; Cst-GE ; A 2 00).

### B. Forme de l'initiative

2. L'article 57, alinéa 1 Cst-GE permet de soumettre au Grand Conseil une proposition législative dans toutes les matières de la compétence de ses membres.
3. Aux termes de l'article 57, alinéa 2 Cst-GE, l'initiative peut être rédigée de toutes pièces (initiative formulée) ou conçue en termes généraux et susceptible de concrétisation législative par le Grand Conseil (initiative non formulée). Une initiative partiellement formulée est considérée comme non formulée.
4. La constitution genevoise de 2012 ne soumet ainsi plus la validité d'une initiative législative à l'unité de forme (cf. Thierry TANQUEREL, Rapport sectoriel 202 « *Instruments de démocratie directe* » de la commission 2 « *Les droits politiques (y compris révision de la constitution)* », du 30 avril 2010, p. 40).
5. En l'espèce, l'IN 168 propose un article entièrement rédigé. Il s'agit dès lors d'une initiative formulée, qui deviendra une loi ordinaire si elle est approuvée par le Grand Conseil, respectivement par le corps électoral.

### C. Conditions de validité d'une initiative

6. Les conditions de validité d'une initiative expressément prévues par la constitution cantonale sont au nombre de trois et comprennent l'unité du genre (art. 60, al. 2 Cst-GE), l'unité de la matière (art. 60, al. 3 Cst-GE) et la conformité au droit (art. 60, al. 4 Cst-GE).
7. Une initiative doit en outre respecter les conditions de clarté et d'exécutabilité (ACST/23/2017 du 11 décembre 2017, consid. 5a et les références citées).

### D. En préambule – Principes d'interprétation d'une initiative législative formulée

8. Pour déterminer le sens des normes proposées par une initiative rédigée comme en l'espèce de toutes pièces – dont il faut rappeler qu'elle se transforme en loi en cas d'acceptation par le Grand Conseil ou en votation populaire (art. 61 et 63 Cst-GE ; art. 122B et 123 de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 13 septembre 1985 ; LRGC ; B 1 01) –, il faut appliquer pour l'essentiel les mêmes principes d'interprétation qu'en matière de contrôle abstrait des normes (ACST/23/2017 du 11 décembre 2017, consid. 5a et les références citées).
9. Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Si



plusieurs interprétations sont admissibles, il convient de choisir celle qui est conforme à la Constitution (ATF 141 I 78 consid. 4.2 = RDAF 2015 II 229).

10. Ainsi, pour examiner la validité d'une initiative, la première règle d'interprétation est de prendre pour point de départ le texte de l'initiative, qu'il faut interpréter selon sa lettre et non pas selon la volonté des initiants (ATF 143 I 129 consid. 2.2 ; ATF 129 I 392 consid. 2.2 ; ATF 123 I 152 consid. 2c et les références citées).
11. Une éventuelle motivation de l'initiative et les prises de position de ses auteurs peuvent être prises en considération. Bien que l'interprétation repose en principe sur le libellé, une référence à la motivation de l'initiative n'est pas exclue si elle est indispensable à sa compréhension (ATF 143 I 129 consid. 2.2 ; ATF 139 I 292 consid. 7.2.1). La volonté des auteurs doit être prise en compte, à tout le moins, dans la mesure où elle délimite le cadre de l'interprétation de leur texte et du sens que les signataires ont pu raisonnablement lui attribuer (ATF 143 I 129 consid. 2.2 ; ATF 139 I 292 consid. 7.2.5).
12. En effet, on abuse, dans la pratique, de la phrase selon laquelle l'interprétation d'une initiative ne doit pas être jugée d'après l'opinion des initiants. Les initiants introduisent un texte d'initiative. Leurs explications représentent donc une contribution importante à la compréhension de ce qu'ils souhaitent. Cela vaut tout particulièrement si les initiants joignent une motivation à la feuille de signature (HANGARTNER/KLEY, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2000, ch. 2124ss ; trad. libre).
13. Les explications ultérieures des initiants sont en revanche beaucoup moins importantes. L'expérience montre que ces derniers, dans le cadre de la récolte de signatures, lors du traitement par le Parlement et durant la campagne de votation ont souvent tendance à embellir et réinterpréter leurs souhaits afin de contrecarrer les oppositions. La valeur de telles interprétations opportunes est douteuse. Toutefois, globalement, la genèse d'une initiative ne devrait pas être tout simplement ignorée, et à cet égard, il faut prendre en compte les explications des recourants, de même que, ultérieurement, même si elle est parfois tendancieuse, l'appréciation de l'initiative par le gouvernement et le Parlement, et pendant la campagne de vote (HANGARTNER/KLEY, *op. cit.*, ch. 2124ss ; trad. libre).
14. La majorité parlementaire et la majorité gouvernementale, contre laquelle est dirigée politiquement une initiative, ne doit pas interpréter d'emblée une initiative de la pire façon possible, pour souligner les manques et ainsi mieux combattre la proposition, ou la casser pour cause d'irrecevabilité. De l'autre côté, toutefois, les initiants doivent également être conscients qu'une initiative illégale ne peut pas être interprétée comme un souhait légitime (HANGARTNER/KLEY, *op. cit.*, ch. 2124ss ; trad. libre).
15. Lorsqu'à l'aide des méthodes reconnues, le texte d'une initiative se prête à une interprétation la faisant apparaître comme conforme au droit supérieur, elle doit être déclarée valable et être soumise au peuple. L'interprétation conforme doit ainsi permettre d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidité (ATF 143 I 129 consid. 2.2 ; ATF 132 I 282 consid. 3.1 ; ATF 129 I 392 consid. 2.2). Tel est le sens de l'adage « *in dubio pro populo* », selon lequel un texte n'ayant pas un sens univoque doit être interprété de manière à favoriser l'expression du vote populaire (ATF 143 I 129 consid. 2.2 ; ATF 134 I 172 consid. 2.1 ; ATF 111 la 292 consid. 3c ; ATF 104 la 313 consid. 4 ; ATF 101 la 354 consid. 9c).
16. Si le texte de l'initiative permet plusieurs interprétations, il faut choisir l'interprétation qui correspond le mieux au but et au sens de l'initiative, qui mène à un résultat raisonnable et qui, en même temps, paraît – en l'interprétant d'une manière conforme à la Constitution – compatible avec le droit fédéral et avec le droit cantonal. L'initiative doit être validée et soumise au vote populaire si on peut lui accorder un sens qui n'est pas clairement illicite (ATF 139 I 292 consid. 5.7 ; ATF 129 I 392 consid. 2.2 ; ATF 129 I 232 consid. 2.3 ; ATF 111 la 303 consid. 4 et les références citées).

17. Par ailleurs, le texte d'une initiative doit être suffisamment précis. L'objet de l'initiative doit être suffisamment clair pour qu'un vote populaire puisse intervenir sans que les électeurs ne soient exposés au risque d'une erreur sur des points importants. Une initiative en termes généraux ne doit pas être soumise à des exigences élevées car certaines ambiguïtés, voire certaines contradictions, peuvent être éliminées lors de l'élaboration du texte final par le parlement ; cette retenue ne se justifie en revanche pas pour une initiative déjà rédigée. Le Tribunal fédéral déduit ces principes de l'article 34, alinéa 1 Cst. (ATF 139 I 292 consid.5.8-5.9 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_109/2014, du 4 mars 2015, consid. 3.2).
18. Ainsi, il résulte des principes d'interprétation reconnus que le texte d'une initiative doit être interprété selon le sens que les électeurs, et, plus tard, les destinataires de ce texte devront raisonnablement lui attribuer. Il faut élucider dans quelle mesure le texte de l'initiative est à lui seul déterminant et jusqu'à quel point, au contraire, les motifs de ses auteurs peuvent être pris en considération pour l'interprétation (ATF 139 I 292 consid. 7.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_109/2014, du 4 mars 2015, consid. 3.3).
19. Il est donc reconnu que les explications des auteurs peuvent apporter une contribution importante à la compréhension d'une initiative populaire. Selon la formulation usuelle de la jurisprudence du Tribunal fédéral, c'est en principe le libellé de l'initiative plutôt que la volonté subjective de ses auteurs qui est déterminant. Une éventuelle motivation de l'initiative n'est pas exclue si elle est indispensable à sa compréhension (ATF 139 I 292 consid. 7.2.1 et les références citées ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_109/2014, du 4 mars 2015, consid. 3.3).
20. Bien que la volonté des auteurs ne soit pas seule déterminante dans l'interprétation d'une initiative, le résultat de cette interprétation doit demeurer compatible avec l'objectif fondamental de la démarche. La validité de l'initiative ne peut pas être reconnue s'il faut lui attribuer un contenu qui ne réponde plus au motif fondamental des auteurs, tel que les signataires ont également pu le comprendre. Il a déjà été jugé que la nature d'une initiative ne peut pas être profondément modifiée lors de l'interprétation, parce que la volonté exprimée par les signataires s'en trouverait détournée. Une interprétation contredisant le sens originel du texte, et avec lui, les attentes qu'il a éveillées, est inadmissible (ATF 139 I 292 consid. 7.2.4 et les références citées ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_109/2014, du 4 mars 2015, consid. 3.3).
21. La volonté des auteurs doit être prise en considération, au minimum, dans la mesure où elle délimite le cadre extrême de l'interprétation de leur texte et du sens que les signataires ont pu raisonnablement lui attribuer. L'interprétation qui s'inscrit dans ce cadre n'est pas critiquable. Si l'interprétation s'en écarte et diverge de l'objectif fondamental de l'initiative, celle-ci perd son contenu essentiel ; l'interprétation ne peut alors plus être tenue pour compatible avec les droits politiques des auteurs et des signataires. Il n'est certes pas absolument certain que tous les signataires aient soutenu l'initiative seulement en raison des motifs avancés par les auteurs ; il y a néanmoins lieu d'admettre qu'une grande partie d'entre eux ont adhéré à l'objectif fondamental de l'initiative et ont voulu y contribuer. Cet objectif peut être élucidé de manière suffisamment claire autant lors de l'interprétation de l'initiative que lors de son invalidation partielle (ATF 139 I 292 consid. 7.2.5 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_109/2014, du 4 mars 2015, consid. 3.3).
22. Il faut ainsi rappeler que la protection des droits dits « *populaires* » est un sous-aspect essentiel de la liberté d'exercice du vote. Ces droits politiques permettent, en effet, à un certain nombre de citoyens de contraindre les autorités à organiser un scrutin à propos d'un objet déterminé. Ce faisant, ils assurent que l'ensemble des citoyens puissent exprimer leur volonté, sous la forme d'un vote, à propos de cet objet déterminé. Ce qui n'est autre que la définition même de la liberté de vote (Jacques DUBEY, Droits fondamentaux, Volume II, Bâle 2018, ch. 5115).

23. Ainsi, l'article 34 Cst. confère à tout citoyen actif un droit fondamental à ce qu'une initiative ne soit pas invalidée de manière indue, faute de quoi le droit d'initiative ne serait guère garanti et par voie de conséquence, le droit d'exercice du vote non plus. Cet aspect de la protection du droit d'initiative a d'abord des conséquences sur la manière dont l'autorité compétente doit examiner la validité d'une initiative, et plus particulièrement sur la manière dont elle doit l'interpréter. On peut parler à cet égard du droit à une interprétation favorable, lequel est parfois exprimé par l'adage « *in dubio pro populo* ». Ainsi, il suffit qu'une initiative puisse recevoir un sens qui n'apparaisse pas clairement inadmissible pour qu'elle doive être reconnue valable et soumise au vote populaire (DUBEY, op. cit., ch. 5176-5177 et les références citées).
24. La mission d'interprétation *qui incombe au juge* est ainsi périlleuse. S'il interprète telle ou telle disposition d'une initiative dans un sens trop restrictif, il peut empêcher une initiative d'être soumise à votation populaire et se positionner en frein à l'expression populaire démocratique. Il doit, de ce fait, prendre garde à ne pas étouffer le fond par la forme. Au contraire, s'il se lance dans une interprétation large, il risque de violer le principe même de la liberté de vote (art. 34, al. 2 Cst.) qui garantit au citoyen le droit à la libre formation de l'opinion des citoyens et à l'expression fidèle et sûre de leur volonté. En effet, le fait de soumettre au peuple une question trop large ou imprécise à certains égards ne permet pas aux citoyens d'exprimer clairement leur volonté. Le juge doit donc veiller à ne pas semer de confusion auprès des électeurs. Il doit déployer tout son art pour effectuer cette délicate pesée des intérêts (Béatrice TORNAY, La démocratie directe saisie par le juge, 2008, p. 70).
25. Il faut également relever que selon les circonstances, le droit des initiants à ce que leur texte fasse l'objet d'une interprétation fidèle à leur volonté restreint plutôt qu'il ne renforce leur droit à susciter un scrutin à propos de ce texte. La volonté des auteurs d'une initiative délimite en effet « *le cadre extrême de l'interprétation de leur texte et du sens que les signataires ont pu raisonnablement lui attribuer* » (DUBEY, op. cit., ch. 5181 ; ATF 139 I 292 = JdT 2014 I 237 consid. 7.2.5) : que le résultat de l'interprétation d'une initiative selon les méthodes reconnues reste dans ce cadre et cette initiative peut être soumise au vote ; que l'interprétation du texte d'une initiative dans un sens raisonnable et conforme à l'ordre juridique sorte de ce cadre et cette initiative doit être soustraite au vote (DUBEY, op. cit., ch. 5181).
26. En d'autres termes, dès lors que la volonté des initiants peut, voire doit être prise en considération pour interpréter une initiative, cette dernière peut devoir être invalidée, faute que son texte puisse être interprété dans un sens à la fois conforme au droit supérieur, et compatible avec la volonté de ses auteurs.
27. Tel est par exemple le cas d'une initiative cantonale relative au matériel d'enseignement, dont le libellé (au recto) exclut tous « *les ouvrages misogynes, racistes ou homicides* », sans distinction selon les confessions, mais dont l'objectif affiché (au verso) est d'interdire exclusivement les textes sacrés de l'islam (ATF 139 I 292 consid. 7.5 = JdT 2014 I 237). Dès lors qu'une interprétation neutre et littérale, fondée sur le seul libellé de cette initiative, ne coïncide nullement avec l'objectif fondamental de ses auteurs – lesquels visent à discriminer les adeptes de l'islam, sans la justification qualifiée nécessaire au regard de l'article 8, alinéa 2 Cst. -, cette initiative ne peut pas être soumise au vote du peuple. Car cela reviendrait à la dénaturer ou à la détourner, en violation du droit d'initiative (DUBEY, op. cit., ch. 5183 ; ATF 139 I 292 consid. 7.5.1 et 7.5.2).
28. Dans un arrêt 1C\_221/2017 du 18 avril 2018, le Tribunal fédéral a considéré qu'au regard du contenu de cette initiative – présentée sous la forme d'un projet rédigé –, de son titre et des motifs imprimés sur le formulaire de récolte des signatures, celle-ci ne peut être interprétée que comme étant exclusivement dirigée contre la ville de Berne, seule affectée par les réductions envisagées.

E. Unité de genre

29. L'initiative qui ne respecte pas l'unité du genre est déclarée nulle (art. 60, al. 2 Cst-GE). En effet, seule l'unité normative permet un exercice du droit de vote en toute clarté. (B. TORNAY, La démocratie directe saisie par le juge – L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse, 2008, p. 75 et les références citées).
30. Ainsi, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 66, alinéa 1 de l'ancienne constitution de la République et canton de Genève (aCst-GE, abrogée le 1<sup>er</sup> juin 2013), une initiative populaire ne peut tendre simultanément à l'adoption de normes appartenant à des rangs différents. Dès lors que l'ordre juridique implique une hiérarchie des normes et soumet chaque échelon à un contrôle démocratique distinct, il serait abusif de proposer simultanément une disposition constitutionnelle et la législation qui la met en œuvre. Cela découle notamment du principe de la liberté de vote : le citoyen doit savoir s'il se prononce sur une modification constitutionnelle ou simplement législative, et doit avoir le droit, le cas échéant, de se prononcer séparément sur les deux questions (ATF 130 I 185, consid. 2.1, et les références citées ; Stéphane GRODECKI, L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève, Schulthess, Genève-Zurich-Bâle (2008), § 995).
31. En l'espèce, l'IN 168 se présente sous la forme d'une initiative législative. Il n'y a donc pas de mélange des niveaux normatifs.
32. Par conséquent, l'IN 168 respecte le principe de l'unité de genre.

F. Unité de la matière

***Principes jurisprudentiels et doctrinaux***

33. De manière générale, la liberté de vote garantie par l'art. 34 Cst. exige que les votations et élections soient organisées de telle manière que la volonté des électeurs puisse s'exercer librement, notamment sans pression ni influence extérieure. Cela implique en particulier une formulation simple, claire et objective des questions soumises au vote ; celles-ci ne doivent pas induire en erreur, ni être rédigées dans des termes propres à influencer sur la décision du citoyen. Chaque électeur doit pouvoir se former son opinion de la façon la plus libre possible, et exprimer son choix en conséquence (ATF 137 I 200 consid. 2.1 ; ATF 135 I 292 consid. 2 ; ATF 131 I 126 consid. 5.1 ; ATF 129 I 185 consid. 5 ; ATF 121 I 138 consid. 3 ; ATF 106 la 20 consid. 1).
34. L'exigence d'unité de la matière découle de la liberté de vote et, en particulier, du droit à la libre formation de l'opinion des citoyens et à l'expression fidèle et sûre de leur volonté (art. 34, al. 2 Cst.). Elle interdit de mêler, dans un même objet soumis au peuple, plusieurs propositions de nature ou de but différents, qui forceraient ainsi le citoyen à une approbation ou à une opposition globales, alors qu'il pourrait n'être d'accord qu'avec une partie des propositions qui lui sont soumises (ATF 137 I 200 consid. 2.2 ; ATF 130 I 185 consid. 3 ; ATF 129 I 366 consid. 2.3 ; ATF 129 I 381 consid. 2.1 ; ATF 128 I 190 consid. 3.2 et les références citées).
35. Il doit ainsi exister, entre les diverses parties d'un objet soumis au peuple, un rapport intrinsèque ainsi qu'une unité de but (ATF 129 I 366 consid. 2.3 ; ATF 129 I 381 consid. 2.1 ; 128 I 190 consid. 3.2 ; ATF 125 I 227 consid. 3c ; ATF 123 I 63 consid. 4b et les références citées ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_289/2008 du 9 mars 2009, consid. 2.1), c'est-à-dire un rapport de connexité qui fasse apparaître comme objectivement justifiée la réunion de plusieurs propositions en une seule question soumise au vote (ATF 137 I 200 consid. 2.2 ; ATF 130 I 185 consid. 3 ; ATF 129 I 366 consid. 2.3 = JdT 2005 I 230 ; ATF

129 I 381 consid. 2.1 ; ATF 128 I 190 consid. 3.2 ; ATF 125 I 227 consid. 3c ; ATF 123 I 63 consid. 4b et les références citées).

36. Le principe de l'unité de la matière empêche ainsi que deux ou plusieurs objets ou matières soient joints, dans un seul scrutin, d'une manière qui placerait les électeurs dans une situation de contrainte, et qui ne leur laisserait aucun libre choix entre chacune des parties. Si ce principe est violé, les électeurs ne peuvent pas exprimer leur avis selon leur propre volonté: soit ils doivent accepter l'entier du projet, bien qu'ils en désapprouvent un ou plusieurs éléments, soit ils doivent le refuser alors qu'ils en approuvent l'une ou l'autre partie (ATF 129 I 366 consid. 2.2 = JdT 2005 I 230 et les références citées).
37. Un projet ne peut donc avoir fondamentalement pour objet qu'une seule matière, et deux ou plusieurs sujets ou matières qui n'ont aucun rapport objectif interne, ne peuvent pas être réunis dans une seule question soumise au vote. Est déterminant le lien objectif interne de chacune des parties du projet.
38. La jurisprudence exprime ce lien par différentes formulations : elle exige que le projet porte sur une matière déterminée, qu'il existe entre les parties un « *rapport intrinsèque étroit avec le même but* », que les diverses règles établies dans un but déterminé soient objectivement liées les unes aux autres, qu'elles poursuivent un but qui crée entre elles une relation objective étroite, et que le lien objectif ne soit pas simplement artificiel, subjectif ou purement politique (ATF 129 I 366 consid. 2.3 = JdT 2005 I 230 ; ATF 128 I 190 consid. 3.2 ; ATF 125 I 227 consid. 3c ; ATF 123 I 63 consid. 4d = JdT 1999 I 533 ; ATF 112 la 136 consid. 2g = JdT 1988 I 117 ; ATF 112 la 391 consid. 3b = JdT 1988 I 275 ; ATF 111 la 196 consid. 2b = JdT 1987 I 143 ; ATF 105 la 370 consid. 4b ; ATF 104 la 215 consid. 2b = JdT 1980 I 501 ; ATF 99 la 638 c. 5b = JdT 1975 I 291 ; ATF 97 I 669 consid. 3 = JdT 1973 I 608 ; ATF 96 I 636 consid. 7 = JdT 1971 I 495).
39. A propos de la nécessité du rapport intrinsèque objectif, la doctrine a évoqué diverses configurations et apprécié le respect du principe de l'unité de la matière en fonction des critères suivants : limitation à un seul but, lien entre un but et le financement qu'il exige, lien d'une réglementation avec une disposition de droit transitoire, lien entre différentes questions ayant un rapport logique ou objectif, lien entre la nécessité d'abroger une règle avec une proposition de remplacement (ATF 129 I 366 consid. 2.3 = JdT 2005 I 230 et les références citées).
40. En particulier, le rapport intrinsèque exigé entre les différentes parties d'un projet ne peut pas être décrit abstraitement. Selon les circonstances, il peut résulter d'une considération logique, lorsque par exemple l'une des parties implique les autres et lorsqu'il apparaît que le maintien d'une seule partie n'a pas de sens raisonnable. Un lien entre chacune des parties peut résulter d'un but unique ou commun. Savoir si l'on peut considérer que ces conditions sont remplies dans un cas particulier dépend du point de vue et du niveau d'abstraction des éléments pris en compte. Afin de tracer une limite, la jurisprudence constate simplement que, pour observer le principe de l'unité de la matière, n'importe quelle relation purement artificielle ou politique entre les différentes parties ne suffit pas. Elle exige une orientation qui puisse être comprise comme étant commune du point de vue des électeurs qui devront former et exprimer leur volonté. Ceci peut encore une fois dépendre du contexte économique et historique et des discussions politiques concrètes. A cet égard, il ne faut pas simplement se placer du point de vue du législateur ou des initiants, mais interpréter le texte normatif d'après les règles d'interprétation reconnues (ATF 111 la 303 consid. 4 = JdT 1987 I 262), et prendre en compte le point de vue de l'électeur qui se tient informé ou s'intéresse à la politique (ATF 129 I 366 consid. 2.3 = JdT 2005 I 230 et la référence citée).
41. Il ressort néanmoins de la pratique (Jacques DUBEY, Droits fondamentaux, Volume II, Bâle 2018, ch. 5222-5223 et les références citées) :

- qu'elle tend à considérer qu'il existe un rapport « intrinsèque » ou « de connexité » objectif et suffisant entre les divers éléments qui composent un acte normatif ou administratif soumis au peuple, lorsqu'il y a unité de but, unité de moyen ou unité de domaine

Plusieurs moyens peuvent être proposés simultanément pour atteindre un même but, comme la promotion de la paix ou l'assainissement des finances cantonales. Un seul moyen peut être proposé pour poursuivre simultanément plusieurs objectifs d'intérêt public, comme le financement d'un tunnel ferroviaire dans le but de réduire les émissions de gaz à effet de serre et faciliter le transit alpin ; la réforme d'un domaine délimité de façon précise peut poursuivre plusieurs buts par divers moyens, comme la question des relations entre l'Etat et les églises.

Mais qu'au contraire,

- le principe de l'unité de la matière n'est pas respecté lorsqu'une proposition, qui contient diverses parties réunies de manière subjective (ou « artificielle »), est soumise au vote

Il n'y a en effet guère de rapport intrinsèque objectif lorsque deux ou plusieurs mesures sont réunies, soit en raison des convictions personnelles ou du programme politique de l'auteur de la proposition, soit en raison de la perception ou de la réception que l'auteur de cette proposition attend de la part des votants. L'existence d'un lien de nature psychologique (qui relève du calcul stratégique) ou idéologique (qui tient à la cohérence politique) entre les différentes parties d'une même proposition constitue donc un indice de l'absence de rapport de connexité objective.

42. Vu sa finalité, le principe de l'unité de la matière doit être respecté pour tout projet qui est soumis au vote des électeurs. Sur le principe, peu importe qu'il s'agisse d'une initiative ou d'un projet des autorités, d'une révision partielle ou totale de la Constitution ou de lois, ou de projets législatifs ou financiers (ATF 129 I 366 consid. 2.2 = JdT 2005 I 230 ; ATF 116 la 466 consid. 5 = JdT 1992 I 188 ; ATF 113 la 46 consid. 4a = JdT 1989 I 199 ; ATF 105 la 370 consid. 4b ; ATF 104 la 215 consid. 2b = JdT 1980 I 501 ; ATF 99 la 177 consid. 3a = JdT 1975 I 317).
43. Ceci n'est pas en contradiction avec le fait que la jurisprudence donne un poids différent au principe de l'unité de la matière en fonction du genre de projet. Ce principe a en effet, dans une certaine mesure, un poids plus important, lorsqu'il s'agit d'examiner la validité d'initiatives populaires que pour les projets émanant des autorités, parce qu'il faut tenir compte du besoin pratique du législateur de profiter d'une révision sur un point précis pour inscrire dans la loi divers éléments, par exemple des postulats déjà admis. De plus, l'expression de la volonté des signataires d'une initiative doit être protégée ; il faut aussi empêcher les abus dans la récolte de signatures, que l'on faciliterait en présentant un texte comportant plusieurs objets, même si une combinaison de matières différentes peut avoir un effet négatif sur le succès d'une initiative (ATF 129 I 366 consid. 2.2 ; ATF 113 la 46 consid. 4a = JdT 1989 I 1999 ; ATF 111 la 196 consid. 2b = JdT 1987 I 143 ; ATF 99 la 638 consid. 5b = JdT 1975 I 291 ; TORNAY, op. cit., p. 77).
44. Enfin, les initiatives entièrement rédigées doivent être traitées de façon plus stricte que les propositions conçues en termes généraux, lesquelles nécessitent encore l'élaboration d'un texte par le parlement (ATF 130 I 185, consid. 3.1 ; ATF 123 I 63 consid. 4b). On doit se montrer particulièrement sévère au regard de l'exigence d'unité de la matière avec les initiatives rédigées de toutes pièces (ATF 129 I 381 consid. 2.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_289/2008 du 9 mars 2009, consid. 2.2).
45. Cette description des exigences relatives à l'unité de la matière démontre que la notion est difficile à appréhender (ATF 129 I 366 consid. 2.3 = JdT 2005 I 230). La jurisprudence

du Tribunal fédéral affirme à ce sujet que le principe doit être considéré comme ayant une nature relative, et qu'il doit être appliqué en fonction des circonstances concrètes (ATF 137 I 200 consid. 2.2 ; ATF 129 I 381 consid. 2.3 ; ATF 128 I 190 consid. 3.2 ; ATF 125 I 227 consid. 3b ; ATF 123 I 63 consid. 4 = JdT 1999 I 533).

### **En l'espèce**

46. En l'espèce, afin de mieux comprendre si l'IN 168 respecte les principes juridiques exposés ci-dessus, nous commencerons par présenter les différents alinéas du nouvel article 25A de façon thématique.

<b>Article 25A nouveau</b>	
<b>Alinéa 1 ab initio</b>	« Afin de préserver les prestations de prévoyance de la CPEG autant que possible à un niveau proche de celui en vigueur le 1 <sup>er</sup> janvier 2017 et de donner à cette dernière les moyens pour ce faire »
<b>Alinéa 1, in fine</b>	« L'Etat procède, directement ou par toute entité tierce, à l'intégralité de la capitalisation de la CPEG imposée par l'article 28A et la loi fédérale
<b>Alinéa 2</b>	« Au besoin, l'Etat procède à la capitalisation supplémentaire prévue par l'article 72a, alinéa 1, lettre d de la loi fédérale. »
<b>Alinéa 3</b>	« A cette fin et dans les limites de l'alinéa 5, l'Etat cède à la CPEG, à sa demande, des terrains constructibles à la valeur inscrite au bilan de l'Etat, ou des droits à bâtir. Les terrains situés dans le secteur Praille Acacias Vernets (PAV) et destinés au logement (hors HBM) seront en priorité utilisés dans ce but, une fois rendus disponibles pour la construction de logements, sous réserve des terrains et des droits à bâtir que l'Etat souhaite attribuer à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique ou équivalents.
<b>Alinéa 4</b>	La loi générale sur les zones de développement (LGZD), la loi générale sur le logement et la protection des locataires (LGL), les lois de modification des limites de zone des secteurs concernés et les autres lois cantonales ainsi que le droit fédéral demeurent réservés.  Si la cession a lieu par l'intermédiaire de la Fondation PAV ou de toute entité publique, celle-ci peut transférer à la CPEG les charges, impenses et frais résultant de son activité.) »
<b>Alinéa 5, 1<sup>ère</sup> phrase</b>	« Tant qu'il n'existe pas suffisamment de terrains constructibles ou de droits à bâtir pour atteindre la capitalisation nécessaire selon les lois fédérale et cantonale ainsi que les alinéas 1 et 2, ou si la part de l'immobilier dans la fortune globale de la CPEG dépasse 45%, toujours dans le respect de l'article 71, alinéa 1 de la loi fédérale, l'Etat procède à la capitalisation, en tout ou partie, sous d'autres formes, par exemple sous forme de « prêt simultané ».
	Si de tels terrains ou droits à bâtir se libèrent ensuite, ils seront, en principe, proposés à la CPEG. A la demande de celle-ci, l'Etat lui rembourse alors par anticipation, autant que nécessaire et en tout ou partie, le ou les prêts accordés depuis la publication du présent lancement de la présente initiative dans la FAO.
	La présente initiative s'applique, autant que nécessaire, à tout terrain propriété de l'Etat ou cédé par lui à une entité publique depuis la publication de la présente initiative dans la FAO. »

47. Sur la base d'une interprétation littérale de l'article 25A nouveau, le Conseil d'Etat comprend donc que ce dernier détaille :
- son objectif ;
  - la façon d'atteindre l'objectif ;
  - une nuance à la façon d'atteindre l'objectif ;
  - la façon dont cet article doit être appliqué dans le temps.
48. Sur cette base, nous pouvons ainsi reformuler le tableau ci-dessus de la façon suivante :

	<b>Article 25A nouveau</b>
<b>But</b>	<i>(alinéa 1, in limine)</i> « Afin de préserver les prestations de prévoyance de la CPEG autant que possible à un niveau proche de celui en vigueur le 1 <sup>er</sup> janvier 2017 et de donner à cette dernière les moyens pour ce faire »
<b>Façon d'atteindre le but</b>	<i>(alinéa 1, in fine)</i> « l'Etat procède, directement ou par toute entité tierce, à l'intégralité de la capitalisation de la CPEG imposée par l'article 28A et la loi fédérale.  <i>(alinéa 2)</i> « Au besoin, l'Etat procède à la capitalisation supplémentaire prévue par l'article 72a, alinéa 1, lettre d de la loi fédérale. »
<b>Modalité de la façon d'atteindre le but</b>	<i>(alinéa 3)</i> « A cette fin et dans les limites de l'alinéa 5, l'Etat cède à la CPEG, à sa demande, des terrains constructibles à la valeur inscrite au bilan de l'Etat, ou des droits à bâtir. Les terrains situés dans le secteur Praille Acacias Vernets (PAV) et destinés au logement (hors HBM) seront en priorité utilisés dans ce but, une fois rendus disponibles pour la construction de logements, sous réserve des terrains et des droits à bâtir que l'Etat souhaite attribuer à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique ou équivalents.  (La loi générale sur les zones de développement (LGZD), la loi générale sur le logement et la protection des locataires(LGL), les lois de modification des limites de zone des secteurs concernés et les autres lois cantonales ainsi que le droit fédéral demeurent réservés.  <i>(alinéa 4)</i> Si la cession a lieu par l'intermédiaire de la Fondation PAV ou de toute entité publique, celle-ci peut transférer à la CPEG les charges, impenses et frais résultant de son activité.) »
<b>Nuance à la modalité de la façon d'atteindre le but</b>	<i>(alinéa 5, 1<sup>ère</sup> phrase)</i> « Tant qu'il n'existe pas suffisamment de terrains constructibles ou de droits à bâtir pour atteindre la capitalisation nécessaire selon les lois fédérale et cantonale ainsi que les alinéas 1 et 2, ou si la part de l'immobilier dans la fortune globale de la CPEG dépasse 45%, toujours dans le respect de l'article 71, alinéa 1 de la loi



	<p>fédérale, l'Etat procède à la capitalisation, en tout ou partie, sous d'autres formes, par exemple sous forme de « prêt simultané ».</p> <p>Si de tels terrains ou droits à bâtir se libèrent ensuite, ils seront, en principe, proposés à la CPEG. A la demande de celle-ci, l'Etat lui rembourse alors par anticipation, autant que nécessaire et en tout ou partie, le ou les prêts accordés depuis la publication du présent lancement de la présente initiative dans la FAO. »</p>
<b>Application dans le temps de la façon d'atteindre le but</b>	<p>La présente initiative s'applique, autant que nécessaire, à tout terrain propriété de l'Etat ou cédé par lui à une entité publique depuis la publication de la présente initiative dans la FAO. »</p>

49. Ainsi, et de manière très schématique, les éléments principaux de l'initiative pourraient être résumés comme suit, sur la base d'une interprétation littérale et systématique de l'article 25A nouveau uniquement :

⇒ **Qu'est-ce qu'on cherche à obtenir ?**

Préserver les prestations de prévoyance de la CPEG autant que possible à un niveau proche de celui en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017.

⇒ **Comment est-ce qu'on peut l'obtenir ?**

Par le biais de l'intégralité de la capitalisation imposée par l'article 28A et la loi fédérale de la CPEG par l'Etat, directement ou par toute entité tierce.

⇒ **Comment peut-on/doit-on procéder pour la capitalisation ?**

a) par le biais de la cession à la CPEG, par l'Etat, de terrains constructibles à la valeur inscrite au bilan de l'Etat, ou des droits à bâtir ; les terrains du PAV et destinés au logement (hors HBM) seront en priorité utilisés dans ce but, une fois rendus disponibles pour la construction de logements, sous réserve des terrains et des droits à bâtir que l'Etat souhaite attribuer à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique ou équivalents ;

**ou**, tant qu'il n'existe pas suffisamment de terrains constructibles ou de droits à bâtir pour atteindre la capitalisation nécessaire, ou si la part de l'immobilier dans la fortune globale de la CPEG dépasse 45%,

b) sous d'autres formes, par exemple par le biais d'un « *prêt simultané* » de l'Etat à la CPEG,

**étant précisé** que si de tels terrains ou droits à bâtir se libèrent ensuite, ils seront, en principe, proposés à la CPEG, au titre de remboursement du ou des prêts accordés par la CPEG à l'Etat.

**Conclusion intermédiaire n° 1**

50. Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat arrive à la conclusion que sur la base des principes évoqués ci-dessus :

- le texte *stricto sensu* de l'article 25A proposé par l'initiative respecte de prime abord les exigences de l'unité de la matière ; et que
- le lien intrinsèque entre le maintien des prestations recherché et la recapitalisation proposée est établi.

51. Il en va de même entre la capitalisation et les deux modes de financement proposés, soit :

- un financement « *en nature* » (terrains constructibles et droits à bâtir) ; ou
- un financement « *sous d'autres formes* », par exemple par le biais d'un « *prêt simultané* ».

**Nuance à la conclusion intermédiaire n° 1**

52. Il faut toutefois procéder à une nuance de la conclusion *a priori* ci-dessus. En effet, de la même façon que pour le corps de texte, il convient de présenter également les différents éléments qui ressortent tant du titre de l'IN 168 que de l'exposé des motifs (souligné par nous).

<b>Titre IN 168</b>	« Sauvegarder les rentes <u>en créant du logement</u> »
<b>Introduction de l'exposé des motifs</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>« Sauvegarder les rentes de la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève</b></li> </ul> <p>Le nouveau droit fédéral sur les caisses de pensions publiques oblige ces dernières à augmenter très fortement leur capital. La Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève (CPEG), pourtant très bien gérée, n'échappe pas à cette contrainte : plusieurs milliards doivent à nouveau être injectés dans la CPEG, sous peine de réduire au strict minimum légal les futures rentes des 45'000 salarié-e-s qui travaillent au service de la population (santé, éducation, sécurité, social, etc...).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b><u>En créant du logement abordable pour les habitant-e-s du Canton</u></b></li> </ul> <p>Dès lors que le Canton de Genève n'échappera pas à la nécessité d'augmenter le capital de la CPEG, autant que cela serve aux habitant-e-s du Canton : <u>en transférant des terrains dont l'Etat est propriétaire</u>, dont le PAV (Praille Acacias Vernets), à la CPEG <u>afin qu'elle y construise du logement locatif accessible à la majorité des habitant-e-s</u>.</p>
<b>Que permet cette solution ?</b>	<p>Pour le Cartel intersyndical du personnel de l'Etat et du secteur subventionné et l'ASLOCA, cette solution permet de</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• sauvegarder les rentes de la CPEG ;</li> <li>• <u>enfin résoudre la crise du logement</u> ;</li> <li>• sans faire courir des risques financiers à l'Etat.</li> </ul>
<b>Pourquoi cette initiative ?</b>	<p>La droite majoritaire aux Chambres fédérales a voté en 2010 une modification du droit fédéral imposant aux caisses de pension publiques d'augmenter massivement leur capital. Bien qu'inutile, cette mesure coûte des milliards.</p> <p>Alors que la CPEG est bien gérée (elle a même reçu un prix international en 2016 récompensant son excellente gestion), elle se retrouve aujourd'hui insuffisamment capitalisée en regard de ce nouveau droit fédéral. Les retraites des 45'000 salarié-e-s actifs-ves affilié-e-s à la CPEG s'en trouvent</p>

	<p>donc gravement menacées.</p> <p>D'un autre côté, la population genevoise subit depuis de nombreuses années une <u>grave crise du logement</u>. Certains propriétaires abusent de cette situation en imposant des contrats à durée déterminée ou en donnant le congé pour relouer plus cher ! Plutôt que de construire des logements qui resteront abordables, les promoteurs immobiliers cherchent à capter au maximum la rente foncière (sous forme d'une part élevée du salaire de l'ensemble des locataires) et à spéculer. La population peine à se loger et, lorsqu'elle y parvient, paie des loyers exorbitants.</p>
<p><b>Que propose l'initiative ?</b></p>	<p>Cette initiative vise à sauvegarder les retraites des affilié-e-s à la CPEG en augmentant son capital via la cession de terrains constructibles ou de droits à bâtir propriété de la collectivité, notamment sur le PAV, <u>afin d'y construire du logement abordable</u>.</p> <p>Les caisses de prévoyance professionnelle sont avant tout soucieuses de garantir des rendements stables sur le long terme. <u>Le but légal et statutaire des caisses, en particulier publiques, soustrait en pratique les logements dont elles sont propriétaires de la spéculation</u>. C'est un avantage indéniable pour les locataires. De même, ces caisses cherchent à investir dans la construction de logements locatifs à <u>loyer abordable</u>, ce qui leur offre un placement sûr et rentable à long terme.</p> <p><u>L'initiative ne modifie ni les principes d'aménagement ni la politique sociale du logement ni l'exigence de construire des logements sociaux HBM gérés par les fondations immobilières de droit public</u>. La possibilité d'attribuer des terrains à des coopératives et d'autres bailleurs sans but lucratif demeure.</p> <p>Puisqu'il faut dépenser des milliards pour équilibrer la CPEG, <u>cet argent doit servir à offrir un logement à la majorité des habitants</u> (salarié-e-s, jeunes en formation, retraité-e-s).</p>
<p><b>Tout le monde y gagne</b></p>	<p>Tout le monde y gagne :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Les 45'000 affilié-e-s à la CPEG, qui ont déjà perdu 17% de leurs rentes en 4 ans et dont la moyenne des retraites se situe à peine au-dessus de 3'000 frs ;</li> <li>• <u>Les locataires et habitant-e-s du canton, qui ont là une occasion unique de résoudre la crise du logement</u> ;</li> <li>• L'Etat et les salariés-contribuables, qui trouvent là une solution au problème de la CPEG moins risquée pour les finances de l'Etat et le fonctionnement des services publics.</li> </ul>

53. Force est de constater, au vu du tableau ci-dessus, que, contrairement au texte de l'article 25A nouveau analysé ci-dessus, tant le titre de l'IN 168 que l'exposé des motifs affichent *a priori* non pas un but, mais deux buts distincts, soit :

- recapitaliser la Caisse ;
- résoudre la crise du logement en faisant construire, par la CPEG, du logement locatif accessible à la majorité des habitants.

**Conclusion intermédiaire n° 2**

54. La question peut donc légitimement se poser de savoir si finalement, l'IN 168 prise dans son ensemble (titre et exposé des motifs compris), et non plus uniquement le corps de l'article 25A nouveau proposé, remplit les exigences de l'unité de la matière.

55. En effet, dans ce cas de figure, à l'aune des principes jurisprudentiels susmentionnés :
- la recapitalisation d'une caisse de pension publique et la résolution de la crise du logement pourraient représenter des buts différents qui existeraient et pourraient perdurer indépendamment l'un de l'autre, sans que l'un conditionne l'autre ;
  - il pourrait s'agir de deux domaines de réglementation différents, indépendants l'un de l'autre, sans point de contact autre que celui créé par l'initiative ;
  - la recapitalisation d'une caisse de pension publique et la résolution de la crise du logement pourraient ne pas être non plus dans un rapport « *but/moyen* », ni dans un rapport « *règle de principe et règle de mise en œuvre* » ;
  - même si l'idée appuyant cette initiative semble être celle d'un « *gagnant/gagnant* » (Etat de Genève-CPEG-population), cela pourrait ne pas être suffisant pour fonder une connexité étroite entre les deux buts poursuivis par l'initiative.
56. A ce stade, cette question restera ouverte, et sera définitivement tranchée ultérieurement (voir *infra* J, ch. 332ss), après avoir procédé à l'examen de la validité de l'initiative à l'aune des autres critères précités.

G. Principe de la clarté

***Exigence de clarté et liberté de vote***

57. Quoique non mentionnée à l'article 60 Cst-GE à titre de condition de validité d'une initiative, une exigence de clarté se déduit de la liberté de vote garantie par l'article 34, alinéa 2 Cst. (et, dans la même mesure, par l'art. 44, al. 2 Cst-GE (ACST/23/2017 du 11 décembre 2017, consid. 5.b) et les références citées).
58. On rappellera ici que la liberté de vote garantie par l'art. 34 Cst. exige que les votations et élections soient organisées de telle manière que la volonté des électeurs puisse s'exercer librement, notamment sans pression ni influence extérieure. Cela implique en particulier une formulation simple, claire et objective des questions soumises au vote ; celles-ci ne doivent pas induire en erreur, ni être rédigées dans des termes propres à influencer sur la décision du citoyen. Chaque électeur doit pouvoir se former son opinion de la façon la plus libre possible, et exprimer son choix en conséquence (ATF 137 I 200 consid. 2.1 ; ATF 135 I 292 consid. 2 ; ATF 131 I 126 consid. 5.1 ; ATF 129 I 185 consid. 5 ; ATF 121 I 138 consid. 3 ; ATF 106 la 20 consid. 1) (voir *supra* ch. 33-45).
59. Ainsi, selon la jurisprudence en matière de droits politiques (Alexandre FLUECKIGER/Stéphane GRODECKI, La clarté : un nouveau principe constitutionnel, in Revue de droit suisse, 2017, vol. 136, Halbbd. I, p. 56, et les références citées) :
- les questions soumises au vote doivent être claires  
celles-ci ne doivent pas induire en erreur, ni être rédigées dans des termes propres à influencer sur la décision du citoyen ; chaque électeur doit pouvoir se former son opinion de la façon la plus libre possible, et exprimer son choix en conséquence (ce qui interdit, par exemple, les doubles négations (ATF 141 II 297 consid. 5.2 ; ATF 140 I 394 consid. 8.2 ; ATF 137 I 200 consid. 2.1 ; ATF 131 I 126 consid. 5.1) ;
  - la loi fédérale (art. 69, al. 2 de la loi fédérale sur les droits politiques, du 17 décembre 1976 ; LDP ; RS 161.1) et la jurisprudence interdisent les titres d'initiatives ou de référendum trompeurs (SJ 1989 90 consid. 2) ;
  - le texte lui-même doit être clair (Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_659/2012 du 24 septembre 2013, consid. 5.1).

60. Le texte d'une initiative doit en effet être suffisamment précis. L'objet de l'initiative doit être suffisamment clair pour qu'un vote populaire puisse intervenir sans que les électeurs ne soient exposés au risque d'une erreur sur des points importants (ATF 139 I 292 consid. 5.8 = JdT 2014 I 237 ; ATF 129 I 392 consid. 2.2 ; ATF 123 I 63 consid. 4.e ; ATF 106 la 20 consid. 1 = JdT 1982 I 322).

### **Clarté linguistique versus clarté normative**

61. Selon la doctrine, il ressort des affaires jugées que notre Haute Cour veut s'assurer que le peuple comprenne le sens général de l'objet en votation, plutôt que d'interdire les notions juridiques indéterminées et de faire ainsi double emploi avec l'exigence de précision normative découlant du principe de la légalité (FLUECKIGER/GRODECKI, op. cit., p. 57).
62. Or, selon ces mêmes auteurs, c'est à tort et de manière contradictoire que le Tribunal fédéral a laissé entendre, dans un arrêt isolé à ce jour, que la clarté prise sous son aspect normatif serait également protégée dans le cadre d'une initiative constitutionnelle par l'article 34 Cst. En effet, l'exigence de clarté déduite de l'article 34 Cst. ne devrait être comprise que sous son angle linguistique. Si l'initiative devait être de niveau législatif et porter une atteinte grave aux droits fondamentaux, elle violerait le principe de légalité, et non la liberté de vote garantie à l'article 34 Cst. Les citoyens et citoyennes peuvent en effet former librement leur opinion et voir leur volonté fidèlement et sûrement exprimée autour d'un concept juridique (trop) indéterminé au regard de la légalité (FLUECKIGER/GRODECKI, op. cit., p. 57-58).
63. Ces auteurs considèrent ainsi que l'exigence de clarté découlant de l'article 34 Cst. doit se limiter aux aspects linguistiques du texte, en interdisant des formulations incohérentes, incompréhensibles ou contradictoires susceptibles de distordre la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté. Le Conseil d'Etat ne saurait invalider une initiative pour de simples erreurs de légistique formelle. Le principe de proportionnalité l'en empêche. De telles erreurs doivent au demeurant être corrigées selon le mécanisme prévu aux articles 7Ass de la loi sur la forme, la publication et la promulgation des actes officiels. Il s'agit d'une compétence revenant à la chancellerie et au secrétariat du Grand Conseil et non au Conseil d'Etat dans le cadre du contrôle de la validité d'une initiative populaire. La clarté linguistique n'aurait ainsi donc ni rang de droit ou de principe : elle serait simplement une composante parmi d'autres de la garantie des droits politiques (FLUECKIGER/GRODECKI, op. cit., p. 57 et 60).
64. Dans son arrêt du 11 décembre 2017, la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice de la République et canton de Genève ne semble pas partager l'avis des auteurs précités, lorsqu'elle affirme que l'exigence de clarté « *résulte également du principe de la légalité, qui est posé de façon générale pour toute l'activité de l'État régi par le droit (art. 5, al. 1 Cst. ; art. 9, al. 2 Cst-GE), mais aussi pour les restrictions aux droits fondamentaux (art. 36, al. 1, phr. 1 Cst.). L'exigence d'une base légale ne concerne en effet pas que le rang de la norme – à savoir celui d'une loi formelle en cas de restrictions graves (art. 36, al. 1, phr. 2 Cst.) –, mais s'étend à son contenu, qui doit être suffisamment clair et précis (ATF 140 I 168 consid. 4 ; 119 la 362 consid. 3a ; 115 la 333 consid. 2a ; 108 la 33 consid. 3a). Il faut que la base légale ait une densité normative suffisante pour que son application soit prévisible, compte tenu de la teneur du texte considéré, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires, aussi pour que l'égalité de traitement soit garantie, pour qu'aucune place ne soit laissée à l'arbitraire, et pour que les citoyens puissent, en cas de scrutin populaire, se représenter les conséquences réelles du texte soumis à leur suffrage* » (ACST/23/2017, du 11 décembre 2017, consid. 5b)).

65. Cet arrêt fait actuellement l'objet d'un recours de droit public devant le Tribunal fédéral. Il n'est donc pas définitif.
66. Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat procèdera donc à l'examen de la notion de clarté de l'IN 168 sous ces deux angles (clarté normative/clarté linguistique), ci-après, dans le cadre de l'examen de la conformité au droit (voir *infra* H). La question de la compréhension par les électeurs de l'article 25A nouveau sera par ailleurs examinée à la fin du présent arrêté, concomitamment avec l'examen complémentaire et final du principe de l'unité de la matière (voir *infra* J., ch. 332ss).

#### H. Conformité au droit

67. A teneur de l'article 60, alinéa 4 Cst-GE, l'initiative dont une partie n'est pas conforme au droit est déclarée partiellement nulle si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides. A défaut, l'initiative est déclarée nulle.
68. Cette disposition codifie les principes généraux en matière de droits politiques dégagés par la jurisprudence du Tribunal fédéral.
69. L'exigence de conformité au droit supérieur découle du principe de la hiérarchie des normes qui résulte du principe de la légalité (art. 5 Cst.) (TORNAY, op. cit., p. 90).
70. Ainsi, d'une manière générale, une initiative populaire cantonale, quelle que soit sa formulation, doit respecter les conditions matérielles qui lui sont imposées. Elle ne doit, en particulier, rien contenir de contraire au droit supérieur, qu'il soit cantonal, intercantonal, fédéral ou international (ATF 143 I 129 consid. 2.1 ; ATF 133 I 110 consid. 4.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_659/2012 du 24 septembre 2013, consid. 4.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_357/2009 du 8 avril 2010, consid. 2.1).
71. S'agissant du droit fédéral, toutes les initiatives doivent respecter la répartition des compétences entre les cantons et la Confédération, les droits fondamentaux et l'ensemble de la législation fédérale (GRODECKI, op. cit., p. 305).

#### En préambule : Systématique de l'analyse ci-après

72. Dans la mesure où les différents alinéas de l'article 25A nouveau font l'objet de différentes remarques sous l'angle de la conformité au droit, nous exposerons tout d'abord ci-après les principes jurisprudentiels et doctrinaux pertinents pour l'analyse, et analyserons dans un second temps l'article 25A, alinéa par alinéa, à l'aune des différentes problématiques potentiellement rencontrées.

#### i) Conformité au droit supérieur

##### **i.a Droit international et droit intercantonal**

73. Ni le droit international, ni le droit intercantonal, ne règlent des questions de prévoyance, sous réserve du Concordat sur la création et l'exploitation de l'Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale, qui n'est pas relevant néanmoins dans le cas d'espèce dans la mesure où la CPEG n'est pas soumise à l'autorité de surveillance précitée mais à l'ASFIP.
74. L'IN 168 est dès lors conforme au droit supérieur dans ce cadre.

***i.b Primauté du droit fédéral et législation fédérale en matière de prévoyance***

75. En vertu du principe de la primauté du droit fédéral ancré à l'art. 49 al. 1 Cst., les cantons ne sont pas autorisés à légiférer dans les matières exhaustivement réglementées par le droit fédéral. Dans les autres domaines, ils peuvent édicter des règles de droit pour autant qu'elles ne violent ni le sens ni l'esprit du droit fédéral, et qu'elles n'en compromettent pas la réalisation (ATF 143 I 129 consid. 2.1 ; ATF 142 II 369 consid. 2.1 = JdT 2017 I 55 ; ATF 133 I 286 consid. 3.1 et les références citées ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_659/2012 du 24 septembre 2013, consid. 4.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_357/2009 du 8 avril 2010, consid. 2.1).
76. Ainsi, selon le principe de la primauté du droit fédéral (art. 49, al. 1 Cst.), les cantons n'ont plus de compétence législative dans les domaines que la législation fédérale a réglés de manière exhaustive. En dépit d'une réglementation fédérale en principe exhaustive, des compétences cantonales subsistent cependant lorsqu'elles sont expressément prévues par la réglementation fédérale topique. Même lorsque la réglementation fédérale est exhaustive dans un certain domaine, une solution cantonale n'est pas exclue lorsqu'elle poursuit un but différent de celui de la législation fédérale. Les cantons ne peuvent cependant adopter, dans le cadre de leurs compétences, que des prescriptions qui ne contredisent pas le sens ni l'esprit du droit fédéral, ni ne l'éluent ni n'en compromettent le but (ATF 143 I 129 consid. 2.1 ; ATF 142 II 369 consid. 5.2 = JdT 2017 I 55 ; ATF 142 I 16 consid. 6 = JdT 2016 I 39 ; ATF 141 V 455 consid. 6.1 ; ATF 139 I 242 consid. 3.2 = JdT 2014 I 71 ; ATF 138 I 468 consid. 2.3.1 et 2.6 ; ATF 138 I 356 consid. 5.4.2).
77. Cela concerne en particulier les règles de droit public cantonal qui sont en concours avec le droit civil fédéral, dans leurs rapports avec ce droit ; de telles règles, que les cantons peuvent édicter en vertu de l'art. 6 CC, ne sont admissibles qu'à la triple condition que le législateur fédéral n'ait pas entendu réglementer la matière de manière exhaustive, que les règles cantonales soient justifiées par un intérêt public pertinent et, enfin, qu'elles n'éluent ni ne contredisent le sens ou l'esprit du droit civil fédéral (ATF 143 I 129 consid. 2.1 ; ATF 131 I 333 consid. 2.1 ; ATF 130 I 169 consid. 2.2 ; ATF 129 I 330 consid. 3.1 et les références citées ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_659/2012 du 24 septembre 2013, consid. 4.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_357/2009 du 8 avril 2010, consid. 2.1).

***i.b.i Compétence législative de la Confédération dans le domaine de la prévoyance professionnelle***

78. Les articles 111 et 113 Cst. attribuent à la Confédération une compétence législative générale et concurrente dans le domaine de la prévoyance professionnelle (ATF 142 II 369 consid. 5.3 = JdT 2017 I 55 ; ATF 130 V 369 consid. 6.1).
79. Dans le cadre d'une compétence concurrente, la compétence fédérale a une force dérogatoire subséquente (ou un effet dérogatoire différé) : les cantons peuvent continuer à légiférer aussi longtemps que la Confédération ne le fait pas elle-même. Leurs réglementations deviennent caduques dans la mesure où la Confédération fait usage de sa compétence (Chancellerie fédérale - consulté en ligne le 9 mai 2018 : <https://www.bk.admin.ch/bk/fr/home/documentation/langues/aides-redaction-et-traduction/guide-linguistique-des-lois-et-ordonnances-de-la-confederation--/competences-legislatives.html#-1908202610>).
80. Dans la mesure où la Confédération a fait usage de sa compétence, les cantons ne peuvent pas édicter de dispositions divergentes (ATF 135 I 28 consid. 5.5). Un conflit de règles aboutissant à exclure l'application de l'une des règles en présence ne survient que lorsque plusieurs règles appréhendent différemment les mêmes faits sous les mêmes aspects. En revanche, si des règles différentes appréhendent les mêmes faits sous des

aspects différents, autrement dit si ces règles rattachent des conséquences juridiques à des critères factuels différents ou poursuivent des buts différents, il existe alors un concours ou cumul positif de règles et celles-ci sont cumulativement applicables (ATF 142 II 369 consid. 5.3 = JdT 2017 I 55 ; ATF 141 II 66 consid. 2.4.1 = JdT 2015 I 151).

81. Une activité déterminée peut être soumise sous certains aspects à une réglementation fédérale exhaustive ; tant que le droit fédéral ne prévoit pas [le contraire], cela n'exclut pas que cette activité soit soumise à une réglementation cantonale sous d'autres aspects (ATF 142 II 369 consid. 5.3 = JdT 2017 I 55).
82. Le principe de la force dérogatoire n'est pas non plus violé dans la mesure où la loi cantonale vient renforcer l'efficacité de la réglementation fédérale (ATF 91 I 17 consid. 5 p. 21 ss). Ce n'est que lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd la compétence d'adopter des dispositions complétives, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci (ATF 138 I 435 consid. 3.1 ; ATF 137 I 167 consid. 3.4 ; ATF 133 I 110 consid. 4.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_123/2013, du 16 décembre 2013, consid. 5.1).

*i.b.II L'autonomie des institutions de prévoyance et les tâches inaliénables de leur organe suprême*

❖ En préambule : « dépolitisation » et indépendance des institutions de prévoyance de droit public

83. Les institutions de prévoyance sont gérées par leur organe suprême. Ce dernier en assure la direction générale, veille à l'exécution de ses tâches légales et en détermine les objectifs et principes stratégiques ainsi que les moyens de les mettre en œuvre. L'organe suprême définit l'organisation de l'institution de prévoyance, veille à sa stabilité financière et en surveille la gestion (art. 51a de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982).
84. Cela s'applique aussi aux caisses de pensions de droit public. Il était auparavant admis que de telles institutions de prévoyance fussent constituées en unités administratives dépendant d'un canton et, par-là, subordonnées aux organes politiques cantonaux (cf. ATF 141 IV 329 c. 1.4). La révision législative du 17 décembre 2010 (RO 2011 3385) tendait expressément à la dépolitisation des institutions de prévoyance de droit public ; à cette fin, celles-ci devaient obligatoirement être séparées de l'administration centrale, et la responsabilité de leur gestion opérationnelle et de leur sécurité financière devait être transférée à leur organe suprême (ATF 142 II 369 consid. 3.4.2 = JdT 2017 I 55 ; Message du 19 septembre 2008 relatif à la modification de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité : financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public [ci-après : Message LPP 2008], FF 2008 7619 pp. 7664ss, 7673 ; Ruggli-Wüest, op. cit., pp. 9ss, 12 ; Meinrad Pittet/Claude Chuard, La prévoyance professionnelle suisse depuis ses origines, 2013, pp. 205ss).
85. La révision législative du 17 décembre 2010 entendait ainsi renforcer l'indépendance des institutions de prévoyance à l'aide des mesures suivantes (Message LPP 2008, FF 2008 7666) :
  - aligner dans toute la mesure du possible le statut des institutions de prévoyance de droit public sur celui des institutions de prévoyance de droit privé ;
  - rendre autonomes les institutions de prévoyance de droit public sur les plans juridique, financier et organisationnel ;



- arrêter dans un acte législatif les principes régissant la prévoyance des employés de la collectivité publique et l'institution de prévoyance de droit public, mais confier à l'organe suprême la compétence de leur mise en œuvre, cet organe édictant des dispositions réglementaires à cet effet ;
  - confier la responsabilité opérationnelle de l'institution de prévoyance de droit public de façon exclusive à l'organe suprême.
86. Il s'agissait ainsi d'éviter les conflits d'intérêts et l'influence, s'agissant des placements de l'institution de prévoyance, de critères étrangers à la gestion proprement dite (Message LPP 2008, FF 2008 7664-7666).

❖ Délimitation des règles fixées par le législateur, respectivement, par l'institution de prévoyance de droit public

87. Une influence des autorités politiques cantonales sur la gestion d'une institution de prévoyance de droit public est ainsi exclue par le droit fédéral (ATF 142 II 369 consid. 3.4.2 = JdT 2017 I 55). L'employeur public doit toutefois pouvoir arrêter les grands principes de l'institution de prévoyance. En tant qu'autorité politique, il fixe ces principes dans un acte législatif (Message LPP 2008, FF 2008 7664).
88. Simultanément, l'acte législatif délimite les compétences de la collectivité publique par rapport à celles de l'organe suprême. Il s'agit de trouver une solution qui tienne compte tant du rôle particulier de la collectivité publique en tant que garant que de la capacité exécutive de l'organe suprême de l'institution de prévoyance. La collectivité publique doit avoir la certitude que ses engagements envers l'institution de prévoyance de droit public restent limités et l'organe suprême doit disposer de la marge de manœuvre nécessaire pour garantir l'équilibre financier de l'institution de prévoyance de droit public. Dès lors, il faut que l'acte législatif puisse régir soit le financement, soit les prestations, de sorte que l'organe suprême puisse, dans les limites du plan de mesures requis pour une institution en capitalisation complète, soit adapter les prestations à la situation financière existante, soit relever les cotisations de façon à garantir un financement suffisant des prestations prévues par le plan de mesures (Message LPP 2008, FF 2008 7665).
89. Ainsi, si le législateur cantonal décide de fixer le niveau de financement, l'organe paritaire se voit concéder la compétence d'adapter les prestations à la situation financière existante. Si, à l'inverse, le législateur cantonal décidait d'arrêter le niveau des prestations, le comité devrait alors se voir accorder la prérogative de fixer les cotisations de façon à garantir un financement suffisant des prestations (PL 10847, exposé des motifs, p. 36/78).

❖ Les tâches intransmissibles et inaliénables de l'organe suprême de l'institution de prévoyance

90. Conformément à l'article 51a LPP, l'organe suprême assume des tâches intransmissibles et inaliénables, parmi lesquelles (art. 51a de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982) :
- définir le taux d'intérêt technique ;
  - définir les objectifs et principes en matière d'administration de la fortune, d'exécution du processus de placement et de surveillance de ce processus ;
  - contrôler périodiquement la concordance à moyen et à long termes entre la fortune placée et les engagements.
91. L'organe suprême est ainsi notamment responsable de la gestion des placements. Il définit, surveille et pilote de manière compréhensible la gestion de la fortune en tenant

compte des rendements et des risques (art. 49a, al. 1 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 18 avril 1984 ; OPP2 ; RS 831.441.1).

*i.b.III Objectif des institutions de prévoyance en termes d'administration de la fortune*

❖ Révision de 2008

92. Le 19 septembre 2008, le Conseil fédéral a décidé d'adapter les prescriptions relatives aux placements pour les caisses de pension, les institutions de libre passage et les fondations du pilier 3a. Cette révision visait à renforcer, notamment, le principe de prudence et la responsabilité propre, c'est-à-dire qu'elle oblige les institutions à régler leurs activités, leurs compétences et leurs responsabilités en lien avec la gestion de fortune de manière claire, transparente et vérifiable (Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 108 du 27 octobre 2008, 665, p. 4).
93. Elle visait également à renforcer ou favoriser la sécurité dans la gestion des avoirs tout en créant un cadre qui permette de dégager des rendements conformes au marché pour assurer le financement des prestations de prévoyance. L'objectif central est la sécurité de la prévoyance des assurés, d'où une gestion prudente et professionnelle des fonds confiés à titre fiduciaire (Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 108 du 27 octobre 2008, 665, p. 10 et 12).
94. Selon les nouvelles règles, l'organe suprême de l'institution de prévoyance doit, encore plus que par le passé, se laisser guider par le principe de prudence dans ses décisions relatives aux placements. Il aura pour responsabilité d'organiser, de surveiller et de piloter la gestion de fortune en toute intelligibilité, ainsi que de définir dans un règlement les objectifs et les principes, l'organisation et la façon de procéder en matière de placements, de façon à doter l'institution de la base nécessaire à un placement de fortune responsable, transparent et adapté à la situation de la caisse de pension (Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 108 du 27 octobre 2008, 665, p. 4).

❖ Quatre principes cardinaux pour la gestion de la fortune

95. Conformément à l'article 71, alinéa 1 LPP, les institutions de prévoyance administreront leur fortune de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable, une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles de liquidités.
96. Le législateur a ainsi posé quatre principes cardinaux qui doivent être appliqués par une institution de prévoyance dans la gestion de sa fortune (Jacques-André SCHNEIDER/Thomas GEISER/Thomas GÄCHTER, Commentaire LPP et LFLP, art. 71, n. 14) :
  - la sécurité des placements ;
  - un rendement raisonnable ;
  - une répartition appropriée des risques ; et
  - la couverture des besoins prévisibles de liquidités.
97. L'institution de prévoyance doit ainsi choisir, gérer et contrôler soigneusement les placements qu'elle opère (art. 50, al. 1 OPP2).
98. Lors du placement de sa fortune, l'institution de prévoyance doit :

- veiller à assurer la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance. La sécurité doit être évaluée spécialement en tenant compte de la totalité des actifs et des passifs, ainsi que de la structure et de l'évolution future prévisible de l'effectif des assurés (art. 50, al. 2 OPP2) ;
  - respecter le principe d'une répartition appropriée des risques ; les disponibilités doivent, en particulier, être réparties entre différentes catégories de placements ainsi qu'entre régions et secteurs économiques (art. 50, al. 3 OPP2).
99. Si l'institution de prévoyance prouve de façon concluante dans l'annexe aux comptes annuels qu'elle respecte l'article 50, alinéas 1 à 3 de l'OPP2, elle peut, si son règlement le prévoit, étendre les possibilités de placement prévues notamment à l'article 55 OPP2. Si les conditions pour une telle extension des possibilités de placement ne sont pas remplies, l'autorité de surveillance prend les mesures appropriées. Elle peut aussi exiger une adaptation du placement de la fortune (art. 50, al. 4 et 5 OPP2).
100. L'exigence de « *répartition appropriée des risques* » est caractérisée par la diversification appropriée des placements en termes de risque. Elle se traduit par une interdiction stricte de toute concentration de risques et devient ainsi une composante naturelle du principe de sécurité. Le principe vise à réduire l'impact des risques spécifiques à chaque titre et à prévenir les fluctuations perturbatrices et difficiles à évaluer, susceptibles de mettre à mal la capacité de risque d'une institution de prévoyance. Comme l'exigence de sécurité implique une bonne maîtrise du risque global du portefeuille d'une institution de prévoyance, la diversification des placements est l'une des composantes clé pour atteindre cet objectif (SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, op. cit., art. 71, n. 37-42).
101. La « *sécurité des placements* » est probablement l'exigence clé de l'article 71, alinéa 1 LPP. L'exigence de sécurité doit être appréhendée de manière globale au niveau de l'adéquation de la gestion dans son ensemble par rapport aux besoins de l'institution de prévoyance. L'institution de prévoyance doit se positionner dans la recherche d'un juste équilibre entre préservation du capital nominal et du capital réel (SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, op. cit., art. 71, n. 28-36). Il faut veiller dans tous les cas à ce que les placements correspondent aux engagements. Autrement dit, les placements doivent être effectués sur la base d'une gestion des actifs et des passifs (Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 108 du 27 octobre 2008, 665, p. 10 et 12).
102. L'institution de prévoyance doit tendre à un rendement correspondant aux revenus réalisables sur le marché de l'argent, des capitaux et des immeubles (art. 51 OPP2).
103. La notion de « *rendement raisonnable* » doit s'inscrire dans la perspective de l'exigence de sécurité, qui constitue l'un des autres principes cardinaux. L'institution de prévoyance doit chercher à réaliser une performance couvrant ses besoins mais n'impliquant pas une prise de risques qui pourrait la faire tomber durablement en sous-couverture. En d'autres termes, le rendement des institutions de prévoyance autonomes et semi-autonomes doit au moins, sur le moyen terme, couvrir le taux d'intérêt technique ainsi que la rémunération du capital des assurés actifs (SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, op. cit., art. 71, n. 18-23).
104. Elle doit veiller à ce que les prestations d'assurance et de libre passage puissent être versées dès qu'elles sont exigibles. Elle répartit sa fortune, de façon appropriée, en placements à court, à moyen et à long terme (art. 52 OPP2).
105. L'institution de prévoyance est en effet obligée de couvrir les « *besoins prévisibles en liquidités* ». Pour l'organe paritaire, il s'agit d'assurer à tout moment la capacité de l'institution de prévoyance de s'acquitter de ses engagements en prestations d'assurance et de libre passage dès que ceux-ci deviennent exigibles (SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, op. cit., art. 71, n. 24-27).

106. Cette obligation se décline en trois devoirs complémentaires :
- a) en premier lieu, il y a la nécessité d'établir avec soin un plan de trésorerie dont le niveau de détail dépendra de la taille et du type de l'institution ;
  - b) afin de pouvoir honorer le plan ainsi établi, il faut effectuer une répartition appropriée de placements sur des horizons temporels différents, à savoir en placements à court, à moyen et à long terme (diversification en termes de liquidités ; art. 52 OPP2 *in fine*) ;
  - c) enfin, le respect du principe de liquidité se traduit également par le devoir de tenir compte de la négociabilité de chaque placement, ceci pris dans la vision globale du patrimoine de l'institution (SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, op. cit., art. 71, n. 24-27).
107. Au contraire d'un client privé qui, selon les aléas de la vie, peut avoir besoin rapidement de tout ou de l'essentiel de son patrimoine liquide, une institution de prévoyance a un horizon de temps long et dispose d'une bonne visibilité sur ses besoins en liquidités. C'est la raison pour laquelle la réglementation est plus stricte pour les clients privés (dont tous les placements, conformément aux Directives ASB sur le mandat de gestion, doivent être aisément négociables, sauf instruction contraire explicite du client) alors que pour les institutions de prévoyance, on exige seulement une couverture des besoins prévisibles en liquidités (SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, op. cit., art. 71, n. 24-27).
108. Une telle formulation permet aussi la détention de placements comme de l'immobilier en direct, dont la négociabilité variera en fonction de la situation de leur marché spécifique. Comme de surcroît la grande majorité des placements envisageables pour une institution de prévoyance offre une excellente liquidité (de quotidienne à quelques semaines ou mois), le respect de cette exigence de couverture des besoins prévisibles en liquidités n'est pas problématique pour la plupart des institutions de prévoyance (SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, op. cit., art. 71, n. 24-27).
109. La fortune de l'institution de prévoyance peut être investie notamment en (art. 53 OPP2) :
- montants en espèces ;
  - créances libellées en un montant fixe, par exemple en reconnaissances de dettes de corporations suisse de droit public ; et
  - biens immobiliers en propriété individuelle ou en copropriété, y compris des constructions en droit de superficie et des terrains à bâtir.
110. Les placements dans des biens immobiliers ne peuvent pas dépasser, par objet, 5% de la fortune globale (art. 54b, al. 1 OPP2). L'objectif général visé par cette disposition est de favoriser une large diversification des risques de placement. Il faut veiller dans tous les cas à ce que le portefeuille de biens immobiliers soit diversifié de manière appropriée, au sens de l'article 50, alinéa 3 (Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 108 du 27 octobre 2008, 665, p. 19).
111. Par ailleurs, la part maximale de la fortune globale qui peut être placée dans les placements immobiliers est de 30%, dont un tiers au maximum à l'étranger (art. 55, let. a OPP2), sous réserve de l'article 50, alinéa 4 OPP2 (voir *supra* ch. 99).
112. En lien avec ce qui précède, il sera mentionné que l'article 36 LCPEG prévoit également que la fortune de la CPEG est placée de manière à garantir la sécurité des placements, à obtenir un rendement correspondant au moins au taux technique ainsi qu'une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles en liquidités.

113. Par ailleurs, conformément aux exigences de l'article 64a, alinéa 1, lettre g LPP, la CPEG s'est dotée d'un Règlement de placement, du 19 avril 2018 (ci-après : Règlement CPEG), qui prévoit, entre autres, que :

- la fortune doit être gérée et administrée dans le seul intérêt des personnes assurées et bénéficiaires des rentes. Dans le cadre des objectifs fixés par la LCPEG, la fortune de la Caisse doit être gérée de manière à optimiser son rendement compte tenu de la capacité de risque de la Caisse, de manière à assurer la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance (art. 3 Règlement CPEG) ;
- la capacité de risque de la Caisse dépend de sa capacité à compenser les fluctuations de la fortune globale découlant des conditions changeantes du marché en disposant de suffisamment de liquidités ou d'actifs liquides, de manière à pouvoir remplir les engagements en cours et à venir, compte tenu de la structure et de l'évolution de l'effectif des assurés et des engagements de la Caisse. La capacité de risque est régulièrement prise en compte par la Caisse dans le cadre d'une analyse de congruence actif/passif établie avec l'aide d'experts externes (art. 4 Règlement CPEG) ;
- conformément à l'article 50, alinéa 4 OPP2, la Caisse peut prévoir une extension des possibilités de placement. Une extension des possibilités de placement ne peut être autorisée que s'il est possible d'établir de façon concluante que les principes applicables en matière de placement, notamment les principes de sécurité des buts de prévoyance et la répartition des risques, en termes de classes d'actifs, de secteurs géographiques et économiques, sont respectés. Cette démonstration figure dans l'annexe aux comptes annuels (art. 6 Règlement CPEG) ;
- en matière d'investissements immobiliers (promotions, constructions, acquisitions et ventes), le Comité de la CPEG est compétent pour décider des investissements immobiliers (promotions, constructions, acquisitions et ventes) dont le montant dépasse 50 millions de francs par dossier (sauf pour les placements collectifs diversifiés). Pour les investissements dont le montant est inférieur ou égal à 50 millions de francs par dossier, la commission de placement est notamment compétente pour décider des investissements et de l'éventuelle délégation à l'administration de tout ou partie de sa compétence en matière d'investissements, fixer des critères d'investissement à respecter par l'administration ainsi que du montant annuel, non cumulable, de l'autorisation d'investissements (art. 10 et 11 Règlement CPEG) ;
- en matière de limite de placements en immobilier suisse, la borne minimale se situe à 24%, l'allocation stratégique CPEG à 30% et la borne maximale à 36% (Annexe 1 au Règlement CPEG).

#### *i.b.IV Capitalisation partielle et mesures en cas de déséquilibre financier structurel*

114. En vertu du droit fédéral, les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements (art. 65, al. 1 LPP). Elles doivent régler leur système de cotisations et leur financement de telle manière que les prestations prévues par la LPP puissent être fournies dès qu'elles sont exigibles (art. 65, al. 2 LPP).
115. La fortune de prévoyance de l'institution de prévoyance couvre en principe la totalité de ses engagements (capitalisation complète) (art. 65, al. 2bis LPP).
116. Toutefois, les institutions de prévoyance de corporations de droit public qui bénéficient de la garantie de l'Etat conformément à l'article 72c LPP peuvent, avec l'accord de l'autorité

de surveillance, déroger au principe de la capitalisation complète (capitalisation partielle) lorsqu'un plan de financement permet d'assurer à long terme leur équilibre financier. Ce plan de financement garantit notamment (art. 72a, al. 1 LPP) :

- a. la couverture intégrale des engagements pris envers les rentiers ;
  - b. le maintien des taux de couverture au moins à leur valeur initiale pour l'ensemble des engagements de l'institution de prévoyance, ainsi que pour les engagements envers les assurés actifs, jusqu'à ce que l'institution atteigne la capitalisation complète ;
  - c. un taux de couverture des engagements totaux pris envers les rentiers et les assurés actifs d'au moins 80% ;
  - d. le financement intégral de toute augmentation des prestations par la capitalisation.
117. Lorsqu'un taux de couverture initial au sens de la lettre b ci-dessus n'est plus atteint, l'institution de prévoyance doit prendre des mesures d'assainissement (art. 72e LPP).
118. Les institutions de prévoyance de corporations de droit public qui n'atteignent pas le taux de couverture minimal visé à la lettre c ci-dessus, soumettent tous les cinq ans à l'autorité de surveillance un plan visant à leur permettre de l'atteindre au plus tard 40 ans après l'entrée en vigueur de la présente modification (Dispositions transitoires de la modification du 17 décembre 2010 (Financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public), let. c taux de couverture insuffisant, al. 1).
119. Si le taux de couverture est inférieur à 60% à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020 et à 75% à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2030, les corporations de droit public versent à leurs institutions de prévoyance, sur la différence, les intérêts prévus à l'article 15, alinéa 2 LPP (Financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public), let. c taux de couverture insuffisant, al. 2).
120. Les mesures destinées à résorber un découvert doivent se fonder sur une base réglementaire et tenir compte de la situation particulière de l'institution de prévoyance, notamment des structures de sa fortune et de ses engagements, telles que plans de prévoyance, structure et évolution probable de l'effectif de ses destinataires de prestations (assurés, bénéficiaires de rente). Ces mesures doivent être proportionnelles et adaptées au degré du découvert et s'inscrire dans un concept global équilibré. Elles doivent en outre être de nature à résorber le découvert dans un délai approprié (art. 65d, al. 2 LPP).
121. Si d'autres mesures ne permettent pas d'atteindre cet objectif, l'institution de prévoyance peut décider d'appliquer, tant que dure le découvert (art. 65d, al. 3 LPP) :
- a. le prélèvement auprès de l'employeur et des salariés de cotisations destinées à résorber le découvert. La cotisation de l'employeur doit être au moins aussi élevée que la somme des cotisations des salariés ;
  - b. le prélèvement auprès des bénéficiaires de rente d'une contribution destinée à résorber le découvert ; cette contribution est déduite des rentes en cours ; elle ne peut être prélevée que sur la partie de la rente en cours qui, durant les dix années précédant l'introduction de cette mesure, a résulté d'augmentations qui n'étaient pas prescrites par des dispositions légales ou réglementaires ; elle ne peut pas être prélevée sur les prestations d'assurance en cas de vieillesse, de décès et d'invalidité de la prévoyance obligatoire ; elle ne peut être prélevée sur les prestations allant au-delà de la prévoyance obligatoire que si le règlement le prévoit ; le montant des rentes établi lors de la naissance du droit à la rente est toujours garanti.
122. Si les mesures prévues à l'alinéa 3 se révèlent insuffisantes, l'institution de prévoyance peut décider d'appliquer tant que dure le découvert mais au plus durant 5 ans, une

rémunération inférieure au taux minimal prévu à l'article 15, alinéa 2, celui-ci pouvant être réduit de 0,5% au plus (art. 65d, al. 4 LPP).

123. A Genève, conformément aux dispositions *ad hoc* du droit fédéral, la CPEG applique un système de capitalisation partielle (avec l'approbation de l'autorité de surveillance) (art. 26, al. 1 LCPEG). Si les taux de couverture intermédiaires prescrits à la lettre c des dispositions transitoires de la modification du 17 décembre 2010 de la LPP, soit 60% à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020 et 75% à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2030, ne sont pas atteints, l'Etat de Genève s'acquitte d'un intérêt égal au taux minimum selon l'article 15, alinéa 2 de la loi fédérale sur la part du découvert inférieur au palier (art. 26, al. 3 LCPEG).
124. Le plan de financement de la Caisse selon la capitalisation partielle doit permettre d'atteindre un taux de couverture des engagements totaux pris envers les membres pensionnés et les membres salariés d'au moins 80% dans les 40 ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012 (art. 26, al. 4 LCPEG).
125. La Caisse est tenue d'assurer son équilibre financier à long terme, par une approche prospective sur 20 ans, en tenant compte d'un objectif de taux de couverture à 80% d'ici au 1<sup>er</sup> janvier 2052 et, dans ce cadre, de maintenir les taux de couverture acquis et de respecter les taux de couverture prescrits par la loi (art. 28 LCPEG).
126. En cas de déséquilibre financier structurel prévisible à long terme, attesté par l'expert en prévoyance professionnelle, la Caisse doit en informer le Conseil d'Etat et l'autorité de surveillance dans les 3 mois. La Caisse établit également dans les meilleurs délais un rapport fixant le catalogue des mesures envisageables pour rétablir l'équilibre. Ce rapport est adressé, avec le préavis de l'expert en prévoyance professionnelle, à l'autorité de surveillance et au Conseil d'Etat qui en informe le Grand Conseil (art. 28, al. 3 LCPEG). La Caisse décide des mesures à prendre pour rétablir l'équilibre à long terme et informe les employeurs, les membres salariés et les bénéficiaires de pensions du déséquilibre, de ses causes et des mesures prises (art. 28, al. 4 LCPEG).
127. La Caisse est tenue d'atteindre un taux de couverture d'au minimum (art. 28A LCPEG) :
  - a) 60% d'ici au 1<sup>er</sup> janvier 2020 ;
  - b) 63% d'ici au 1<sup>er</sup> janvier 2025 ;
  - c) 66% d'ici au 1<sup>er</sup> janvier 2030 ;
  - d) 69% d'ici au 1<sup>er</sup> janvier 2035 ;
  - e) 72% d'ici au 1<sup>er</sup> janvier 2040 ;
  - f) 76% d'ici au 1<sup>er</sup> janvier 2045.
128. En cas de découvert temporaire, la Caisse prend les mesures d'assainissement nécessaires dans le but de résorber le découvert dans un délai approprié, sur la base d'un rapport de l'expert en prévoyance professionnelle. Les mesures envisageables sont notamment les suivantes (art. 29, al. 2 LCPEG) :
  - a) suspension des versements anticipés pour l'accession à la propriété ;
  - b) réexamen de la stratégie des placements ;
  - c) suspension partielle ou totale de l'indexation des pensions et, pendant une durée de 4 ans consécutifs, prélèvement d'une cotisation temporaire maximale de 1% des traitements cotisants prise en charge à raison de moitié par l'employeur et de moitié par le membre salarié.
129. Les autres mesures d'assainissement possibles sont précisées par un règlement de la Caisse. Elles doivent être proportionnelles et adaptées au degré de couverture et s'inscrire dans un concept global équilibré (art. 29, al. 3 LCPEG).

130. Le rapport de l'expert en prévoyance professionnelle se fonde sur un calcul prospectif spécifique. Il est effectué sur la base du découvert établi par le bilan technique à l'échéance de l'exercice annuel considéré. Il mesure l'effet attendu des mesures envisagées par la Caisse en vue du rétablissement de l'équilibre financier sur la période d'assainissement retenue (art. 29, al. 4 LCPEG).
131. La Caisse informe le Conseil d'Etat, qui en informe le Grand Conseil, l'autorité de surveillance, les autres employeurs, les membres salariés et les bénéficiaires de pensions, du découvert, de ses causes et des mesures prises (art. 29, al. 5 LCPEG).
132. Ainsi, pour résumer, en cas de (CPEG, Présentation PPT du 28 mars 2017 à l'Assemblée générale de l'APEGE, Enjeux et défis de la CPEG, p. 20) :
- découvert temporaire – le comité de la Caisse doit prendre des mesures d'assainissement ; elles sont en principe temporaires, voire réversibles et elles ne touchent pas le plan de prestations en tant que tel ;
  - déséquilibre financier à long terme (structurel) – le comité doit prendre des mesures structurelles ; elles ne sont pas limitées dans le temps et elles impactent de manière définitive le plan de prestations.
133. A l'heure actuelle, la CPEG n'est pas en découvert temporaire mais en situation de déséquilibre financier à moyen et long terme (CPEG, Présentation PPT du 28 mars 2017 à l'Assemblée générale de l'APEGE, Enjeux et défis de la CPEG, p. 21).
134. La situation peut être résumée par l'illustration suivante (chiffres aux 31.12.2016) (CPEG, Présentation PPT du 28 mars 2017 à l'Assemblée générale de l'APEGE, Enjeux et défis de la CPEG, p. 21) :

## La fortune et les engagements de la CPEG

	<u>31.12.16</u>	
Taux technique	2.5%	
1. Fortune nette de prévoyance (CHF <u>mios</u> )	11'823	← Ce que l'on a
2. Capitaux de <u>prév. et prov. techn.</u> (CHF <u>mios</u> )	20'676	← Ce que l'on doit à nos assurés
a) en faveur des actifs	9'464	
b) en faveur des pensionnés	11'212	
3. Taux de couverture	57.2%	← Palier à atteindre en 2020: 60%

La fortune ne suffit pas pour couvrir les engagements de prévoyance : le taux de couverture est de 57.2%.



135. En cas de déséquilibre financier structurel prévisible à long terme, attesté par l'expert agréé, la Caisse doit en informer le Conseil d'Etat et l'autorité de surveillance dans les trois mois et établir dans les meilleurs délais un rapport fixant le catalogue des mesures envisageables pour rétablir l'équilibre. Ce rapport est adressé à l'autorité de surveillance et au Conseil d'Etat, qui en informe le Grand Conseil. Les employeurs, les membres salariés et les bénéficiaires de pensions sont également informés du déséquilibre



financier. Il appartient à la Caisse de décider des mesures à prendre pour rétablir l'équilibre à long terme. Il est à préciser, à cet égard, que la Caisse ne peut décider elle-même d'un financement supplémentaire par les cotisations, qui sont fixées par la loi. Par contre, elle peut prendre les mesures qui relèvent de sa compétence, essentiellement dans le domaine des prestations de prévoyance. Les autorités politiques pourront initier, toutefois, des mesures qu'elles estimeront nécessaires dans le domaine du financement de la Caisse (PL 10847, Exposé des motifs, p. 54/78).

136. Le Grand Conseil est compétent s'agissant du financement de la caisse pour le montant des cotisations, la capitalisation et s'agissant du type de primauté (CPEG, Présentation PPT du 28 mars 2017 à l'Assemblée générale de l'APEGE, Enjeux et défis de la CPEG, p. 29).
137. Le Grand Conseil peut donc faire usage de ses compétences par (CPEG, Présentation PPT du 28 mars 2017 à l'Assemblée générale de l'APEGE, Enjeux et défis de la CPEG, p. 29) :
  - le versement d'un capital complémentaire ;
  - une nouvelle répartition de la cotisation entre employeur et employé ;
  - une augmentation de la cotisation ; ou
  - en procédant à un changement de primauté.
138. La CPEG, quant à elle, a l'obligation légale d'adapter les prestations en fonction du financement disponible (CPEG, Présentation PPT du 28 mars 2017 à l'Assemblée générale de l'APEGE, Enjeux et défis de la CPEG, p. 29).
139. Au vu de la situation de déséquilibre financier à long terme, le comité de la CPEG n'a pas d'autre choix que de prendre les mesures structurelles pour rétablir l'équilibre financier de cette dernière (CPEG, Présentation PPT du 28 mars 2017 à l'Assemblée générale de l'APEGE, Enjeux et défis de la CPEG, p. 30).
140. Si (CPEG, Présentation PPT du 28 mars 2017 à l'Assemblée générale de l'APEGE, Enjeux et défis de la CPEG, p. 30) :
  - le comité doit agir seul – les prestations des assurés actifs seront significativement réduites ;
  - un financement complémentaire était attribué à la CPEG – cela permettrait de diminuer l'ampleur de la baisse de prestations.
141. Le comité de la CPEG, l'Etat employeur et l'Etat garant doivent anticiper conjointement les mesures à prendre (CPEG, Présentation PPT du 28 mars 2017 à l'Assemblée générale de l'APEGE, Enjeux et défis de la CPEG, p. 30).
142. En 2016, l'expert agréé de la CPEG a ainsi recommandé en octobre 2016 au comité de la CPEG d'abaisser le taux technique de 0.5% et de réduire de l'ordre de 20% les prestations futures aux assurés actuellement en emploi. Les rentes des pensionnés actuels étant protégées par le droit fédéral, celles-ci ne peuvent pas être abaissées (CPEG, Infolettre n° 6, Janvier 2017, p. 1).
143. Une première mesure structurelle a été décidée par le comité de la CPEG le 15 décembre 2016, à savoir l'augmentation de l'âge pivot (âge de prise de retraite sans réduction des prestations de retraite) de 64 à 65 ans (plan standard) et de 61 à 62 ans (plan pénibilité). Elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018 (CPEG, Communiqué du

20 décembre 2016 ; CPEG, Infolettre n° 6, Janvier 2017, p. 1 ; CPEG, Présentation PPT du 28 mars 2017 à l'Assemblée générale de l'APEGE, Enjeux et défis de la CPEG, p. 32).

144. La deuxième mesure consiste en une baisse de l'objectif de rente. Elle est assortie de quelques autres mesures techniques de moindre importance. L'effet cumulé de toutes ces mesures pourra entraîner, selon les classes d'âge des assurés, des baisses de prestations allant jusqu'à 15% (CPEG, Communiqué du 4 mai 2017).
145. Cependant, en l'état, le comité de la Caisse a décidé de ne pas fixer la date d'entrée en vigueur du deuxième volet de mesures. Il a annoncé que si, d'ici au 30 juin 2018, aucune loi ne devait avoir été promulguée, il se déterminerait alors sur la date d'entrée en vigueur de ces mesures, qui pourraient entrer en vigueur début 2019 au plus tôt (CPEG, Communiqué du 4 mai 2017 ; CPEG, Présentation PPT du 28 mars 2017 à l'Assemblée générale de l'APEGE, Enjeux et défis de la CPEG, p. 35).

ii) Principe de la légalité

146. Selon l'article 5, alinéa 1 Cst., le droit est la base et la limite de l'activité de l'État (cf. aussi art. 9, al. 2 Cst-GE). Le principe de la légalité que cette disposition constitutionnelle ancre dans l'ordre juridique suisse comporte celui de la suprématie de la loi (ou primauté de la loi), voulant que toute autorité applique et respecte le droit en vigueur, et celui de la base légale, voulant que les autorités n'agissent qu'en application de normes les y habilitant. Il inclut le principe de la hiérarchie des normes, selon lequel les règles sont hiérarchisées en fonction de leur rang, les règles de rang inférieur ne pouvant déroger à celles de rang supérieur et ne pouvant par ailleurs être modifiées que par des règles de même rang ou de rang supérieur. Le principe de la légalité est garant d'une activité étatique répondant à des exigences de rationalité, de sécurité, de prévisibilité, d'égalité de traitement, de transparence et de légitimité démocratique devant caractériser un État de droit (ACST/5/2018 du 5 avril 2018, consid. 12a et les références citées).
147. Le principe de la légalité exige donc que les autorités n'agissent que dans le cadre fixé par la loi. Il implique qu'un acte étatique se fonde sur une base légale matérielle qui est suffisamment précise et qui a été adoptée par l'organe compétent (ATF 141 II 169 consid. 3.1 ; ATA/320/2018 du 10 avril 2018, consid. 6).
148. Pour qu'une autorité puisse s'en prévaloir comme d'une base légale matérielle, une règle générale et abstraite doit satisfaire à une certaine exigence de densité normative. Le principe de la légalité commande entre autres une densité suffisante et adéquate des règles de droit à appliquer. L'exigence de précision des normes vise à garantir le principe de la réserve de la loi et de la sécurité du droit, avec la prévisibilité des actes étatiques et l'égalité de traitement (DUBEY, op. cit., ch. 614ss ; ATF 131 II 13 consid. 6.5.1 = RDAF 2006 I 778 ; ATF 109 Ia 273 consid. 4d = JdT 1985 I 616).
149. Selon la jurisprudence, l'exigence de la densité normative n'est pas absolue, car on ne saurait ordonner au législateur de renoncer totalement à recourir à des notions générales, comportant une part nécessaire d'interprétation (DUBEY, op. cit., ch. 614ss ; ATF 140 I 381 consid. 4 et les références citées ; ATF 127 V 431 consid. 2.b)).
150. Cela tient à la nature générale et abstraite inhérente à toute règle de droit et à la nécessité qui en découle de laisser aux autorités d'application une certaine marge de manœuvre lors de la concrétisation de la norme (ATF 140 I 381 consid. 4.4 et les références citées ; ATA/320/2018 du 10 avril 2018, consid. 6).
151. Le degré de précision requis de la norme ne peut être fixé de façon abstraite. Il convient de tenir compte du cercle des destinataires de la norme, de la gravité des atteintes qu'elle autorise aux droits fondamentaux, du fait qu'elle comporte ou non la menace de

sanctions en vue d'obtenir un certain comportement, du fait que de nombreuses décisions doivent être prises dans des situations analogues ou, au contraire, de la nécessité de traiter de façon adéquate et flexible des situations différenciées ; plus le cercle des destinataires est large, plus les atteintes aux droits des particuliers sont importantes et plus les situations à régler sont semblables, plus l'exigence de densité normative est élevée (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, ch. 478 ; ATF 123 I 1 consid. 4.b = JdT 1999 I 547 ; ATF 123 I 112 consid. 7.a ; voir aussi ATF 131 II 13 consid. 6.5.1 = RDAF 2006 I 778).

152. Le besoin de flexibilité et d'adaptabilité, notamment en ce qui concerne l'évolution technique ou économique, peut jouer dans l'autre sens, à savoir l'admissibilité d'une densité normative moindre (TANQUEREL, op. cit., ch. 479 ; ATF 131 II 13 consid. 6.5.1 = RDAF 2006 I 778).
153. Paradoxalement, le principe de la proportionnalité (art. 5, al. 2 Cst.) impose certaines imprécisions dans le texte, afin de laisser à l'administration ou au juge un minimum de pouvoir d'appréciation. En effet, seule la prise en compte de l'ensemble des circonstances permet de prendre une décision adéquate. Or, des textes à normativité trop élevée ne permettent pas une telle pesée des intérêts. La jurisprudence l'admet d'ailleurs, dans les domaines qui sont imprévisibles (FLUECKIGER/GRODECKI, op. cit., p. 54).
154. Dans chaque cas d'espèce, il incombe aux juges de mettre en balance les avantages et les inconvénients de normes plus ou moins précises : les premières ont certes pour elles la prévisibilité de leur application, laquelle assure à la fois sécurité du droit et égalité de traitement ; les secondes ont toutefois pour elles de permettre des solutions adaptées à chaque personne et plus adaptables au gré des changements de circonstances. Cela, étant rappelé que les caractéristiques de généralité et d'abstraction, qui ont-elles-mêmes une fonction protectrice, s'opposent par nature à l'adoption de règles trop individualisées et concrétisées (DUBEY, op. cit., ch. 614ss).
155. Au niveau de la loi, le Tribunal fédéral reconnaît que « *le seul fait que la norme doive être interprétée n'autorise pas encore à l'invalidier, dans le cadre d'un contrôle abstrait en raison de sa prétendue imprécision* » (ATF 128 I 295 consid. 5b/aa) ; cela d'autant plus que l'atteinte aux droits fondamentaux n'est pas grave (FLUECKIGER/GRODECKI, op. cit., p. 57). Lorsque la légalité ne prescrit pas une densité normative minimale (ie hors matière fiscale, pénale, ou atteinte importante aux droits fondamentaux), si le texte est difficilement compréhensible, l'interprète pourra toujours s'éloigner de la lettre en découvrant le sens par des techniques d'interprétation non littérales ; dans ces cas, le principe de légalité sera respecté (FLUECKIGER/GRODECKI, op. cit., p. 47).
156. Ainsi, l'exigence de densité normative ne doit pas être interprétée dans un sens extensif, qui reviendrait à interdire au législatif d'adopter des normes dites ouvertes, en ce sens qu'elles laissent une marge de manœuvre à l'autorité d'application. Cela, que ce soit parce que ces normes donnent à l'autorité d'application de la latitude de jugement et/ou une liberté d'appréciation ; une loi ne contrevient pas comme telle à l'exigence de densité de la base légale, du seul fait qu'elle permet à l'autorité d'application de donner un certain sens à une notion juridique indéterminée et/ou qu'elle lui reconnaît le droit de statuer en opportunité. Dans les deux cas, il faut cependant que cette marge de manœuvre soit justifiée, au regard du but (d'intérêt public) visé par la loi ; de même, il faut que l'étendue et les modalités d'exercice de cette latitude de jugement et/ou liberté d'appréciation soient définies de manière suffisamment nette dans la loi (DUBEY, op. cit., p. 180).

iii) Principe de non-rétroactivité des lois

157. L'examen de la validité d'une clause rétroactive ressort de l'analyse du respect du droit supérieur (GRODECKI, op. cit., p. 118). Liée aux principes de sécurité du droit et de prévisibilité, l'interdiction de la rétroactivité des lois - notamment fiscales - résulte du droit à l'égalité de l'article 8 Cst., de l'interdiction de l'arbitraire et de la protection de la bonne foi garanties par l'article 9 Cst. A Genève, cette interdiction découle explicitement de la plus ancienne loi du recueil systématique, à savoir la loi sur les effets et l'application des lois, du 14 ventôse XI (5 mars 1803 ; A 2 10).
158. Contraire aux principes de la sécurité et de la prévisibilité du droit, la rétroactivité est en principe exclue et n'est admissible que lorsque cinq conditions cumulatives sont remplies : i) la rétroactivité doit être prévue par la loi (principe de la légalité) ; ii) elle doit être limitée dans le temps (principe de la proportionnalité) ; iii) elle ne doit pas conduire à des inégalités choquantes (principe de l'égalité de traitement) ; iv) elle doit être justifiée par un intérêt public pertinent (principe de l'intérêt public) ; v) elle ne doit pas porter atteinte à des droits acquis (principe de la bonne foi). L'interdiction de la rétroactivité (proprement dite) fait obstacle à l'application d'une norme à des faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur. En revanche, pour les faits ayant pris naissance sous l'empire de l'ancien droit, mais qui déploient encore des effets sous le nouveau droit, il est admissible d'appliquer ce dernier (rétroactivité improprement dite), sous réserve des droits acquis (ATF 137 II 371 consid. 4.2 ; ATF 133 I 110 consid. 8.1 et les références citées ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_659/2012 consid. 4.3.2.1).

iv) En l'espèce

En préambule : examen du degré de densité normative exigé – droit fiscal, droit pénal, droits fondamentaux ?

159. Dès lors qu'il s'agit de droits destinés à la protection des intérêts existentiels de la personne humaine en tant que telle, les droits fondamentaux appartiennent par définition aux personnes physiques (DUBEY, op. cit., ch. 243).
160. Le droit constitutionnel protège aussi les intérêts fondamentaux des personnes morales, dans toute la mesure où ceux-ci ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme (DUBEY, op. cit., ch. 261).
161. Enfin, une personne de droit public peut se prévaloir de droits fondamentaux dans deux cas de figure à distinguer : le premier est celui dans lequel cette personne est assimilée à un particulier ; le second est celui dans lequel cette personne jouit de droits assimilés à des droits fondamentaux (DUBEY, op. cit., ch. 273).
162. Il sied donc d'examiner si l'IN 168 porte atteinte à des droits fondamentaux.
163. On peut tout d'abord relever que la Chambre constitutionnelle a ouvert la question, sans la trancher, en lien avec l'IN 161, de savoir si cette dernière portait atteinte au noyau intangible de la garantie de la propriété, sinon de la liberté économique, prises dans leur dimension institutionnelle (ACST/23/2017 du 11 décembre 2018, consid. 4b) et les références citées).
164. La garantie de la propriété doit en effet être comprise (ACST/23/2017 du 11 décembre 2018, consid. 4b) et les références citées) :
- dans sa dimension institutionnelle, comme la possibilité d'acquérir tous éléments patrimoniaux, d'en jouir et de les aliéner ; ou
  - dans sa fonction individuelle, comme la protection des droits patrimoniaux concrets du propriétaire, d'une part leur existence, s'étendant à leur conservation, leur

jouissance et leur aliénation, et d'autre part leur valeur, sous la forme, à certaines conditions, d'un droit à une compensation en cas de réduction ou de suppression.

165. Quant à la liberté économique, qui comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice, elle revêt également (ACST/23/2017 du 11 décembre 2018, consid. 4c) et les références citées) :
- une fonction institutionnelle, en tant qu'elle exprime, conjointement avec d'autres dispositions constitutionnelles, le choix du constituant en faveur d'un système économique libéral, fondé sur la libre entreprise et la concurrence ; et
  - une fonction individuelle, en tant qu'elle assure une protection contre les mesures étatiques restreignant la liberté d'exercer toute activité économique privée, exercée aux fins de production d'un gain ou d'un revenu, à titre principal ou accessoire, dépendant ou indépendant.
166. Or, contrairement à ce qui était reproché à l'IN 161 par la Chambre constitutionnelle, en l'espèce, l'IN 168 ne modifie pas les normes de constructions de logement à loyers modérés, ni les normes d'aménagement du territoire. L'alinéa 3, *in fine*, réserve d'ailleurs la loi générale sur les zones de développement, du 29 juin 1957 (LGZD ; I 1 35), la loi générale sur le logement et la protection des locataires, du 4 décembre 1977 (LGL ; I 4 05), les lois de modification des limites de zone des secteurs concernés et les autres lois cantonales et le droit fédéral.
167. De même, l'IN 168 ne prévoit aucune expropriation et ne contraint nullement l'Etat à acheter des terrains, mais lui permet, au contraire, de transférer à la CPEG, des terrains dont il est déjà propriétaire.
168. Par ailleurs, comme cela sera expliqué ci-après (voir *infra*, article 25A, alinéa 3, lettre b, l'interprétation à donner à l'IN 168 permet de conclure que cette dernière ne contraint pas l'Etat à transférer l'intégralité des terrains dont il est propriétaire, sur le périmètre du canton ou même du PAV, à la CPEG, dans la mesure où ce dernier reste compétent pour décider s'il souhaite proposer des terrains ou des droits à bâtir, en priorité, mais pas exclusivement, dans le périmètre du PAV à la CPEG (voir art. 25A, alinéa 5 « *en principe* »), qui reste quant à elle compétente pour les accepter, ou non.
169. Enfin, la CPEG, en sa qualité d'institution de prévoyance, gère, sous sa responsabilité fiduciaire, le capital de prévoyance de ses assurés dans le but de préserver à long terme les prestations de prévoyance (voir <http://www.asip.ch/savoir/contexte/gouvernance-des-fonds-de-pension-loyaute-la-charte-de-l-asip/> [consulté en ligne le 22 mai 2018]. Elle ne peut dès lors pas invoquer une atteinte à un éventuel droit de propriété relatif à la fortune de la caisse. En tout état de cause, la question de la gestion du capital de prévoyance par la CPEG sera abordée ci-après sous l'angle de l'autonomie de cette dernière dans ce cadre.
170. En outre, on ne peut pas reprocher à l'Etat de transférer, potentiellement, une partie importante des terrains en sa possession à la CPEG, et de violer, par-là, le principe de l'égalité de traitements vis-à-vis de tiers.
171. En effet, selon la définition du Tribunal fédéral, un acte normatif ou administratif « *viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente* » (DUBEY, op. cit., ch. 3161 et les références citées).
172. En d'autres termes, le principe de l'égalité de traitement et le droit fondamental qui en découle imposent une double interdiction aux titulaires ou aux délégataires de tâches

publiques, dès lors qu'il en va pour ceux-ci de définir le régime juridique applicable à deux ou plusieurs situations de fait : (1) d'une part, l'interdiction de faire des distinctions juridiques injustifiables (déraisonnables ou insoutenables), parce que les deux ou les diverses situations de fait visées présentent des caractéristiques identiques ou similaires ; (2) d'autre part, l'interdiction de faire des assimilations juridiques injustifiables (déraisonnables ou insoutenables), parce que les deux ou diverses situations de fait visées présentent des caractéristiques différentes ou distinctes (DUBEY, op. cit., ch. 3162).

173. Au même titre que l'interdiction de l'arbitraire est une garantie de rationalité de l'activité de l'Etat, en ce sens que celle-ci doit toujours et partout se fonder sur un motif objectif, pertinent ou raisonnable, la même affirmation vaut pour l'égalité de traitement, en tant qu'elle interdit de faire des distinctions qu'aucun critère ou motif objectif, sérieux, pertinent ou raisonnable ne justifie, respectivement, ou d'omettre des distinctions qu'un tel motif impose (DUBEY, op. cit., ch. 3164).
174. En l'espèce, il sied d'analyser le transfert éventuel de terrains ou de droits à bâtir dans le contexte global.
175. En effet, dans le cadre de l'objectif de recapitalisation prévu par l'IN 168, l'Etat va se trouver dans une situation de débiteur, vis-à-vis de la CPEG, du financement nécessaire à apporter à cette dernière pour qu'elle puisse, si elle le souhaite, maintenir les prestations de prévoyance à un certain niveau.
176. De ce fait, l'Etat ne se trouverait pas dans une situation où il choisirait arbitrairement la CPEG comme partenaire pour un projet, mais bien dans une situation particulière où il doit pouvoir utiliser les avoirs à sa disposition, y compris les apports en nature que peuvent représenter les « terrains constructibles » ou les « droits à bâtir » pour faire face à ses engagements. Il faut donc conclure que ce motif objectif et sérieux permet d'admettre que le fait que l'Etat transfère des actifs immobiliers dont il est propriétaire à la CPEG ne met pas à mal le principe de l'égalité de traitement.
177. Par ailleurs, comme cela sera expliqué ci-après (voir *infra*, art. 25A, al. 3, lettre b, l'interprétation à donner à l'IN 168 permet de conclure que cette dernière ne contraint pas l'Etat à transférer l'intégralité des terrains dont il est propriétaire, sur le périmètre du canton ou même du PAV, à la CPEG, dans la mesure où ce dernier reste compétent pour décider s'il souhaite proposer des terrains ou des droits à bâtir, en priorité, mais pas exclusivement, dans le périmètre du PAV à la CPEG (voir art. 25A, al. 5 « *en principe* »), qui reste quant à elle compétente pour les accepter, ou non.
178. Force est dès lors de constater que l'IN 168 ne porte pas atteinte à des droits fondamentaux.
179. Par ailleurs, la matière couverte par l'article 25A nouveau ne relève ni du droit fiscal, ni du droit pénal.
180. Partant, les exigences s'agissant de la densité normative que doit revêtir la disposition précitée seront moins élevées, dans la limite du respect des principes évoqués ci-dessus (voir *supra* ch. 146-156).

#### Examen alinéa par alinéa

#### ❖ **Article 25A, alinéas 1 et 2**

##### a) Le texte de l'IN 168

181. L'initiative prévoit ce qui suit :

<sup>1</sup> Afin de préserver les prestations de prévoyance de la CPEG autant que possible à un niveau proche de celui en vigueur le 1er janvier 2017 et de donner à cette dernière les moyens pour ce faire, l'Etat procède, directement ou par toute entité tierce, à l'intégralité de la capitalisation de la CPEG imposée par l'article 28A et la loi fédérale.

<sup>2</sup> Au besoin, l'Etat procède à la capitalisation supplémentaire prévue par l'article 72a, alinéa 1, lettre d de la loi fédérale.

b) Conformité au droit supérieur – autonomie de la CPEG – prestations versus financement

182. L'ASFIP a relevé le fait que l'alinéa 1 devrait être supprimé ou à tout le moins reformulé pour que l'autonomie de la CPEG en matière de prestations soit respectée. En effet, conformément au droit fédéral, les prestations (et leur niveau) relèvent de la seule compétence de la CPEG.
183. Il sera relevé tout d'abord qu'effectivement, l'alinéa 1 fait référence à la préservation des « prestations de prévoyance ».
184. Or, comme exposé plus haut (voir *supra* ch. 87-89), le législateur genevois a prévu, à l'article 22 LCPEG, que la Caisse fixerait les dispositions générales, communes et particulières s'appliquant aux prestations, et que l'Etat fixerait le cadre du financement.
185. Il convient dès lors d'examiner si le texte de l'initiative contrevient à la compétence de la Caisse, et partant, au droit fédéral, sur ce point.
186. L'alinéa 1 de l'article 25A nouveau contient la terminologie suivante (surligné par nous) :
- « Afin de préserver les prestations de prévoyance de la CPEG **autant que possible** à un niveau proche de celui en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017 »*
- et
- « l'Etat procède à l'**intégralité de la capitalisation de la CPEG imposée par l'article 28A et la loi fédérale** »*
187. On peut rappeler tout d'abord que cette initiative a été lancée après l'annonce, par la CPEG (voir *supra* ch. 142-145ss) :
- de sa situation de déséquilibre financier à moyen et long terme ;
  - d'une première mesure sur les prestations (augmentation de l'âge pivot) ; et
  - d'autres mesures à venir dans l'hypothèse où un financement complémentaire ne lui était pas attribué.
188. Le comité d'initiative indique qu' « afin de préserver l'autonomie de la CPEG, les initiants ont voulu mettre à disposition des moyens financiers à la CPEG pour le cas où elle désirerait, en toute autonomie, maintenir les prestations au niveau susmentionné. ».
189. Il explique par ailleurs qu' « Afin de ne pas porter atteinte à l'autonomie de la CPEG, les initiants ont ainsi choisi l'expression un niveau de prestations « proche de celui en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017 » car il appartient à la CPEG, et non à la corporation de droit public, à savoir l'Etat de Genève, de fixer précisément les prestations. ».
190. Le comité d'initiative considère en outre que les montants et niveau de capitalisation nécessaires peuvent être déterminés avec facilité, l'Etat et la CPEG pouvant déterminer aisément si, à un moment donné, la CPEG dispose d'un financement suffisant afin de pouvoir verser les prestations réglementaires. Le montant de capitalisation nécessaire serait ainsi déterminé, au moment de l'entrée en vigueur de l'initiative, par une simple comparaison entre le taux de capitalisation à ce moment et le taux de capitalisation qui serait nécessaire afin de verser les prestations selon le règlement en vigueur au

1<sup>er</sup> janvier 2017. Ce dernier taux serait déterminé par prudence, en application de l'article 28 LCPEG. La différence entre ces deux taux, rapportée à la fortune de la CPEG au moment déterminant, donnerait le montant de capitalisation supplémentaire exigé par l'initiative 168.

191. Au vu de ce qui précède et des termes utilisés dans l'initiative, le Conseil d'Etat considère que cette disposition de l'IN 168 peut trouver une interprétation conforme au droit supérieur, dans le respect de l'autonomie et des tâches inaliénables de la CPEG.
192. En effet, il est possible de considérer, au vu d'un examen global, que l'IN 168 :
- s'adresse prioritairement à l'Etat et prévoit des obligations pour lui, même si elle fait référence aux « *prestations* » ;
  - cherche en effet à trouver un moyen de financement supplémentaire (de la compétence du Grand Conseil, respectivement, des initiants, par le biais d'une initiative formulée telle que l'IN 168) pour permettre de rééquilibrer la situation financière de la CPEG ;
- et ce, afin de permettre à la CPEG de maintenir, autant que possible, et comme résultat de l'apport du financement supplémentaire, le taux de prestations existant au 1<sup>er</sup> janvier 2017.
193. Il s'agit donc plutôt d'une « *feuille de route* » à l'attention de l'Etat, et ne vise pas à contraindre, dans l'absolu, la CPEG à modifier son positionnement par rapport aux prestations qu'elle fournit.
194. La CPEG garderait ainsi la compétence (« *autant que possible* ») d'adapter les prestations à la situation financière qui serait la sienne **après** que l'Etat aurait recapitalisé à due concurrence (« *l'Etat procède à l'intégralité de la capitalisation de la CPEG imposée par l'article 28A et la loi fédérale* »).
195. Cela impliquerait effectivement un certain dialogue et une certaine coordination entre la CPEG et l'Etat afin de déterminer les montants nécessaires pour parvenir à maintenir les prestations à leur niveau au 1<sup>er</sup> janvier 2017, mais un tel dialogue et une telle coordination ne contreviendraient pas à la « *séparation des pouvoirs* » entre l'Etat et la CPEG s'agissant du montant des prestations.
196. La CPEG mettait d'ailleurs elle-même en avant la nécessité d'une action conjointe avec l'Etat (voir *supra* ch. 141).
197. L'article 25A, alinéa 1 est donc conforme au droit.
198. Cette conclusion est d'ailleurs partagée par le comité de la CPEG. En effet, ce dernier souligne que le texte de l'article 25A, alinéa 1 « *ne fixe pas directement le type de prestations ni leur niveau. Il prévoit l'attribution d'actifs dans un but particulier* ». Ainsi, pour le comité de la CPEG, en « *première analyse, l'IN 168 apparaît donc conforme à la séparation des compétences prévue par le droit fédéral dès lors qu'elle ne fixe pas de manière contraignante un certain niveau de prestations mais prévoit la mise à disposition des moyens financiers nécessaires au financement de celles-ci* » jusqu'à un objectif non contraignant juridiquement par le comité.

c) Principe de la clarté (clarté linguistique) – principe de la légalité (clarté normative) – capitalisation « *autant que possible* » et à « *un niveau proche de celui en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017* »

199. Le comité de la CPEG s'interroge sur les problèmes d'interprétation que poserait l'article 25A en lien avec les termes « *autant que possible* » et « *niveau proche* ».
200. L'ASFIP relève les éléments suivants en lien avec ces deux alinéas :



- l'article 25A ne précise pas, de manière générale, quand et/ou sur quelle période aura lieu la capitalisation de la CPEG ;
  - l'insertion d'un tel article dans la LCPEG nécessiterait vraisemblablement d'autres modifications de la loi, par exemple, l'adaptation ou la suppression de l'article 28A LCPEG sur le chemin de croissance ou encore l'ajout de nouvelles dispositions précisant les conditions d'un éventuel « *prêt simultané* », qui devra notamment respecter les conditions des articles 57 et 58 OPP2 concernant les placements chez l'employeur et faire l'objet d'une convention entre la CPEG et l'Etat ;
  - les termes « *intégralité de la capitalisation* » prêtent à confusion ; cette phrase devrait être précisée en indiquant le taux de couverture visé par la capitalisation de l'Etat ; en effet, ces termes feraient penser à une recapitalisation permettant à la CPEG d'atteindre un taux de couverture de 100%, alors que l'article 28A LCPEG, auquel il est renvoyé, porte sur le chemin de croissance dont le dernier palier à respecter est de 75%, et enfin, la loi fédérale, également mentionnée, vise un taux de couverture de 80% (art. 72a, al. 1, let. c LPP) ;
  - selon la compréhension de l'ASFIP, il résulterait de l'alinéa 2 que l'Etat s'engage, par avance, à financer (par la capitalisation) toutes éventuelles augmentations des prestations décidées par la CPEG tant que cette dernière fonctionne en capitalisation partielle ; vu les potentielles implications financières de cet alinéa pour l'Etat, il est important, selon l'ASFIP, d'en préciser la teneur et la portée dans le cadre de l'exposé des motifs de l'initiative.
201. En l'espèce, il apparaît tout d'abord que les termes utilisés respectent la clarté linguistique, dans la mesure où ces deux alinéas ne contiennent pas de formulations incohérentes ou contradictoires, ni des termes incompréhensibles, linguistiquement parlant (voir *supra* chapitre G). Le principe de la clarté linguistique est ainsi respecté.
202. S'agissant de la densité normative, il apparaît effectivement que des termes tels que « *autant que possible* », « *niveau proche de celui en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017* », « *intégralité de la capitalisation de la CPEG imposée par l'article 28A et la loi fédérale* » et « *capitalisation supplémentaire* » semblent de prime abord très généraux et abstraits. Il sied donc d'examiner s'il est possible de préciser le sens de ces dispositions par les techniques d'interprétation usuelles et partant, de respecter le principe de légalité.
203. Invité à faire part de ses observations sur la question de la clarté et la densité normative de cette disposition, s'agissant des montants et niveaux de capitalisation prévus par l'IN 168 dans le temps, le comité a relevé que/qu' :
- afin de préserver l'autonomie de la CPEG, les initiants ont voulu mettre à disposition des moyens financiers à la CPEG, pour le cas où elle désirerait, en toute autonomie, maintenir les prestations au niveau proche de celui en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017 ;
  - l'Etat et la CPEG peuvent déterminer aisément si, à un moment donné, la CPEG dispose d'un financement suffisant afin de pouvoir verser les prestations réglementaires ;
  - le montant de capitalisation serait ainsi déterminé, au moment de l'entrée en vigueur de l'initiative, par une simple comparaison entre le taux de capitalisation à ce moment et le taux de capitalisation qui serait nécessaire afin de verser les prestations selon le règlement en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2017 ; ce dernier taux serait déterminé par prudence, en application de l'article 28 LCPEG ; la différence entre ces deux taux, rapportée à la fortune de la CPEG au moment déterminant, donnerait le montant de capitalisation supplémentaire exigé par l'initiative 168 ;
  - à titre d'exemple, le Comité de la CPEG a réduit récemment les prestations de 5% environ, par l'augmentation de l'âge-pivot de 64 à 65 ans ; il a en outre décidé de mesures structurelles afin de pouvoir respecter le plan de croissance du taux de

capitalisation, ce qui impliquerait une nouvelle réduction des prestations de l'ordre de 10% ;

- la CPEG démontre ainsi pouvoir chiffrer précisément l'apport en capital qui lui permettrait d'éviter cette réduction des prestations car, dans le cas contraire, elle ne pourrait pas, *a contrario*, déterminer que la réduction des prestations envisagée rétablirait un taux de couverture suffisant ;
- s'agissant de l'article 72a, alinéa 1, lettre d LPP, celui-ci prévoit que toute augmentation des prestations par rapport à un niveau antérieur doit être financée à 100%, alors que la CPEG fonctionne actuellement selon un système de capitalisation partielle (système de financement mixte répartition-capitalisation) ; cela signifie que - les prestations ayant été diminuées à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2018 par l'augmentation de l'âge-pivot de 64 à 65 ans - le rétablissement de l'âge-pivot à 64 ans devrait être financé à 100% ; le montant précis de cet apport supplémentaire en capital pourrait être déterminé aisément par l'actuaire-conseil de la CPEG ; ce dernier a récemment pu chiffrer avec précision le montant nécessaire pour porter le taux de capitalisation de la CPEG à 80%.

204. Comme relevé plus haut, l'objectif de l'IN 168, exposé de manière synthétique, est d'amener l'Etat à fournir à la CPEG le financement complémentaire nécessaire, selon les calculs que ferait cette dernière, pour permettre, autant que possible, de maintenir les prestations de prévoyance en faveur des assurés à un niveau proche de celui en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017, tout en respectant le chemin de croissance imposé à la CPEG par le droit fédéral et cantonal. Le caractère contraignant de l'initiative repose donc sur l'Etat et non sur la CPEG.

205. Par ailleurs, il faut tenir compte, dans le cadre de l'examen de la densité normative de ces deux alinéas, tant de l'objet de l'IN 168 que des contraintes du droit fédéral, notamment en termes d'autonomie de la CPEG et de chemin de croissance et de taux de couverture. En effet :

- comme cela a été exposé ci-dessus (voir *supra* i.b.II, ch. 83ss), le respect de l'autonomie de la CPEG ne permet pas au Grand Conseil, et partant, aux initiants, de lui enjoindre de respecter un certain niveau de prestations, d'où les termes « *autant que possible* » et « *niveau proche de celui en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017* » ;
- comme cela a été exposé ci-dessus (voir *supra* i.b.IV, ch. 114ss), le droit fédéral prévoit, pour les institutions de prévoyance en capitalisation partielle, un taux de couverture des engagements totaux pris envers les rentiers et les assurés actifs d'au moins 80% d'ici au 1<sup>er</sup> janvier 2052 ; le droit cantonal rappelle lui aussi cette contrainte et prévoit un certain taux de croissance progressif du taux de couverture d'ici à 2052 ; les termes « *intégralité de la capitalisation de la CPEG imposée par l'article 28A et la loi fédérale* » font ainsi dûment référence à ces obligations, ce renvoi permettant de comprendre quels sont les objectifs en matière de taux de couverture ;
- la détermination du montant du financement à apporter ne peut pas être fixé ni figé, et devra faire l'objet d'une analyse et de calculs de la part de la CPEG, le cas échéant, au moment de l'entrée en vigueur de la modification législative proposée par l'IN 168, comme cela a été expliqué par le comité d'initiative (voir *supra* ch. 190) ;
- comme cela a été exposé ci-dessus (voir *supra* ch. 143), depuis le lancement de l'IN 168, une première mesure structurelle (augmentation de l'âge pivot) est entrée en vigueur (le 1<sup>er</sup> janvier 2018) ; cette mesure équivaut à une diminution de prestations ; partant, le rétablissement éventuel de l'âge pivot à son niveau antérieur équivaudrait, comme l'indique le comité d'initiative, à une augmentation des prestations, qui est

couverte par l'article 72a, alinéa 1, lettre d auquel renvoie l'article 25A nouveau, alinéa 2.

206. Par conséquent, le Conseil d'Etat considère que cette disposition respecte le principe de légalité et de clarté normative.

❖ **Article 25A, alinéa 3**

a) Le texte de l'IN 168

207. L'initiative prévoit ce qui suit :

<sup>3</sup> *A cette fin et dans les limites de l'alinéa 5, l'Etat cède à la CPEG, à sa demande, des terrains constructibles à la valeur inscrite au bilan de l'Etat, ou des droits à bâtir. Les terrains situés dans le secteur Praille Acacias Vernets (PAV) et destinés au logement (hors HBM) seront en priorité utilisés dans ce but, une fois rendus disponibles pour la construction de logements, sous réserve des terrains et des droits à bâtir que l'Etat souhaite attribuer à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique ou équivalents. La loi générale sur les zones de développement (LGZD), la loi générale sur le logement et la protection des locataires (LGL), les lois de modification des limites de zone des secteurs concernés et les autres lois cantonales ainsi que le droit fédéral demeurent réservés.*

b) Conformité au droit supérieur – cession de terrains et droits à bâtir versus principe de séparation des pouvoirs

208. Il sied de rappeler ici que la jurisprudence et la doctrine excluent qu'une initiative puisse concerner une compétence de l'exécutif. Cette limitation se fonde sur les principes de la séparation des pouvoirs, de la légalité et de l'égalité de traitement (GRODECKI, op. cit., p. 112-116 ; TORNAY, op. cit., p. 103).

209. A Genève, l'article 57, alinéa 1 Cst-GE prévoit qu'une proposition législative peut être soumise au Grand Conseil « *dans toutes les matières de la compétence de ses membres* ».

210. En matière d'aliénation d'immeubles, l'article 98 Cst-GE prévoit, à son alinéa 1, que « *Le Grand Conseil approuve par voie législative l'aliénation de tout immeuble propriété de l'Etat ou d'une personne morale de droit public à des personnes physiques ou morales autres que les personnes morales de droit public.* ».

211. Partant, il faut conclure, *a contrario*, que l'aliénation de tout immeuble propriété de l'Etat à des personnes morales de droit public relève de la compétence du Conseil d'Etat.

212. La CPEG est précisément une personne morale de droit public.

213. Se pose donc la question de savoir si l'alinéa 3 qui prévoit que « *l'Etat cède* », viole l'article 57, alinéa 1 Cst-GE en formulant une proposition qui ne relève pas de la compétence du Grand Conseil.

214. Il faut toutefois conclure que tel n'est pas le cas de prime abord, dans la mesure où l'article 25A nouveau proposé ne prévoit pas le transfert de propriété d'un ou plusieurs immeuble(s) déterminés, mais uniquement la possibilité d'utiliser l'apport de terrains comme moyen de recapitaliser la CPEG : « *l'Etat cède [...] des terrains constructibles [...] ou des droits à bâtir* ».

215. Il faut toutefois procéder à un examen plus poussé de cette disposition, en étendant l'examen aux termes « *l'Etat cède à la CPEG, à sa demande, des terrains constructibles [...] ou des droits à bâtir* ».
216. En effet, à la lecture de cet alinéa, on pourrait se poser la question de l'effet contraignant, ou non, de la demande de la CPEG vis-à-vis de l'Etat.
217. En d'autres termes, la question qui se pose est celle de savoir si le comité d'initiative a souhaité remettre le « *pouvoir* » de mettre en œuvre le transfert des actifs immobiliers visés par l'IN 168 entièrement dans les mains de la CPEG, l'Etat étant réduit à un simple « *exécutant* » d'une telle requête, ou est-ce que l'Etat « *a son mot à dire* » dans tout ce processus, en amont ou en aval de la requête.
218. Dans la première hypothèse, contrairement à la seconde, le Conseil d'Etat arriverait à la conclusion qu'une telle solution serait contraire à l'article 57, alinéa 1 Cst-GE, dans la mesure où elle reviendrait, « *par effet ricochet* », à lui enjoindre de transférer un actif immobilier dès qu'il deviendrait déterminable de par la demande de la CPEG, et par là, empièterait sur ses compétences.
219. Il sied donc de regarder si la lecture de l'article 25A, alinéa 3 permet de dégager une interprétation univoque du texte de cette disposition.
220. Tel n'est pas le cas.
221. En effet, cet alinéa réserve tout d'abord les terrains et droits à bâtir que l'Etat souhaiterait attribuer à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique ou équivalents, ce qui laisse entrevoir un certain pouvoir décisionnel de l'Etat.
222. Par ailleurs, il ressort de ce même alinéa que les initiants, bien que voulant mettre la priorité sur les terrains situés dans le secteur PAV et destinés au logement (hors HBM), sont conscients que ces terrains ne seront pas forcément disponibles pour la construction de logement au moment de l'entrée en vigueur hypothétique de cette disposition, dans la mesure où ils ont précisé « *une fois rendus disponibles pour la construction de logements* ».
223. Par ailleurs, l'article 25A, alinéa 3 prévoit que la cession doit intervenir « *dans les limites de l'alinéa 5* ». Or, dans le cadre de l'alinéa 5, on voit que tant qu'il n'existe pas suffisamment de terrains constructibles ou de droits à bâtir pour atteindre la capitalisation nécessaire selon les lois fédérale et cantonale, ainsi que les alinéas 1 et 2, ou si la part de l'immobilier dans la fortune globale de la CPEG dépasse 45%, toujours dans le respect de l'article 71, alinéa 1 de la loi fédérale, l'Etat procède à la capitalisation, en tout ou partie, sous d'autres formes, par exemple sous forme de « *prêt simultané* ». Si de tels terrains ou droits à bâtir se libèrent ensuite, ils seront, en principe, proposés à la CPEG. A la demande de celle-ci, l'Etat lui rembourse alors par anticipation, autant que nécessaire et en tout ou partie, le ou les prêts accordés depuis la publication de l'IN 168 dans la FAO.
224. Sur cette base, le Conseil d'Etat estime qu'il faut utiliser d'autres techniques d'interprétation, en complément à l'interprétation littérale, pour dégager le sens de ces deux alinéas, leur articulation, et *in fine*, le pouvoir éventuel de l'Etat dans le processus de transfert.
225. Il semble nécessaire et opportun de remettre l'IN 168 dans son contexte.
226. En effet, ainsi que cela ressort des travaux de la commission des finances chargée d'étudier le PL 12228, M. Christian DANDRÈS, premier signataire dudit PL et également mandataire du comité d'initiative de l'IN 168, a expliqué que « *le Conseil d'Etat [indiquait]*

*ne pas disposer aujourd'hui de terrains en suffisance pour recapitaliser la Caisse au niveau requis. Avec le mécanisme du prêt croisé qui est repris dans l'initiative et le PL 12228, la capitalisation de la CPEG pourrait se faire dans un horizon de dix voire vingt ans, ce qui est raisonnable au regard du calendrier imposé par la loi » (PL 12228-A, p. 194).*

227. Lors de son audition par la commission des finances chargée d'étudier le PL 12228, Me Romolo Molo, qui est également le remplaçant du mandataire du comité d'initiative de l'IN 168, a quant à lui indiqué clairement que pendant 10 ou 20 ans, les terrains du PAV (dont il faut rappeler qu'ils sont censés être utilisés de manière prioritaire aux fins de recapitalisation conformément à l'alinéa 3), ne seraient pas constructibles (PL 12228-A, p. 220). Il a également déclaré : *« Durant les 10 ou 20 premières années, il n'y a pas de différence entre le système des deux projets de lois [PL 12228 et PL 12188]. La liberté de placement est ainsi la même avec la moitié de l'argent que la CPEG aura reçu durant ces 20 ans. Ensuite, les terrains arriveront. »* (PL 12228-A, p. 228).
228. M. Christian DANDRÈS avait également indiqué, s'agissant du prêt simultané et de l'horizon temporel du PAV : *« Evidemment, la période de réalisation du PAV est sur un temps long, mais c'est aussi le cas pour les objectifs prévus par les articles 28 et 29 de la loi sur la CPEG, puisque cela va jusqu'en 2052. Par ailleurs, il y a de toute façon le mécanisme de prêt simultané qui fait qu'il n'y a pas de problème en regard du droit fédéral pour atteindre les échéances prévues par la loi puisque l'idée est de faire une capitalisation immédiate »* (PL 12228-A, p. 1999).
229. Dès lors, cela implique qu'aux fins de recapitalisation, il faudra, de manière certaine, faire appel, dans l'intervalle, au prêt simultané dans le cadre du PL 12228 (PL 12228-A, p. 220 ; voir également p. 228), et par voie de conséquence et de manière analogique, en application de l'article 25A, alinéa 5 susmentionné, aux *« autres formes »* de recapitalisation, par exemple le *« prêt simultané »* dans le cadre de l'IN 168.
230. C'est ce qu'explique également le Conseil d'Etat dans son rapport de prise en considération, lorsqu'il indique que de manière générale, *« les terrains en mains du canton ne sont à ce jour guère valorisables, ni à brève échéance ni à moyenne échéance »*, *« En particulier les terrains situés dans le secteur Praille-Acacias-Vernets (PAV) »*, et qu'à *« l'exception du site de la caserne des Vernets, dont les investisseurs ont déjà été désignés et où 1'500 logements seront créés au cours de la législature 2018-2023, la mutation urbaine du PAV nécessitera plusieurs décennies »*, et que *« l'entier de la recapitalisation requise par l'initiative devra donc passer par les mêmes mécanismes que le projet de loi du Conseil d'Etat »*, soit, possiblement, par un *« prêt simultané »*.
231. Force est dès lors de constater qu'au vu du contexte, les initiants souhaitaient poser le principe d'une recapitalisation par l'apport de terrains et de droits à bâtir (alinéa 3), tout en étant conscients que, en pratique, d'autres formes de recapitalisation seraient nécessaires au vu de la situation particulière des terrains actuellement en mains de l'Etat, et notamment des terrains du PAV destinés au logement (hors HBM) (alinéa 5).
232. Au demeurant, il apparaît que pratiquement toutes les dernières recapitalisations de caisses de prévoyances publiques cantonales ont fait l'objet d'un prêt simultané (PL 12228-A, p. 40). Ce mécanisme est également prévu, comme indiqué, dans le PL 12228, dont le premier signataire est le mandataire du comité d'initiative de l'IN 168, et dans le PL 12188 du Conseil d'Etat.
233. Dans le cadre des travaux de commission sur le PL 12228, il ressort que le Conseil d'Etat a également considéré que ce qui paraissait intéressant dans l'IN 168, c'était de dire que même si dans l'immédiat, des actifs immobiliers ou des droits à bâtir n'étaient pas disponibles pour la recapitalisation, il pourrait être procédé à un prêt croisé tel qu'il était

envisagé par le Conseil d'Etat, et que par contre, dès que des actifs immobiliers seraient disponibles, on pourrait remplacer par des actifs immobiliers cette recapitalisation à travers un prêt croisé (Audition de M. Antonio Hodgers, Conseiller d'Etat du DALE, PL 12228-A, p. 100).

234. Or, conformément à l'article 25A, alinéa 5, « *si de tels terrains ou droits à bâtir se libèrent ensuite, ils seront, en principe, proposés à la CPEG* ». Force est dès lors de constater que l'Etat a le pouvoir, en vertu de cette disposition, de proposer des terrains ou droits à bâtir à la CPEG, et qu'il n'est ainsi pas soumis au bon vouloir de cette dernière (voir *supra* ch. 217-218).
235. Il ressort de cet exercice, et cela ressortira également au fur et à mesure de l'examen ci-après des diverses dispositions de l'article 25A nouveau, que même si l'on comprend bien, globalement, les intentions du comité d'initiative, le texte de l'article 25A nouveau, tel que rédigé, implique d'intenses exercices d'interprétation. Ainsi, au vu du caractère très « *programmative* » de cette disposition, il est légitime de se demander s'il n'aurait pas été peut-être préférable, vu le contexte très particulier et incertain qui entoure l'IN 168, de lancer une initiative non formulée, qui aurait pu être concrétisée par le Grand Conseil.
236. Le Conseil d'Etat est ainsi conscient que cette interprétation le mène probablement aux limites de ce que peuvent permettre les techniques d'interprétation des initiatives législatives formulées.
237. En tout état de cause, au vu des principes jurisprudentiels et doctrinaux exposés plus haut, dans la mesure où, parmi deux interprétations possibles, une interprétation conforme peut être donnée à l'article 25A, alinéa 3, et afin de préserver autant que possible les droits populaires et le souhait exprimé des citoyens ayant signé cette initiative, le Conseil d'Etat conclura que cette disposition est conforme au principe de la séparation des pouvoirs, et partant, au droit supérieur.

c) Conformité au droit supérieur – autonomie de la CPEG versus autorisation d'aliénation (art. 25A, al. 3, *in limine*)

238. L'ASFIP a relevé que la CPEG « *doit pouvoir conserver l'entière maîtrise des biens qu'elle acquiert dans le cadre de la gestion de ses actifs. Ainsi, s'il devait s'avérer que les biens cédés par l'Etat devaient être grevés de conditions restreignant la libre propriété de la CPEG, notamment son droit de revente à des tiers, il est important de préciser que la CPEG ne pourrait en aucun cas être contrainte d'accepter de tels biens.* ».
239. Il convient dès lors d'examiner si le texte de l'initiative contrevient à la compétence de la Caisse, et partant, au droit fédéral, sur ce point.
240. De prime abord, on ne voit pas en quoi la disposition litigieuse, prise pour elle-même, pourrait avoir cet effet.
241. Toutefois, il ressort des éléments du droit fédéral exposés ci-dessus (voir *supra* ch. 90-91) que l'organe suprême de l'institution de prévoyance, soit le comité de la CPEG, assume, entre autre, les tâches intransmissibles et inaliénables consistant à :
- définir les objectifs et principes en matière d'administration de la fortune, d'exécution du processus de placement et de surveillance de ce processus ; et
  - contrôler périodiquement la concordance à moyen et long termes entre la fortune placée et les engagements.

242. La CPEG est ainsi responsable de la gestion des placements et doit choisir, gérer et contrôler soigneusement les placements qu'elle opère, à l'aune des principes de (voir *supra* ch. 95ss) :
- sécurité de placements ;
  - rendement raisonnable ;
  - répartition appropriée des risques ; et
  - couverture des besoins prévisibles de liquidités.
243. S'agissant plus spécifiquement des besoins prévisibles de liquidités, le droit fédéral demande aux institutions de prévoyance de tenir compte de la négociabilité de chaque placement (voir *supra* ch. 95ss).
244. Or, conformément à l'article 98 Cst-GE, le Grand Conseil doit approuver par voie législative l'aliénation de tout immeuble propriété de l'Etat ou d'une personne morale de droit public à des personnes physiques ou morales autres que les personnes morales de droit public.
245. Cette disposition s'applique à la CPEG, en sa qualité de personne morale de droit public (cf. art. 2, al. 1 LCPEG). Cela a pour conséquence que pour pouvoir se dessaisir, en faveur d'une personne physique ou morale autre que les personnes morales de droit public, d'un immeuble qui lui aurait été transféré, la CPEG devrait y être autorisée par le Grand Conseil, par le biais d'une loi.
246. Force est de constater que les exigences du processus parlementaire ne permettraient pas la même négociabilité que pour d'autres immeubles n'étant pas soumis à cette exigence.
247. Cette question et ses implications avaient déjà été débattues, aussi bien pendant les travaux de l'Assemblée constituante que lors des travaux préparatoires de la LCPEG.
248. Ainsi, lors des travaux de l'Assemblée constituante, un amendement proposait de supprimer la référence, dans la constitution genevoise, à l'aliénation d'immeubles propriété d'une personne morale de droit public, et donc l'obligation d'autorisation, par le Grand Conseil, d'une telle aliénation (Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome XXII, Session n° 46 du 2 février 2012, p. 11243ss, notamment 11246 et 11248-11249). Cet amendement avait été expressément refusée, au regard, en particulier, du cas de la vente d'immeubles par un des deux ancêtres de la CPEG, la CIA, l'Assemblée constituante souhaitant maintenir le contrôle, par le Grand Conseil, des immeubles des personnes morales de droit public (Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome XXII, Session n° 46 du 2 février 2012, p. 11243ss, notamment 11246 et 11248-11249).
249. Par ailleurs, il avait été proposé, au stade des travaux de la commission (sans vote au 3<sup>ème</sup> débat), d'introduire un article spécifique (66B nouveau) concernant l'aliénation d'immeubles par la CPEG, pour permettre à cette dernière d'éviter de devoir repasser devant le Grand Conseil pour chaque objet (un arrêté du Conseil d'Etat étant suffisant). Cet article visait plus spécifiquement, à l'époque, une trentaine de villas occupées dont le rendement était de 5% (PL 10847-A, p. 222/811). Cet article n'avait finalement pas été proposé en plénière.
250. L'observation de l'ASFIP amène à la question de savoir si, indirectement, la recapitalisation de la CPEG par le biais d'une cession de terrains constructibles ou de droits à bâtir pourrait entraver cette dernière dans ses tâches intransmissibles et inaliénables.
251. Il n'est pas certain que la question de la primauté du droit fédéral doit s'appliquer « *par ricochet* », lorsque ce n'est pas tant la clause incriminée qui violerait le droit fédéral mais

les effets potentiels de la clause en raison d'une autre disposition légale. En tout état de cause, il convient d'examiner cette question, dans la mesure où l'inaliénabilité est une « *qualité* » inhérente aux terrains envisagés au titre de recapitalisation.

252. Il sied de rappeler tout d'abord que la constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012, s'est vue accorder la garantie fédérale. Le Conseil fédéral a expliqué dans ce cadre que « *tous les articles de cette constitution sont conformes au droit fédéral ou peuvent être interprétés de manière à ne pas entraîner de conflit avec le droit fédéral* » (Conseil fédéral, communiqué du 13 novembre 2013, <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2013/2013-11-130.html> [consulté en ligne le 15 mai 2018]).
253. Par ailleurs, l'article 25A nouveau de l'IN 168 prévoit que l'Etat cède les terrains constructibles ou des droits à bâtir à la demande de la CPEG.
254. De même, dans l'hypothèse où l'Etat procéderait à la capitalisation, en tout ou partie, sous d'autres formes, par exemple sous forme de « *prêt simultané* », et que les terrains ou droits à bâtir visés par l'IN 168 se libèreraient ensuite, ils seraient, en principe, proposés à la CPEG. A la demande de celle-ci, l'Etat lui rembourserait alors par anticipation, autant que nécessaire et en tout ou partie, le ou les prêts accordés.
255. Ainsi, selon le texte de l'initiative, c'est la CPEG qui peut décider si elle souhaite recevoir les terrains constructibles ou les droits à bâtir proposés par l'Etat (« *à la demande de la CPEG* »). Cette dernière peut donc décider si un tel investissement est compatible avec les règles de gestion auxquelles elle est soumise, en tenant compte de la négociabilité particulière, du point de vue temporel, de ces actifs sur une optique de court, moyen, long terme, au regard du reste de ses investissements.
256. En tout état de cause, l'étude 2016 des caisses de pensions publiques romandes, de la division actuariat et développement des retraites populaires, relève que la CPEG détient d'ores et déjà 275 immeubles ([https://www.retraitespopulaires.ch/sites/default/files/files-document/2017-10/Analyse-resultats-2016-caisses-pension-publiques-romandes\\_0.pdf](https://www.retraitespopulaires.ch/sites/default/files/files-document/2017-10/Analyse-resultats-2016-caisses-pension-publiques-romandes_0.pdf) [consulté en ligne le 15 mai 2018]).
257. C'était déjà le cas en 2015 (<https://www.retraitespopulaires.ch/sites/default/files/files-document/2016-11/analyse-resultats-2015-caisses-pension-publiques-romandes.pdf> [consulté en ligne le 15 mai 2018]), alors qu'en 2014 elle en détenait 274 (<https://www.retraitespopulaires.ch/sites/default/files/files-document/2016-11/analyse-resultats-2014-caisses-pension-publiques-romandes.pdf> [consulté en ligne le 15 mai 2018]).
258. Ces immeubles revêtent la même caractéristique inhérente de négociabilité particulière que ceux visés par l'IN 168. Force est donc de constater que la CPEG arrive à gérer sa fortune sur le court, moyen, long terme, malgré cette caractéristique.
259. Il sied d'ailleurs de relever dans ce cadre que la CPEG a été distinguée cet automne à Zurich dans le cadre des Alternative Investments Institute Awards, décernés par un éditeur s'adressant aux investisseurs institutionnels. La Caisse a ainsi reçu le prix annuel 2017 de la « *meilleure utilisation de l'immobilier dans l'allocation d'actifs* » dans une catégorie regroupant l'Allemagne, l'Autriche et la Suisse ([https://www.cpeg.ch/wp-content/uploads/2013/10/CPEG-INFO-8\\_-2017-12\\_p.4\\_5.pdf?timestamp=1527576881](https://www.cpeg.ch/wp-content/uploads/2013/10/CPEG-INFO-8_-2017-12_p.4_5.pdf?timestamp=1527576881) [consulté en ligne le 29 mai 2018]).
260. Par conséquent, le Conseil d'Etat arrive à la conclusion que l'article 25A, alinéas 3 et 5 de l'IN 168 ne sont pas contraires au droit supérieur, en ce sens qu'il est possible de les interpréter conformément aux exigences d'autonomie et d'indépendance des institutions de prévoyance prévues par le droit fédéral.



d) Conformité au droit supérieur – autonomie de la CPEG versus autres lois réservées par l'IN 168 (art. 28A, al. 3, *in fine*)

261. L'ASFIP a indiqué que cet alinéa réserve différentes lois cantonales liées au domaine public et au logement, et que sur la seule base de l'alinéa susmentionné, il était difficile de comprendre si l'autonomie et l'indépendance de la CPEG, dans le cadre de l'administration de sa fortune notamment (libre droit de revente des biens cédés par l'Etat par exemple) seraient respectées.
262. La question du droit de revente a déjà été analysée (cf. *supra* ch. 238ss). Il sied donc d'examiner si le fait que l'IN 168 réserve notamment les lois de modification des limites de zones porte atteinte à l'autonomie et l'indépendance de la CPEG et partant, au droit fédéral.
263. Les lois de modification de zone visées par l'IN 168 sont :
- la loi 10788, du 23 juin 2011, relative à l'aménagement du quartier « *Praille-Acacias-Vernets* », modifiant les limites de zones sur le territoire des Villes de Genève, Carouge et Lancy (création d'une zone 2, de diverses zones de développement 2, d'une zone de verdure et d'une zone de développement 2 prioritairement affectée à des activités mixtes) ; et de
  - la loi 12052, du 23 février 2018, modifiant la loi 10788 relative à l'aménagement du quartier « *Praille-Acacias-Vernets* », modifiant les limites de zones sur le territoire des Villes de Genève, Carouge et Lancy (création d'une zone 2, de diverses zones de développement 2, d'une zone de verdure et d'une zone de développement 2 prioritairement affectée à des activités mixtes), acceptée en votation populaire le 10 juin 2018.
264. Ces deux lois prévoient toutes deux des critères et des pourcentages relatifs aux catégories de logements à construire, soit :

***loi 10788***

- les logements construits dans le périmètre du quartier PAV sont des appartements à louer ;
- à l'échelle de l'ensemble du périmètre, deux tiers des logements sont des logements d'utilité publique ;
- à l'échelle de l'ensemble du périmètre, la moitié des logements sont soumis au régime de l'article 16 de la loi générale sur le logement et la protection des locataires, du 4 décembre 1977, étant précisé que 22% des logements réalisés sont des logements de la catégorie HBM.

***loi 12052***

- les logements construits sont des logements en droit de superficie, dont une part minimale de 88% à louer, et une part maximale de 12% de logements, toujours en droit de superficie, pouvant notamment comprendre des logements en propriété par étages. Dans ces cas, les conditions d'octroi, de transfert et de renouvellement des droits de superficie proscrivent toute spéculation tout en préservant les droits économiques légitimes des superficiaires ;
- à l'échelle de l'ensemble du périmètre, une part minimale de 62% de logements d'utilité publique, sur toute la durée des droits de superficie ;
- à l'échelle de l'ensemble du périmètre, une part minimale de 24% des logements réalisés sur des parcelles propriété de l'Etat, d'une commune ou d'une fondation de droit public et en zone de développement sont des logements de la catégorie HBM au

sens de l'article 16, alinéa 1, lettre a de la loi générale sur le logement et la protection des locataires, du 4 décembre 1977.

265. Toutefois, à rigueur de texte, force est de constater que les critères et pourcentages susmentionnés ne devraient pas s'appliquer, à la CPEG.

En effet :

- la loi 10788 utilise les termes de « *collectivité publique, au sens de l'article 80A de la constitution de la République et canton de Genève, du 24 mai 1847* » (aCst-GE) ;

or, l'article *in extenso* de l'ancienne constitution de la République et canton de Genève précisait : « *L'aliénation des immeubles qui sont propriété privée de l'Etat, de collectivités publiques, d'établissements publics, ou de fondations de droit public à des personnes morales ou physiques autres que des collectivités publiques, des établissements publics ou des fondations de droit public est soumise à l'approbation du Grand Conseil.* » ;

force est dès lors de constater que la CPEG ne remplit pas les critères de la « *collectivité publique au sens de l'article 80A aCst-GE* » ;

- la loi 12052 quant à elle fait référence aux « *parcelles propriété de l'Etat, d'une commune ou d'une fondation de droit public* » ;

or, la CPEG, en sa qualité d'établissement de droit public, ne rentre dans aucune de ces catégories ;

- de même, l'article 4B de la loi générale sur les zones de développement, du 29 juin 1957 (LGZD ; L 1 35), modifié par la loi 12052, fait lui aussi référence aux « *parcelles propriété de l'Etat, d'une commune ou d'une fondation de droit public* » ; cela amène la même remarque que ci-dessus.

266. Au vu de ce qui précède, force est de constater que la CPEG n'est pas tenue de respecter les pourcentages de catégories de logement prévus dans les lois précitées. Son autonomie n'est dès lors pas affectée dans ce cadre.

267. S'agissant de la LGZD et de la LGL, on peut relever qu'elles s'appliquent déjà depuis longtemps (1957, respectivement, 1977) ; la CPEG, détentrice d'environ 275 immeubles, est familière avec ces dernières. Dans ce cadre, on peut relever que la CPEG va réaliser par exemple 218 logements dans le cadre du projet Les Sciers, parmi lesquels 120 logements locatifs non-subsventionnés en zone de développement (ZDloc), 69 logements en habitation mixte (HM) et 29 logements d'utilité publique (LUP) (<https://www.cpeg.ch/parc-immobilier/projets-en-cours/sciers-plan-ouates> [consulté en ligne le 22 mai 2018]). De plus, l'IN 168 ne modifie pas ces lois.

268. Par ailleurs, comme déjà souligné, la CPEG reste libre d'accepter les terrains que lui propose l'Etat. Son autonomie n'est dès lors pas impactée par le fait que l'IN 168 réserve la LGZD et la LGL, les lois de modification de zone susmentionnées et partant, la délimitation, l'affectation et les principes d'aménagement par secteurs fixés par ces mêmes lois, et de manière plus générale, les autres lois cantonales et le droit fédéral.

269. Le Conseil d'Etat considère donc que l'article 25A, alinéa 3 *in fine* est conforme au droit supérieur.

270. Nous reviendrons toutefois sur cet alinéa à la fin du présent arrêté, sous un autre angle, en relation avec l'examen final de l'unité de la matière et la garantie du droit de vote (voir *infra*, J., ch. 332ss).

- e) Principe de la clarté (clarté linguistique) – principe de la légalité (clarté normative) – conformité au droit supérieur – valeur inscrite au bilan
271. La CPEG a relevé que cet alinéa ne mentionnait pas que la cession avait lieu à titre gratuit, mais indiquait en revanche qu'elle intervenait « à la valeur inscrite au bilan ». Elle comprenait donc que la cession aurait lieu à titre onéreux et impliquerait le paiement par la Caisse de la valeur inscrite au bilan, ce qui aurait pour effet que le transfert n'augmenterait pas le taux de couverture de la Caisse dès lors que des liquidités versées à l'Etat par cette dernière seraient remplacées à l'actif du bilan par des actifs immobiliers.
272. En l'espèce, il apparaît tout d'abord que les termes utilisés respectent la clarté linguistique, dans la mesure où cet alinéa ne contient pas de formulations incohérentes ou contradictoires, ni des termes incompréhensibles, linguistiquement parlant (voir *supra* chapitre G). Le principe de la clarté linguistique est ainsi respecté.
273. S'agissant de la densité normative, si l'on replace cet alinéa dans l'objectif de l'IN 168, qui est celle d'amener l'Etat à fournir un financement complémentaire suffisant à la CPEG pour permettre le maintien des prestations de prévoyance à un certain niveau, cela permet de comprendre que la cession des terrains ou droits à bâtir revêtirait la qualité d'un apport en nature, effectué en alternative à un remboursement en espèces du prêt simultané. Un tel transfert aurait donc pour effet de réduire la dette de l'Etat, à due concurrence de la valeur du bien.
274. Si tel n'était pas le cas, on se retrouverait dans la situation décrite par la CPEG, à savoir une situation où le transfert n'aurait pas pour effet d'augmenter le taux de couverture de la CPEG, dès lors que des liquidités versées à l'Etat par cette dernière seraient remplacées à l'actif du bilan par des actifs immobiliers.
275. A toutes fins utiles, il sera rappelé qu'une partie de la recapitalisation de la CIA effectuée par l'Etat dans le cadre de la fusion de cette dernière avec la CEH l'avait été par le biais d'un apport en nature. L'Etat avait ainsi transféré un ensemble de terrains, d'immeubles, de villas et un parking à la CIA. La part pour l'Etat de la recapitalisation représentait environ 763 millions de francs, le solde étant assumé par d'autres entités affiliées à la CIA. Une partie de cette somme – 166 millions de francs – a donc été transférée à la caisse de pension sous forme d'actifs immobiliers (source : République et canton de Genève, Rapport sur les comptes individuels 2013, p. 33).
276. L'interprétation ci-dessus est d'ailleurs confirmée par le comité d'initiative, qui se réfère au projet de loi du Conseil d'Etat (PL 12188, qui prévoit des apports en nature pour le remboursement du prêt à son article 75, alinéa 5), en indiquant que « *Les apports en nature comprennent des terrains, comme il en a été lors de l'adoption de la LCPEG* », et que « *Si les terrains ou droits à bâtir devaient être transférés par l'Etat ou par la Fondation PAV – dans l'hypothèse où le Grand Conseil jugeait opportun de créer cette dernière -, la valeur marchande nette cédée par l'Etat ou par cette dernière à la CPEG viendrait en déduction de la dette de l'Etat envers la CPEG* ».
277. Cette dernière remarque amène le Conseil d'Etat à se poser également la question de la conformité au droit supérieur de la mention de la cession « à la valeur inscrite au bilan ». En effet, dans le cadre de l'autonomie conférée à la CPEG par le droit fédéral en matière de gestion de la fortune, et donc, de placements, la CPEG devrait pouvoir déterminer la valeur des biens qu'elle se verrait, par hypothèse, transférer. Ainsi, force est de constater qu'il ne serait pas possible d'imposer des valeurs de transfert à la CPEG.
278. De ce fait, il est possible de conclure que l'article 25A, alinéa 3 respecte l'autonomie de la CPEG dans ce cadre, et partant, le droit supérieur, en considérant que dans les livres de l'Etat, ce qui sera la référence, c'est la valeur nette comptable (« *valeur inscrite au bilan de l'Etat* »), mais que la CPEG reprendrait ces actifs à une valeur de marché (voir, par analogie, PL 12228-A, p. 535).

279. Il sied de préciser encore le paragraphe qui précède, dans la mesure où le comité d'initiative indique, dans son dernier courrier du 24 mai 2018, qu'il faut distinguer la valeur inscrite au bilan de l'Etat de la valeur marchande des biens immobiliers au moment du transfert, et que « [s]eule une éventuelle différence positive serait considérée comme remboursement de la dette ».
280. Au vu de cette indication, le Conseil d'Etat comprend que :
- des terrains constructibles ou des droits à bâtir seraient proposés à la CPEG par l'Etat à titre onéreux à la valeur inscrite au bilan ;
  - la CPEG serait libre d'accepter ou non lesdits terrains ou droits à bâtir ;
  - la CPEG valoriserait ces terrains constructibles ou droits à bâtir à la valeur de marché ;
  - une éventuelle différence positive entre la valeur inscrite au bilan et la valeur de marché serait considérée comme remboursement de la dette.
281. Cela impliquerait donc que :
- si la valeur inscrite au bilan était égale à la valeur de marché, alors la CPEG pourrait acheter ces terrains constructibles ou droits à bâtir, mais cela n'aurait pas d'influence sur la dette de l'Etat envers la CPEG ;
  - si la valeur inscrite au bilan était supérieure à la valeur de marché, alors la CPEG refuserait d'acheter les terrains constructibles ou droits à bâtir proposés par l'Etat.
282. C'est ce qui est également ressorti des travaux de la commission des finances chargée d'étudier le PL 12228, dans la mesure où il a été expliqué dans ce cadre qu'il y aurait « forcément un dialogue qui [devrait] s'établir entre la caisse et l'Etat pour négocier de la valorisation réelle qui [serait] prise en compte dans les comptes de la CPEG » (PL 12228-A, p. 326).

❖ **Article 25A, alinéa 4**

a) Le texte de l'IN 168

283. L'initiative prévoit ce qui suit :

<sup>4</sup> *Si la cession a lieu par l'intermédiaire de la Fondation PAV ou de toute entité publique, celle-ci peut transférer à la CPEG les charges, impenses et frais résultant de son activité.*

b) Principe de la clarté (clarté linguistique) – principe de la légalité (clarté normative)

284. L'ASFIP a relevé que les raisons et le bien-fondé du transfert des charges, impenses et frais résultant de l'activité d'une entité publique à la CPEG ne sont pas clairs et qu'aucune explication ne figure à ce sujet dans l'initiative.
285. En l'espèce, il apparaît tout d'abord que les termes utilisés respectent la clarté linguistique, dans la mesure où cet alinéa ne contient pas de formulations incohérentes ou contradictoires, ni des termes incompréhensibles, linguistiquement parlant (voir *supra* chapitre G). Le principe de la clarté linguistique est ainsi respecté.
286. S'agissant de la densité normative, il sied de rappeler liminairement qu'au moment où l'initiative a été lancée, la loi 12059 sur la Fondation Praille-Acacias-Vernets (LFPAV), du 1<sup>er</sup> février 2017, était pendante devant le Grand Conseil. Cette loi prévoyait la constitution d'une fondation de droit public, sous le nom de « *Fondation PAV (Praille-Acacias-Vernets)* » (ci-après : FPAV), qui aurait pour but de contribuer à la création du quartier PAV.

287. Le capital de dotation de la fondation était censé être constitué de l'apport des immeubles figurant en annexe de la loi (PAV et hors PAV), pour une valeur totale de 600 millions de francs de fonds (voir art. 2, al. 1 PL 12059).
288. La FPAV avait pour mission principale de libérer les biens-fonds sis dans le périmètre PAV pour les mettre à disposition des développements prévus dans les plans d'affectation PAV (voir art. 3, al. 1 PL 12059). Cette activité impliquait des charges (voir par exemple PL 12059, exposé des motifs, p. 34) et des impenses (voir par exemple PL 12059, exposé des motifs, p. 42).
289. Invité à faire part de ses observations sur la question de la clarté et la densité normative de cette disposition, s'agissant du transfert, par la Fondation PAV ou toute entité publique, à la CPEG, des charges, impenses et frais résultants de son activité, le comité d'initiative a expliqué que les charges, impenses et frais correspondaient aux coûts nécessaires pour la libération des parcelles. C'est précisément cette activité qui permettrait, par hypothèse, de rendre les terrains visés par l'article 25A, alinéa 3, disponibles pour la construction.
290. Le PL 12059 a finalement été refusé en séance plénière du Grand Conseil ; un nouveau projet de loi 12285, du 6 mars 2018, est toutefois actuellement pendant devant la commission de l'aménagement.
291. Force est dès lors de conclure qu'il est possible de comprendre, lorsque l'on se replace dans le cadre temporel de l'initiative :
- la raison pour laquelle il est fait référence à une cession par l'intermédiaire de la FPAV ou de toute autre entité publique, qui aurait été hypothétiquement dotée, préalablement à l'entrée en vigueur de la disposition proposée par l'IN 168, des terrains auxquels l'article 25A, alinéa 3 fait référence (en tout ou partie) ; et
  - les raisons pour lesquelles il est également fait référence aux charges, impenses et frais de la FPAV ou d'une autre entité publique, en tant qu'activité permettant de rendre les terrains « *constructibles* », soit disponibles pour la construction, au sens de l'article 25A nouveau, alinéas 3 et 5.
292. Partant, le Conseil d'Etat considère que cette disposition respecte le principe de légalité et de clarté normative.

❖ **Article 25A, alinéa 5**

a) Le texte de l'IN 168

293. L'initiative prévoit ce qui suit :

*<sup>5</sup> Tant qu'il n'existe pas suffisamment de terrains constructibles ou de droits à bâtir pour atteindre la capitalisation nécessaire selon les lois fédérale et cantonale ainsi que les alinéas 1 et 2, ou si la part de l'immobilier dans la fortune globale de la CPEG dépasse 45%, toujours dans le respect de l'article 71, alinéa 1 de la loi fédérale, l'Etat procède à la capitalisation, en tout ou partie, sous d'autres formes, par exemple sous forme de « prêt simultané ». Si de tels terrains ou droits à bâtir se libèrent ensuite, ils seront, en principe, proposés à la CPEG. A la demande de celle-ci, l'Etat lui rembourse alors par anticipation, autant que nécessaire et en tout ou partie, le ou les prêts accordés depuis la publication du lancement de la présente initiative dans la FAO.*

b) Conformité au droit supérieur – autonomie de la CPEG versus 45% de placements immobiliers

294. L'ASFIP a relevé que « le fait que l'article 25A proposé par l'initiative se réfère à une hypothèse de part de placements immobiliers de 45%, non réalisée à ce jour (la limite

*actuelle des placements immobiliers de la CPEG s'élève à 36% au maximum) porte à confusion. La CPEG doit conserver toute son autonomie et son indépendance dans le cadre de la gestion de ses actifs et doit rester libre de fixer la part maximale de sa fortune globale qui peut être placée dans des placements immobiliers (art. 71 LPP). De ce fait, cet alinéa ne devrait pas indiquer un pourcentage, mais faire référence à la part maximale de la fortune globale de la CPEG en termes de placements immobiliers. ».*

295. Il convient dès lors d'examiner si le texte de l'initiative contrevient à l'autonomie et l'indépendance de la CPEG, et partant, au droit fédéral, sur ce point.
296. Comme cela a été exposé ci-dessus (voir *supra* ch. 111), le droit fédéral prévoit qu'en principe, la part maximale de la fortune globale qui peut être placée dans les placements immobiliers est de 30%. Il réserve toutefois également la possibilité d'étendre ce pourcentage, si le règlement de l'institution de prévoyance le prévoit et si cette dernière prouve de façon concluante dans l'annexe aux comptes annuels qu'elle respecte les quatre principes cardinaux évoqués à l'article 50, alinéas 1 à 3 OPP2.
297. Le règlement de la CPEG et son annexe prévoient expressément la possibilité d'étendre ce pourcentage à 36% (voir *supra* ch. 113).
298. Cette compétence revient toutefois à l'institution de prévoyance concernée, et il ne serait pas admis qu'un tiers lui impose un tel pourcentage, étant précisé qu'en tout état de cause, l'autorité de surveillance peut prendre des mesures allant jusqu'à l'exigence d'une adaptation du placement de la fortune, si les conditions pour l'extension en question ne sont pas remplies (voir *supra* ch. 99).
299. En effet, au-delà de la compétence décisionnelle pure, se poserait de toute façon la question du respect du principe de diversification des risques, à un tel taux, que ce soit en matière de type d'investissement (immobilier) qu'en matière de concentration géographique, soit « *au mieux* », le canton de Genève, et « *au pire* », un seul quartier prédominant (PAV).
300. En tout état de cause, il faut relever qu'à rigueur de texte, le pourcentage de 45% est lié à ce qu'on pourrait appeler le « *mécanisme de déclenchement* » des autres formes de recapitalisation par l'Etat, par exemple sous forme de prêt.
301. Par conséquent, ce pourcentage n'implique aucune obligation pour la CPEG d'investir dans l'immobilier à concurrence de 45% de sa fortune.
302. Cette conclusion vaut d'autant plus que, comme déjà indiqué, selon le texte de l'initiative, c'est la CPEG qui peut décider si elle souhaite recevoir les terrains constructibles ou les droits à bâtir proposés par l'Etat (« *à la demande de la CPEG* »), au titre de recapitalisation ou de remboursement d'un prêt croisé qui aurait été accordé. Cette dernière peut donc décider si un tel investissement est compatible avec les règles de gestion auxquelles elle est soumise, sous l'angle, notamment de la diversification des risques.
303. Le Conseil d'Etat considère donc que l'article 25A, alinéa 5 *in fine* est conforme au droit supérieur.

c) Conformité au droit supérieur – but de la CPEG versus rendement raisonnable

304. Comme cela a été rappelé par l'ASFIP, le but de la CPEG, comme celui de toute institution de prévoyance, est d'assurer la prévoyance professionnelle de ses assurés, en couvrant les risques vieillesse, survivants et invalidité.
305. Conformément au droit fédéral et au droit cantonal, la CPEG doit, dans ce cadre, placer sa fortune de manière à obtenir un rendement raisonnable (art. 71 LPP), respectivement, un rendement correspondant au moins au taux technique (art. 36 LCPEG).

306. Interrogé sur la question du rendement, le comité d'initiative a relevé que l'IN 168 permettrait à la CPEG de réaliser, sur les terrains cédés ou au bénéfice de droits à bâtir, tous types de logements, à l'exception de ceux relevant de la catégorie HBM ; cette limite permettrait d'éviter que la CPEG n'obtienne pas de rendements raisonnables. Par ailleurs, dans le cadre de son autonomie de gestion, la CPEG serait libre, à chaque fois que des terrains ou des droits à bâtir lui seraient proposés, de refuser lesdits terrains ou droits à bâtir, si elle devait estimer plus avantageux pour elle de recevoir l'intérêt convenu sur le montant de sa créance résiduelle. Enfin, s'agissant de logements soumis à la LGZD ou à la LGL (hors HBM), les taux de rendement admis par l'Etat se situent actuellement au-dessus de 3.5% (cf. pratique administrative de l'Office du logement et de la planification foncière PA/SI/004.04 Taux de rendement nets admis en fonction du type de financement).
307. Le comité de la CPEG a indiqué pour sa part que l'étude de congruence actifs/passifs (ALM) déterminera l'allocation d'actifs permettant de délivrer le besoin de rendement nécessaire pour assurer l'équilibre financier de la Caisse à long terme. Cette allocation d'actifs devra considérer à la fois le prêt simultané et les apports en immobilier directs liés à la capitalisation prévue par l'IN 168. Dans ce contexte, il conviendra de prendre en considération, tant le taux d'intérêt et les conditions du prêt, que les hypothèses de rendement de l'apport en immobilier direct, en tenant compte du fait que des baisses de rendement sont prévues pour l'immobilier direct à Genève en zone de développement en raison de l'adaptation des plans financiers pour des loyers contrôlés. En termes de rendement effectif, il faut compter avec un horizon temps éloigné qui se situe entre 10 et 40 ans selon les cas.
308. Le site de la CPEG souligne quant à lui que les investissements de la CPEG dans l'immobilier se font en fonction d'une politique clairement définie. Essentiellement, tout en s'assurant d'un certain niveau de rentabilité des objets achetés, la caisse poursuit dans l'immobilier comme ailleurs les objectifs d'un développement durable et harmonieux, proposant des milliers de logements pour la population (critère social), un bon rendement (critère économique) et une attention particulière aux qualités architecturales et énergétiques (critère environnemental)[site internet CPEG : <https://www.cpeg.ch/parc-immobilier> ; consulté en ligne le 14 mai 2018].
309. Au demeurant, si l'on examine la performance 2016, l'immobilier a réalisé une meilleure performance que les actions et les obligations (CPEG, Présentation PPT du 28 mars 2017 à l'Assemblée générale de l'APEGE, Enjeux et défis de la CPEG, p. 4) :

### La CPEG a réalisé une bonne performance en 2016

- ✓ La **performance annuelle** de la fortune de la Caisse est **estimée à 5.5% pour 2016** (indice Credit Suisse pour ensemble des caisses de pension: 4.06%)
- ✓ **Tous les placements de la Caisse y ont contribué :**

Actions	+ 1.8%
Obligations	+ 1.2%
Immobilier	+ 2.5%
<b>Total</b>	<b>+ 5.5%</b>

310. Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat considère que le transfert de terrains constructibles et de droits à bâtir n'est pas incompatible, sur le principe, avec la nécessité, pour la Caisse, d'obtenir un rendement raisonnable et/ou un rendement correspondant au moins au taux technique, vu le respect de l'autonomie de la CPEG, qui a déjà l'habitude de choisir ses placements immobiliers en tenant compte de cet objectif, ce d'autant que la CPEG n'est pas tenue, à rigueur de texte, par les catégories de logements prévues par les lois de modification de zone dans le cadre du PAV (voir *supra* ch. 261ss).

d) Principe de la clarté (clarté linguistique) – principe de la légalité (clarté normative)

311. S'agissant du/des prêt(s) simultané(s), l'ASFIP a relevé que la LCPEG devrait être complétée par de nouvelles dispositions précisant les conditions d'un éventuel « *prêt simultané* », et que cette dernière notion devrait être précisée.
312. Le comité de la CPEG, pour sa part, a noté que les modalités du prêt, notamment en termes de taux d'intérêt et de plan d'amortissements, n'étaient pas définies dans l'initiative ; or, ces modalités pouvaient avoir un effet important en termes de rendement.
313. En l'espèce, il apparaît tout d'abord que les termes utilisés respectent la clarté linguistique, dans la mesure où cet alinéa ne contient pas de formulations incohérentes ou contradictoires, ni des termes incompréhensibles, linguistiquement parlant (voir *supra* chapitre G). Le principe de la clarté linguistique est ainsi respecté.
314. S'agissant de la densité normative, il sied de mentionner liminairement que la souplesse nécessaire à accorder à l'Etat et à la CPEG, au vu du mécanisme prévu par l'IN 168, ne permet pas de fixer, ou de figer, les modalités d'application dudit mécanisme, et partant d'un éventuel prêt simultané, *ex ante* et *in abstracto*. Cela rejoint l'observation du comité d'initiative qui indique que l' « *initiative 168 reste quant à elle volontairement muette sur le taux d'intérêts du prêt simultané, afin de laisser les parties audit prêt agir à leur guise* ».
315. En effet, le/les prêt(s) simultané(s) n'est qu'une des possibilités prévues par l'IN 168 pour procéder à la recapitalisation visée. En effet, l'article 25A, alinéa 5 de l'IN 168 prévoit que dans l'hypothèse où il n'y aurait pas suffisamment de terrains constructibles ou de droits à bâtir, l'Etat peut choisir de procéder à la recapitalisation, en tout ou partie, par le biais d'un « *prêt simultané* » ou sous d'autres formes.
316. C'est également ce qu'indique le comité d'initiative, lorsqu'il indique que « *Le mécanisme du prêt simultané est cité comme l'une des options qui s'offrirait à l'Etat. Ce dernier ne serait cependant pas contraint par l'initiative 168 de choisir ce moyen de financement. L'Etat resterait ainsi libre de recapitaliser la CPEG par un emprunt sur les marchés financiers, s'il souhaite par exemple profiter des taux d'intérêts bas actuellement en vigueur* ». Le comité d'initiative souligne par ailleurs que le prêt simultané est un mécanisme décrit par le Conseil d'Etat dans son projet de loi 12188 et l'exposé des motifs y afférent.
317. Par ailleurs, le montant d'un tel prêt dépendrait du financement supplémentaire nécessaire, qui devrait être analysé et calculé par la CPEG, et dépendrait également des terrains disponibles à la construction et droits à bâtir qui pourraient être transférés à la CPEG.
318. De plus, il faut relever que ce prêt simultané constituerait un placement chez l'employeur, au sens du droit fédéral (art. 57ss OPP2), qui sont dûment réglementés par ce dernier, notamment s'agissant du taux d'intérêt à verser par l'employeur, qui doit être un taux d'intérêt conforme à celui du marché.
319. Par conséquent, le Conseil d'Etat considère que cette disposition respecte le principe de légalité.



❖ **Article 25A, alinéa 6**

a) Le texte de l'IN 168

320. L'initiative prévoit ce qui suit :

<sup>6</sup> *La présente initiative s'applique, autant que nécessaire, à tout terrain propriété de l'Etat ou cédé par lui à une entité publique depuis la publication du lancement de la présente initiative dans la FAO.*

b) La conformité au droit supérieur – principe de non-rétroactivité des lois – séparation des pouvoirs

321. Comme nous l'avons vu plus haut, cette disposition vise à régler l'application dans le temps de la nouvelle disposition proposée par l'IN 168, et plus spécifiquement, à lui attacher des effets juridiques avant son éventuelle entrée en vigueur.

322. Invité à faire part de ses observations sur la question de la non-rétroactivité, le comité d'initiative a indiqué, s'agissant de la disposition susmentionnée, qu'elle «  *vise à éviter que l'Etat se dessaisisse de terrains dont il est propriétaire et malmène le système de financement de l'objectif de maintien des rentes prévu par l'initiative 168. [...] Cette restriction à la liberté du Conseil d'Etat d'aliéner des terrains à des entités de droit public est donc confinée à ce qui est nécessaire pour poursuivre l'intérêt public susmentionné.* ». Le comité conclut donc que cette disposition respecte la constitution cantonale.

323. Il apparaît, tant à l'examen de l'article 25A, alinéa 6 qu'au vu des observations du comité d'initiative, que la question de la rétroactivité doit céder le pas à une autre problématique, relevant également de la conformité au droit supérieur, à savoir celle du principe de la séparation des pouvoirs.

324. En effet, comme rappelé ci-dessus (voir *supra* ch. 208ss), la jurisprudence et la doctrine excluent qu'une initiative puisse concerner une compétence de l'exécutif, et cette limitation se fonde sur les principes de la séparation des pouvoirs, de la légalité et de l'égalité de traitement (GRODECKI, op. cit., p. 112-116 ; TORNAY, op. cit., p. 103). A Genève, l'article 57, alinéa 1 Cst-GE prévoit qu'une proposition législative peut être soumise au Grand Conseil «  *dans toutes les matières de la compétence de ses membres* ».

325. Or, comme indiqué ci-dessus (voir *supra* ch. 211), il faut conclure, *a contrario*, que l'aliénation de tout immeuble propriété de l'Etat à des personnes morales de droit public relève de la compétence du Conseil d'Etat.

326. Force est dès lors de constater qu'une initiative législative ne peut pas restreindre le Conseil d'Etat dans ses compétences réservées par la constitution genevoise, et que l'article 25A, alinéa 6, tel qu'actuellement formulé, viole le principe de la séparation des pouvoirs, et donc, l'article 57, alinéa 1 Cst-GE.

327. Il apparaît donc que les termes «  *ou cédé par lui à une entité publique depuis la publication du lancement de la présente initiative dans la FAO* » sont contraires au droit.

328. Selon la jurisprudence, lorsque seule une partie de l'initiative apparaît inadmissible, la partie restante peut subsister comme telle, pour autant qu'elle forme un tout cohérent et qu'elle puisse encore correspondre à la volonté des initiants. Ainsi, en vertu du principe de la proportionnalité, l'invalidité d'une partie de l'initiative ne doit entraîner celle du tout que si le texte ne peut être amputé sans être dénaturé (Arrêt du Tribunal fédéral

1P.451/2006, consid. 8.1). Conformément à ce principe, l'article 60, alinéa 4 Cst-GE impose de déclarer partiellement nulle l'initiative dont une partie n'est pas conforme au droit si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides. A défaut, l'initiative est déclarée nulle.

329. Cette disposition devra donc être partiellement invalidée, l'article 25A, alinéa 6 ayant désormais la teneur suivante : « *La présente initiative s'applique, autant que nécessaire, à tout terrain propriété de l'Etat.* ». Cette teneur est par ailleurs conforme à la volonté des initiants selon laquelle l'IN 168 vise également des terrains ailleurs, dans ou hors canton de Genève, si les parcelles disponibles dans le secteur PAV ne l'étaient pas en nombre suffisant pour atteindre l'objectif poursuivi par l'IN 168.

#### I. Exécutabilité

330. Selon la jurisprudence, une initiative populaire doit être invalidée si son objet est impossible. Il ne se justifie pas, en effet, de demander au peuple de se prononcer sur un sujet qui n'est pas susceptible d'être exécuté. L'invalidation ne s'impose toutefois que dans les cas les plus évidents. L'obstacle à la réalisation doit être insurmontable : une difficulté relative est insuffisante, car c'est avant tout aux électeurs qu'il appartient d'évaluer les avantages et les inconvénients qui pourraient résulter de l'acceptation de l'initiative. Par ailleurs, l'impossibilité doit ressortir clairement du texte de l'initiative ; si celle-ci peut être interprétée de telle manière que les vœux des initiants sont réalisables, elle doit être considérée comme valable. L'impossibilité peut être matérielle ou juridique (ATF 128 I 190 consid. 5 ; ATF 101 la 354 consid. 9 ; ATF 99 la 402 consid. 4c = JdT 1975 I 504 ; ATF 94 I 120 consid. 4b = JdT 1969 I 202 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1P.52/2007 du 4 septembre 2007 consid. 3.1 et les références citées).
331. En l'espèce, il apparaît que l'initiative ne se heurte pas à des obstacles insurmontables. L'initiative respecte donc l'exigence d'exécutabilité.

#### J. Examen définitif sur la question de l'unité de la matière et la garantie du droit de vote

##### ***Unité de la matière***

332. En début d'analyse, l'examen parallèle du texte de l'article 25A nouveau et du titre/exposé des motifs de l'initiative n'avait pas permis de trancher définitivement la question du respect de l'unité de la matière.
333. Après avoir passé en revue les autres critères de validité de l'IN 168, il est désormais possible de trancher cette question.
334. En effet, la question restée en suspens était celle de savoir s'il y avait une contradiction entre le texte de l'article 25A nouveau (qui laissait apparaître un but et un moyen d'atteindre le but) et le titre/exposé des motifs de l'initiative (qui laissaient sous-entendre la recherche de deux buts différents).
335. Or, au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat considère que l'IN 168 respecte l'unité de la matière, dans la mesure où l'IN 168 ne peut pas, en réalité, impacter la politique du logement.
336. En effet, comme mentionné plus haut, afin de respecter l'autonomie de la CPEG, celle-ci aura le choix d'accepter, ou pas, les terrains et droits à bâtir proposés par le Conseil d'Etat.
337. Par ailleurs, la CPEG n'est pas tenue, à rigueur de texte, par les catégories de logements prévues par les lois de modification de zone dans le cadre du PAV (voir *supra* ch. 261ss), même si elle doit respecter, en suivant la lettre de l'article 25A, alinéa 3 de l'IN 168, la délimitation, l'affectation et les principes d'aménagement par secteurs tels que fixés par

la loi 10788 et la loi 12052. Dans ce cadre, il faut encore préciser que dans la mesure où, comme le reconnaît le comité d'initiative, le Conseil d'Etat est libre, dans le cadre de ce qui est prescrit par l'article 25, alinéa 3 en combinaison avec l'article 25A, alinéa 5, de proposer des terrains et droits à la CPEG, le transfert de terrains et droits à bâtir à la CPEG n'aura pas non plus pour effet d'impacter négativement l'équilibre à long terme visé par ces mêmes lois de modification de zone, l'horizon temporel permettant à l'Etat de veiller au maintien de cet équilibre *in fine*.

338. S'agissant des autres lois cantonales, notamment la LGZD et la LGL, la CPEG y sera également soumise, dans le cadre des terrains et droits à bâtir qui lui seront transférés, comme c'est d'ailleurs déjà le cas s'agissant des immeubles dont elle est déjà propriétaire (voir *supra* ch. 261ss).
339. Enfin, on comprend que les initiants envisageaient la construction de logements « *par un effet ricochet* » lié à la nature des actifs immobiliers prioritaires pour la recapitalisation « *terrains situés dans le secteur Praille Acacias Vernets (PAV) et destinés au logement (hors HBM)* », ainsi qu'à la politique de la CPEG en matière de loyers, plutôt modérée (Audition de Me Molo, PL 12228-A, p. 221).

### **Conclusion finale**

340. Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat arrive à la conclusion que l'IN 168 respecte l'unité de la matière.

### **Garantie du droit de vote**

341. Les considérations ci-dessus amènent toutefois le Conseil d'Etat à examiner l'IN 168, et plus spécifiquement son titre et son exposé des motifs, à l'aune de la garantie du droit de vote au sens large.
342. En effet, il faut rappeler liminairement que la liberté de vote garantie par l'article 34 Cst. exige que les votations et élections soient organisées de telle manière que la volonté des électeurs puisse s'exercer librement, notamment sans pression ni influence extérieure. Cela implique en particulier une formulation simple, claire et objective des questions soumises au vote ; celles-ci ne doivent pas induire en erreur, ni être rédigées dans des termes propres à influencer sur la décision du citoyen. Chaque électeur doit pouvoir se former son opinion de la façon la plus libre possible, et exprimer son choix en conséquence (ATF 137 I 200 consid. 2.1 ; ATF 135 I 292 consid. 2 ; ATF 131 I 126 consid. 5.1 ; ATF 129 I 185 consid. 5 ; ATF 121 I 138 consid. 3 ; ATF 106 la 20 consid. 1).
343. Le critère déterminant est donc de savoir si, telle qu'elle est proposée, l'initiative permet d'exprimer librement la véritable volonté des citoyens (ATF 130 I 185 consid. 3 ; ATF 129 I 381 consid. 2.1). Pour que tel soit le cas, la question posée doit être claire et neutre. Inversement, elle ne doit pas être trompeuse ou suggestive (DUBEY, op. cit., ch. 5237 ; ATF 121 I 1 consid. 5b= JDT 1997 I 66).
344. Lorsque la votation porte sur une proposition qui a fait l'objet d'une initiative populaire, la question posée lors du scrutin reprend le titre (et le texte) de cette initiative. Or, pour favoriser la récolte de signatures, les initiatives populaires sont souvent pourvues de titres accrocheurs, qui peuvent prendre la forme de slogans, de menaces ou de plaidoyers – dans un esprit parfois simpliste ou carrément polémique. Par souci de protéger ce droit politique et ainsi préserver le droit d'exercice du vote, la jurisprudence fait preuve de moins de sévérité envers les citoyens qu'envers les autorités, en ce qui concerne la formulation de leurs propositions (cf. par ex. Arrêt du Tribunal fédéral 1P.338/2006 et 1P.582/2006 du 12 février 2007, consid. 5.1) – à l'instar de ce qui vaut à

propos de l'exigence d'unité de matière, ce qui n'est pas moins critiquable (DUBEY, op. cit., ch. 5239).

345. On peut citer ici le cas de l'IN 150, dans le cadre de laquelle le Grand Conseil avait considéré que le titre, l'exposé des motifs et l'argumentaire de l'initiative étaient sciemment lacunaires et avaient induit les signataires en erreur sur le fait que la suppression des allègements fiscaux ne visait pas que des multinationales, mais majoritairement des entreprises endogènes ; il avait ainsi estimé que l'omission de toute référence aux entreprises locales, qui bénéficiaient d'allègements fiscaux que l'IN 150 visait à supprimer, avait exercé une influence inadmissible sur la formation de la volonté des signataires, ce d'autant plus que l'article 10 LIPM n'était pas reproduit sur le formulaire de récolte des signatures. Le Grand Conseil y avait ainsi vu une violation de l'article 34, alinéa 2 Cst. Le Tribunal fédéral toutefois avait considéré que l'IN 150 comportait l'abrogation d'un article - qui visait les allègements fiscaux pour les personnes morales - et l'introduction d'une disposition transitoire concernant ses effets. Il est certain, selon notre Haute Cour, que l'abrogation de l'article 10 LIPM empêcherait le Conseil d'Etat d'accorder des allègements fiscaux aux multinationales ; en ce sens, l'intitulé et les motifs de l'initiative étaient exacts. Il était également acquis que cette suppression toucherait aussi des sociétés déployant toute leur activité à Genève. La question de savoir quelle est la proportion de multinationales et de sociétés endogènes, soit en nombre, soit en montant d'impôts supprimés, pourrait être, le cas échéant, exposée aux citoyens dans le message explicatif (Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_659/2012, du 24 septembre 2013, consid. 5 et 5.2).
346. En l'espèce, comme cela a été exposé ci-dessus, on ne peut pas arriver à la conclusion que l'IN 168 va impacter la politique du logement.
347. De la même manière, les considérants qui précèdent ont établi que pour respecter l'autonomie de la CPEG en matière de prestations, la volonté des initiants, retranscrite dans les termes choisis pour l'IN 168, était celle de mettre à disposition de la CPEG des moyens financiers « *pour le cas où elle désirerait, en toute autonomie, maintenir les prestations au niveau susmentionné* ». Partant, on ne peut pas affirmer de manière certaine que l'IN 168 permettra de « *sauvegarder les rentes* ».
348. Toutefois, au regard de la sévérité moindre exposée ci-dessus, et du fait que le titre et l'exposé des motifs de l'IN 168 ne sont, dans une formulation simpliste « *pas absolument vrais, mais pas absolument faux non plus* », le Conseil d'Etat conclura que l'IN 168 ne viole pas la garantie du droit de vote s'agissant de la formulation du titre et de l'exposé des motifs de l'initiative.

Par ces motifs,

## ARRÊTE :

1. L'initiative populaire cantonale 168 « Sauvegarder les rentes en créant du logement » est partiellement invalidée, la deuxième partie de la phrase à l'article 25A, alinéa 6 étant supprimée.
2. Son texte validé, tel qu'il sera transmis au Grand Conseil, a la teneur suivante :

*Art. 25A Possibilité donnée à la Caisse de sauvegarder les rentes*

<sup>1</sup> *Afin de préserver les prestations de prévoyance de la CPEG autant que possible à un niveau proche de celui en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017 et de donner à cette dernière les moyens pour ce faire, l'Etat procède, directement ou par toute entité tierce, à l'intégralité de la capitalisation de la CPEG imposée par l'article 28A et la loi fédérale.*

<sup>2</sup> Au besoin, l'Etat procède à la capitalisation supplémentaire prévue par l'article 72a, alinéa 1, lettre d de la loi fédérale.

<sup>3</sup> A cette fin et dans les limites de l'alinéa 5, l'Etat cède à la CPEG, à sa demande, des terrains constructibles à la valeur inscrite au bilan de l'Etat, ou des droits à bâtir. Les terrains situés dans le secteur Praille Acacias Vernets (PAV) et destinés au logement (hors HBM) seront en priorité utilisés dans ce but, une fois rendus disponibles pour la construction de logements, sous réserve des terrains et des droits à bâtir que l'Etat souhaite attribuer à des maîtres d'ouvrage d'utilité publique ou équivalents. La loi générale sur les zones de développement (LGZD), la loi générale sur le logement et la protection des locataires (LGL), les lois de modification des limites de zone des secteurs concernés et les autres lois cantonales ainsi que le droit fédéral demeurent réservés.

<sup>4</sup> Si la cession a lieu par l'intermédiaire de la Fondation PAV ou de toute entité publique, celle-ci peut transférer à la CPEG les charges, impenses et frais résultant de son activité.

<sup>5</sup> Tant qu'il n'existe pas suffisamment de terrains constructibles ou de droits à bâtir pour atteindre la capitalisation nécessaire selon les lois fédérale et cantonale ainsi que les alinéas 1 et 2, ou si la part de l'immobilier dans la fortune globale de la CPEG dépasse 45%, toujours dans le respect de l'article 71, alinéa 1 de la loi fédérale, l'Etat procède à la capitalisation, en tout ou partie, sous d'autres formes, par exemple sous forme de « prêt simultané ». Si de tels terrains ou droits à bâtir se libèrent ensuite, ils seront, en principe, proposés à la CPEG. A la demande de celle-ci, l'Etat lui rembourse alors par anticipation, autant que nécessaire et en tout ou partie, le ou les prêts accordés depuis la publication du lancement de la présente initiative dans la FAO.

<sup>6</sup> La présente initiative s'applique, autant que nécessaire, à tout terrain propriété de l'Etat.

Conformément aux articles 130B, alinéa 1, lettre c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ ; E 2 05), 17, alinéa 4, 62, alinéa 1, lettre a, 64 et 65 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA ; E 5 10), le présent arrêté est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (rue de Saint-Léger 10, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les **30 jours** qui suivent sa notification au comité d'initiative (art. 92A, al. 2 de la loi sur l'exercice des droits politiques, du 15 octobre 1982 ; LEDP ; A 5 05), mais au plus tard dans les 30 jours qui suivent sa publication dans la Feuille d'avis officielle (art. 92A, al. 4 LEDP). Le délai est suspendu pendant les périodes prévues à l'article 63, alinéa 1 LPA. L'acte de recours doit être signé et parvenir à l'autorité ou être remis 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. Il doit indiquer, sous peine d'irrecevabilité, l'arrêté attaqué, les conclusions du recourant, les motifs et moyens de preuve. Les pièces dont dispose le recourant doivent être jointes à l'envoi.



Certifié conforme,

La chancelière d'Etat :  
Michèle Righetti