

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1082/2019-INIT

ACST/8/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre constitutionnelle

Arrêt du 6 février 2020

dans la cause

ENSEMBLE À GAUCHE

et

Monsieur A_____

et

Monsieur B_____

et

Hoirie de Monsieur C_____

représentés par Me François Membrez, avocat

contre

CONSEIL D'ÉTAT

EN FAIT

- 1) a. Ensemble à Gauche est un parti politique constitué sous la forme d'une association au sens des art. 60 ss du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210), dont le siège est à Genève (art. 1 et 3 des statuts).
b. Messieurs A_____, B_____ et C_____ sont domiciliés à Genève, où ils exercent leurs droits politiques.
- 2) Le 1^{er} janvier 1994, la Banque cantonale de Genève (ci-après : BCGE ou la banque) a été créée par la fusion entre les anciennes Banque hypothécaire du canton de Genève (ci-après : BHCG) et Caisse d'épargne de la République et canton de Genève (ci-après : CEG ; art. 177 al. 1 de la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 [aCst-GE]) dans le but principal qu'elle contribue au développement économique du canton et de la région (art. 177 al. 2 aCst-GE ; art. 189 al. 1 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 [Cst-GE - A 2 00]), le canton et les communes détenant la majorité des voix attachées au capital social (art. 177 al. 3 aCst-GE ; art. 189 al. 2 Cst-GE).
- 3) À la même date est entrée en vigueur la loi sur la Banque cantonale de Genève du 24 juin 1993 (LBCGe - D 2 05), constituant la BCGE sous la forme d'une société anonyme de droit public (art. 1 al. 1 LBCGe). L'État de Genève (ci-après : l'État) garantissait le remboursement en capital et intérêts des dépôts d'épargne et de prévoyance auprès de la banque (art. 4 al. 1 LBCGe) et détenait, avec les communes, l'ensemble des actions nominatives de cette dernière donnant droit à la majorité des voix (art. 7 al. 2 LBCGe). Il a en outre participé au capital social du nouvel établissement par CHF 147'000'000.- (MGC 1992 43/V 5797 s.).
- 4) a. Le 1^{er} mars 2000, le Conseil d'État a déposé un projet de loi (ci-après : PL) 8194 ouvrant un crédit extraordinaire d'investissement de CHF 107'500'000.- pour l'acquisition d'actions nominatives de la BCGE et autorisant le Conseil d'État à acquérir des actions au porteur de la BCGE pour un montant de CHF 138'700'000.-.
b. Le 3 mai 2000, le Conseil d'État a déposé un PL 8246 instituant une garantie d'un montant maximum de CHF 5'000'000'000.- relative à des prêts pour la fondation de valorisation des actifs de la BCGE (ci-après : la fondation) et ouvrant un crédit extraordinaire d'investissement pour la création d'un capital de dotation de CHF 500'000.- en faveur de ladite fondation.

Selon l'exposé des motifs, le but du PL 8246 était d'assainir la BCGE, qui détenait des crédits à risque pour près de CHF 6'600'000'000.-, en constituant une

structure juridique à laquelle ceux-ci seraient transférés en vue de leur réalisation. Dès sa création, la fondation reprendrait ainsi les crédits immobiliers insuffisamment couverts par les immeubles en garantie, pour un montant de CHF 4'949'990'000.- (MGC 2000 23/IV 3647 s.), et s'acquitterait, d'une part, d'intérêts et autres frais dus au prêteur et, d'autre part, de ses propres frais de fonctionnement. Dès lors que ses ressources, constituées des revenus locatifs nets des immeubles gagés, ne suffiraient pas en début d'activité à couvrir ses charges, elle bénéficierait d'avances de l'État. Étant donné que son financement devait être une opération neutre pour ce dernier, la banque rembourserait à la fondation différents montants incluant notamment ses frais de fonctionnement et ses frais bancaires et supporterait les frais liés à la garantie de l'État. Le paiement par la banque à la fondation dépendait toutefois de certaines conditions tenant à sa situation financière, de sorte que la BCGE consacrerait son bénéfice prioritairement au paiement du dividende aux actionnaires et procéderait aux attributions obligatoires avant d'allouer le solde du bénéfice net à la fondation (MGC 2000 23/IV 3649 s.). Les pertes sur les crédits transférés à la fondation seraient d'abord supportées par la fondation puis, ensuite seulement, par l'État si, sur le long terme, elles n'étaient pas compensées par les gains réalisés (MGC 2000 23/IV 3650). Ainsi, les pertes ou moins-values sur la réalisation des immeubles ne seraient pas à la charge de la BCGE (MGC 2000 23/IV 3652), puisque l'opération avait pour but son assainissement, en lui évitant de devoir provisionner les risques liés aux crédits transférés à la fondation. Il n'était dès lors pas souhaitable de faire supporter la perte finale de la fondation à la Banque, de sorte que toutes les pertes comme tous les gains de la fondation incomberaient au final à l'État (MGC 2000 23/IV 3654).

- 5) a. Lors de la séance du 19 mai 2000, le Grand Conseil a traité les PL 8194 et 8246.

Il convenait de regrouper les deux PL concernant d'une part l'augmentation du capital de la BCGE et d'autre part la création de la fondation en un seul projet intégrant ces deux aspects (MGC 2000 23/IV 3722). S'agissant de la fondation, l'État serait amené à prendre en charge les pertes sur la réalisation des actifs transférés à celle-ci, en fonction de la situation financière de la BCGE (MGC 2000 23/IV 3718). S'exprimant au sujet de l'augmentation de capital de la BCGE, un député a indiqué que les contribuables n'allaient pas devoir « payer », étant donné qu'il ne s'agissait pas de voter un crédit avec une dépense à fonds perdus pour verser de l'argent à la banque, mais d'acheter des actions procurant un rendement. De plus, la fondation, qui avait pour but de soulager le bilan de la banque, ne reprenait pas des dettes pour un montant de CHF 6'000'000'000.- mais des actifs à concurrence de CHF 5'000'000'000.- sous la forme de crédits à des taux de rendement variables (MGC 2000 23/IV 3733 s.). La garantie fournie par l'État à la fondation n'impliquait, en tant que telle, pas de dépense. Toute dépense

résultant de la mise à contribution de la garantie devait toutefois faire l'objet d'une loi ultérieure (MGC 2000 23/IV 3765 s.).

b. À l'issue de la séance du 19 mai 2000, le Grand Conseil a adopté la loi 8194 accordant une autorisation d'emprunt de CHF 246'200'000.- au Conseil d'État pour financer l'acquisition d'actions nominatives et au porteur de la BCGE et ouvrant un crédit extraordinaire d'investissement pour la constitution d'un capital de dotation en faveur de la fondation.

Cette loi autorisait le Conseil d'État à contracter, au nom de l'État, un emprunt de CHF 246'200'000.- afin d'assurer l'acquisition d'actions nominatives de la BCGE à concurrence de CHF 107'500'000.- et au porteur à concurrence de CHF 138'700'000.- (art. 1 de la loi 8194). Ces actions étaient inscrites dans le bilan de l'État au patrimoine financier (art. 2 de la loi 8194).

La fondation, inscrite au registre du commerce, placée sous la surveillance du Conseil d'État et revêtant la forme d'une fondation de droit public, avait pour but de gérer, valoriser et réaliser les actifs de la BCGE qui lui seraient transférés et, par-là, de contribuer à l'assainissement de celle-ci (art. 5, 6 et 7 de la loi 8194). Ses ressources étaient constituées par les revenus des actifs cédés par la BCGE et les produits des réalisations, les remboursements des frais de la BCGE ainsi que des avances de l'État (art. 9 de la loi 8194). La BCGE remboursait à la fondation, en fonction de son résultat annuel et après constitution des provisions, des réserves et distribution des dividendes : les frais financiers consistant en la différence entre les états locatifs encaissés par la fondation et les charges financières totales des prêts octroyés à la fondation par la banque, l'État ou les tiers ; les frais de fonctionnement de la fondation ; les frais et montants nécessaires pour que la fondation contrôle les opérations de portage ; la rémunération de la garantie octroyée par l'État à la fondation (art. 11 de la loi 8194). Selon l'art. 12 de la loi 8194, les pertes sur la réalisation des actifs transférés étaient prises en charge par l'État, sous réserve des contributions de la banque en fonction de sa situation financière (al. 1) ; elles étaient financées par la dissolution de la provision relative à la BCGE et, au besoin, par un crédit supplémentaire visant à réalimenter la provision (al. 2). Le Conseil d'État était autorisé à faire des avances nécessaires au fonctionnement de la fondation, remboursables après encaissement des montants versés par la BCGE selon l'art. 11 de la loi (art. 13 de la loi 8194). Il était en outre autorisé par caution simple à garantir le remboursement des prêts d'un montant maximum de CHF 5'000'000'000.- en faveur de la fondation (art. 14 al. 1 de la loi 8194).

- 6) Le 23 mai 2000, l'assemblée générale des actionnaires de la BCGE a décidé d'augmenter le capital-actions de la banque, qui est passé de CHF 225'000'000.- à CHF 360'000'000.-. L'État a participé à cette augmentation à hauteur de CHF 217'000'000.- et a acheté pour CHF 31'000'000.- d'actions au porteur.

-
- 7) Le 27 juillet 2000, l'État, la BCGE et la fondation ont conclu une convention tripartite (ci-après : la convention tripartite), aux termes de laquelle la BCGE cédait à la fondation des crédits présentant des risques, mais garantis par des biens immobiliers, pour un montant de CHF 4'961'000'000.- (art. 1), finalement porté à CHF 5'067'023'715.-. Cette reprise d'actifs était financée par un prêt de même montant accordé par la BCGE à la fondation et garanti par l'État (art. 5). La BCGE s'engageait à rembourser à la fondation les frais encourus par celle-ci, à savoir les frais financiers consistant en la différence entre les revenus encaissés par la fondation en relation avec les actifs cédés et les charges financières totales des prêts octroyés à la fondation par la banque, l'État ou des tiers, les frais de fonctionnement ainsi que les frais et montants nécessaires pour le contrôle des sociétés de mise en valeur (art. 6). L'État s'engageait à avancer les montants nécessaires à l'accomplissement du but de la fondation, que celle-ci remboursait à l'État dans la mesure de ses disponibilités financières (art. 8).
- 8) Dans ses comptes relatifs à l'année 2000, l'État a inscrit une provision de CHF 2'700'000'000.- correspondant à l'estimation de l'intégralité de la perte future liée à la réalisation des actifs transférés à la fondation.
- 9) a. Le 11 mars 2005, l'État et la BCGE ont conclu une convention portant sur le remboursement par la banque des sommes avancées par l'État à la fondation. Elle prévoyait que la BCGE rembourserait à l'État 20 % du total des dividendes ordinaires et supplémentaires qu'elle distribuerait.
- b. Le 16 septembre 2005, le Grand Conseil a adopté la loi 9572, entrée en vigueur le 22 novembre 2005, modifiant la loi ratifiant les nouveaux statuts de la BCGE, lesquels prévoient qu'après déduction des charges, amortissements et provisions nécessaires, l'assemblée générale des actionnaires de la banque détermine, sur proposition du conseil d'administration, l'emploi du bénéfice net en se conformant aux dispositions statutaires suivantes, notamment : elle procède à une attribution spéciale, en faveur de l'État, à titre de remboursement des avances faites par ce dernier à la fondation, correspondant au 20 % du total des dividendes ordinaires et supplémentaires, ce remboursement répondant aux exigences de la loi 8194 (art. 33 ch. 5 des statuts de la BCGE du 6 avril 2001 - statuts - PA 404.01).

Selon l'exposé des motifs relatif au PL 9572, ce principe de remboursement respectait la volonté du législateur de faire participer la BCGE pour une partie des coûts et était le dernier volet de son assainissement. Il respectait également la répartition des conditions d'assainissement, dont les contribuables assumaient la majorité des coûts, c'est-à-dire les pertes estimées à CHF 2'400'000'000.- à l'issue de l'activité de la fondation. La BCGE en assumait une autre part en lien avec les avances consenties à la fondation, estimées entre CHF 400'000'000.- et CHF 450'000'000.- (MGC 2004-2005 IX A 7592).

-
- c. Au final, un montant de CHF 337'000'000.- a été comptabilisé dans les prêts des états financiers de l'État au 31 décembre 2018, contre CHF 342'000'000.- en 2016, à titre d'avances de trésorerie à la fondation remboursables par la BCGE.
- 10) Le 29 avril 2008, le Grand Conseil a adopté la loi 10202 modifiant la loi 8194 en vue de la dissolution de la fondation le 1^{er} juin 2008 (art. 5 al. 1 de la loi 8194 modifié par la loi 10202). À la fin de la liquidation, qui devait se terminer au plus tard le 31 décembre 2009, l'État succéderait à la fondation avec tous ses droits et obligations (art. 6 al. 4 de la loi 8194 modifié par la loi 10202).
- 11) Au 1^{er} janvier 2010, l'État a légalement succédé à la fondation, ce qui a entraîné la radiation de celle-ci du registre du commerce.
- 12) Le 11 mai 2011, le Conseil d'État a fait valoir une perte totale d'environ CHF 1'900'000'000.- liée à la vente, entre 2000 et 2011, des actifs transférés à la fondation.
- 13) a. Le 29 janvier 2016, le Grand Conseil a adopté la loi 11586 modifiant la LBCGe, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2016, qui prévoyait une modification de la structure du capital-actions de la BCGE, divisé en actions nominatives, d'une même valeur nominale, chaque action donnant droit à une voix (art. 7 al. 1 LBCGe). Le canton et les communes détenaient la majorité des voix attachées au capital social de la banque (art. 7 al. 2 LBCGe).
- b. À la suite de cette modification législative, l'actionnariat de la BCGE a été réparti de la manière suivante : 44,3 % pour l'État, 20,9 % pour la Ville de Genève, 7,4 % pour les communes et 27,4 % pour divers actionnaires, dont 6 % pour la caisse de prévoyance de l'État (ci-après : CPEG).
- c. Par ailleurs, à teneur des comptes de la BCGE pour l'année 2018, celle-ci disposait de fonds propres réglementaires de CHF 1'853'710'000.-.
- 14) a. Le 13 février 2018, M. B_____, mandataire du comité d'initiative (ci-après : le comité) avec M. A_____, a informé le Conseil d'État du lancement, par Ensemble à gauche, d'une initiative populaire cantonale constitutionnelle intitulée « La BCGE doit rembourser les 3,2 milliards prêtés par l'État » (ci-après : l'IN 171), lui transmettant un spécimen de la formule destinée à recevoir les signatures.
- b. La teneur de l'IN 171 est la suivante :
- Article unique Modifications**
La Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 est modifiée comme suit :
- Art. 189, al. 3 (nouveau)**
-

La banque rembourse le coût intégral en capital, intérêts et frais supportés par l'État de Genève pour son sauvetage en 2000 et pendant la période consécutive.

Art. 238 (nouveau)

Disposition transitoire ad art. 189, al. 3 (nouveau)

¹ L'État octroie à la Banque cantonale de Genève un prêt subordonné à hauteur du coût de son sauvetage. Avec les intérêts de 3 % à charge de l'État depuis 2000, celui-ci s'élève à trois milliards et deux cent millions de francs au 31 décembre 2017, un montant compris dans la dette globale de l'État.

² Les fonds nécessaires à l'octroi de ce prêt ont été empruntés par l'État et versés à la banque en couverture des pertes enregistrées sur la vente des avoirs qu'elle a transférés à la Fondation de valorisation, d'une part, et des avances versées à cette fondation en couverture de ses frais administratifs et financiers, d'autre part. L'État a aussi payé des intérêts annuels sur ces emprunts.

³ Le montant total de ce prêt fait l'objet d'une vérification par la Cour des comptes.

⁴ La banque rembourse à l'État le montant de ce prêt, dont la durée est de 30 ans, et le taux d'intérêt est égal à celui des obligations à 30 ans de la Confédération, majoré de 30 points de base. Un dividende est pris en compte en premier lieu, laissant pour le remboursement du prêt par annuités un montant variable, plafonné à 50 % du bénéfice brut annuel de la banque. Si les affaires de la banque ne permettent pas de rembourser la totalité du prêt à l'échéance de la 30^e année, sa durée peut être prolongée de 10 ans au maximum, aux mêmes conditions.

⁵ Les conventions en cours entre l'État et la banque, qui fixent les modalités du remboursement des avances faites à la Fondation de valorisation, sont caduques et remplacées par le présent article constitutionnel et ses dispositions transitoires.

⁶ En tant que de besoin, le Conseil d'État et les communes, comme partenaires et actionnaires de la banque, ainsi que le Grand Conseil, ont l'obligation de proposer et de faire réaliser les modifications des statuts de la banque qui s'avèreraient nécessaires à l'exécution du présent article constitutionnel et de ses dispositions transitoires.

⁷ Le présent article est d'application directe et entre en vigueur au 1^{er} janvier suivant une période de 3 mois après la date de son acceptation en votation populaire. Le Conseil d'État est seul compétent pour l'exécution des dispositions principales et transitoires du présent article tant qu'une loi cantonale d'application ne sera pas entrée en vigueur.

c. Selon l'exposé des motifs accompagnant le texte de l'IN 171, l'État et les communes avaient sauvé la banque de la faillite. Pour assurer le financement des charges liées aux pertes (CHF 2'000'000'000.-) et aux frais de fonctionnement (CHF 375'000'000.-), l'État avait dû conclure un emprunt, ce qui avait aggravé la dette du canton. Bien que la BCGE dût rembourser ces montants, elle n'avait versé à l'État, fin 2016, qu'une somme de CHF 25'000'000.- au titre de frais de fonctionnement de la fondation, rien n'étant prévu s'agissant du remboursement des pertes sur la vente des actifs immobiliers. La BCGE ne pouvait se soustraire à ses obligations en laissant les contribuables genevois payer le montant de son sauvetage, de CHF 3'200'000'000.-. L'IN 171 permettait le remboursement du coût du sauvetage de la BCGE sur une période de trente ans, chaque année la banque devant consacrer une part de ses bénéfices au paiement de sa dette tout en continuant à rémunérer ses actionnaires. Les montants ainsi remboursés seraient consacrés aux domaines de la santé, de l'éducation, des transports publics et du social.

- 15) Le 19 février 2018, le service des votations et élections (ci-après : SVE) a validé la formule de récolte de signatures.
- 16) Le lancement et le texte de l'IN 171 ont été publiés dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 19 février 2018 également, avec un délai de récolte des signatures venant à échéance le 19 juin 2018.
- 17) Le 19 juin 2018, le comité a déposé les listes de signatures auprès du SVE.
- 18) Le 20 septembre 2018, la BCGE a fait part au Conseil d'État de ses inquiétudes s'agissant de l'IN 171, qui portait d'un postulat erroné, en l'absence de créance de l'État à son encontre. Cette initiative était également contraire au principe de la légalité, portait atteinte à la garantie de la propriété, à la protection de la bonne foi ainsi qu'aux principes d'égalité de traitement et d'universalité de l'impôt. Sous l'angle de la surveillance bancaire, elle était en outre inexécutable, puisqu'elle conduirait à son surendettement, donc à sa liquidation. Ce courrier était accompagné de deux avis de droit.
- 19) Par arrêté du 31 octobre 2018, publié dans la FAO du 2 novembre 2018, le Conseil d'État a constaté que les signatures avaient été déposées dans le délai légal prescrit et en nombre suffisant, de sorte que l'IN 171 avait abouti. Par le même arrêté, il a fixé les délais de traitement de celle-ci.
- 20) Le 14 novembre 2018, la chancière d'État a invité le comité à lui faire part de ses déterminations sur la validité de l'IN 171, notamment s'agissant du taux d'intérêt et du montant du prêt, de la portée de son texte, de la durée du prêt et des conséquences en cas de non-remboursement, de la modification des statuts, de la question de la (non)-rétroactivité, de l'applicabilité directe et de son entrée en vigueur. Il l'invitait également à se déterminer sur la position de la BCGE qui lui était transmise.
- 21) Le même jour, la chancière d'État a informé l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après : FINMA) du contenu de l'IN 171, lui demandant de se prononcer, en sa qualité d'autorité de surveillance de la BCGE, sur la conformité au droit des mesures envisagées.
- 22) Le 7 décembre 2018, la FINMA lui a répondu qu'elle ne pouvait exprimer aucune opinion autre que celle découlant du droit de la surveillance bancaire et n'examinerait les conséquences de l'IN 171 pour la BCGE qu'en cas d'entrée en vigueur de la modification constitutionnelle y relative. Elle précisait que tout établissement bancaire se devait de respecter les prescriptions comptables relatives à la comptabilité commerciale et à la présentation des comptes, ainsi que l'ensemble de la réglementation bancaire en la matière.

- 23) Le 19 décembre 2018, le comité s'est déterminé au sujet de la validité de l'IN 171. S'agissant du taux d'intérêt et du montant du prêt, le calcul effectué prenait en compte l'ensemble des pertes supportées par le canton, à savoir les frais de fonctionnement de la fondation ainsi que les pertes sur les ventes des actifs transférés à celle-ci, la Cour des comptes devant procéder à un calcul plus précis du coût du « sauvetage ». À l'époque, l'intervention de l'État n'avait pas pour objectif de renflouer la banque à fonds perdus, mais d'assurer les liquidités nécessaires et d'honorer la garantie dont elle disposait. La durée du prêt prévu par l'IN 171 était de trente, voire quarante ans. Si à son échéance il n'était pas intégralement remboursé, il allait « de soi que le solde du prêt ne saurait être exigé ». La BCGE étant une personne morale de droit public, ses actionnaires devaient respecter les dispositions de la Cst-GE, et une modification de ses statuts pouvait être imposée par les collectivités publiques. L'IN 171 n'avait pas d'effet rétroactif, dès lors qu'elle prenait en considération l'aide octroyée par l'État à la BCGE, une augmentation correspondante de la dette de l'État et un remboursement du montant de cette augmentation de la dette et que le mécanisme prévu entraînait en vigueur avec l'acceptation de l'initiative, étant précisé que les nouvelles modalités de remboursement rendaient caduques la convention en cours entre l'État et la BCGE. Par ailleurs, L'IN 171 s'appliquait directement comme une loi et nécessitait une réglementation d'application, rien n'interdisant à une disposition constitutionnelle de prévoir qu'elle était d'applicabilité directe.
- 24) Invitée par la chancellerie d'État à se déterminer, la BCGE a indiqué, les 21 décembre 2018, 7 et 16 janvier 2019, que l'IN 171 conduisait à un effet inverse au but qu'elle poursuivait, de sorte qu'elle était irréalisable. En outre, l'interprétation à laquelle se livrait le comité était en contradiction avec les objectifs que les initiants entendaient poursuivre. La banque persistait au surplus dans ses précédents arguments.
- 25) Les 11 et 16 janvier 2019, la chancellerie d'État a invité le comité à se déterminer sur la question du principe de la clarté en lien avec les conséquences de l'IN 171, en particulier sous l'angle de la surveillance bancaire et d'un éventuel surendettement qui conduirait la banque à une liquidation ou un assainissement du fait de la qualification du prêt subordonné et de la comptabilisation y relative en tant que perte à l'actif de son bilan, ainsi que sur les déterminations de la BCGE. Un délai au 25 janvier 2019 lui était accordé pour ce faire.
- 26) Le comité ne s'est pas déterminé à l'issue du délai imparti.
- 27) Par arrêté du 13 février 2019, publié dans la FAO du 15 février 2019, le Conseil d'État a déclaré l'IN 171 nulle.
- L'IN 171 respectait les principes d'unité de genre et de la matière et n'était pas non plus inexécutable, même si sa mise en œuvre pouvait avoir pour

potentielle conséquence un apport financier massif par l'État ou une faillite de la BCGE menant à un résultat opposé au but des initiants.

Elle ne respectait toutefois pas l'exigence de clarté, découlant de la liberté de vote. Son texte faisait mention d'un prêt en faveur de la banque consenti par l'État, alors même que ce dernier s'était limité à souscrire des actions de la BCGE et à verser des fonds à la fondation, sans jamais rien verser à la banque, le fait que l'État ait succédé à la fondation à sa liquidation n'y changeant rien. La conclusion du comité, selon laquelle le mécanisme du prêt ne déploierait d'effet qu'à compter de l'entrée en vigueur de l'IN 171 était en outre en contradiction avec son texte, dont il ressortait que les initiants estimaient que des fonds avaient, par le passé, été versés à la BCGE qui se serait vu prêter CHF 3'200'000'000.- par l'État, ce qui n'était pas le cas. Ainsi, à défaut de prestation initiale de l'État en faveur de la banque, l'engagement imputé à celle-ci ne pouvait être inscrit dans ses fonds propres, mais devait être comptabilisé comme une dette au passif de son bilan, ce qui aurait des conséquences désastreuses la concernant.

Outre le fait que l'art. 238 al. 7 Cst-GE projeté était contradictoire dans sa formulation, étant donné qu'il déclarait l'IN 171 d'applicabilité directe tout en requérant l'adoption d'une loi d'application, l'IN 171 fixait des modalités précises concernant le prêt subordonné, qui n'étaient pas compatibles avec les conditions restrictives du droit fédéral permettant de comptabiliser un tel prêt dans les fonds propres en matière bancaire. Ce prêt subordonné serait ainsi comptabilisé dans les fonds étrangers et nécessiterait l'inscription au passif du bilan de la banque d'un poste correspondant, la BCGE ne pouvant alors plus couvrir les ratios de fonds propres requis pour un établissement bancaire, si bien qu'elle se trouverait en situation de surendettement. Le citoyen ne pouvait se rendre compte de ces conséquences et pouvait, de bonne foi, penser qu'au moment de voter il aiderait l'État à récupérer son dû. Ces conséquences ne pouvaient être exposées dans le matériel de vote au regard des explications complexes qu'ils supposaient et de l'exigence de brièveté de la synthèse des autorités.

Dans la mesure où l'IN 171 prévoyait que le Grand Conseil avait l'obligation de faire réaliser les modifications des statuts de la banque, elle contrevenait également à l'interdiction des mandats impératifs aux députés.

Il en résultait que les al. 1, 2, 3 et 4 de l'art. 238 Cst-GE projeté violaient le principe de la clarté et, par conséquent, la liberté de vote, de sorte qu'ils devaient être annulés. Il en allait également ainsi, pour les mêmes motifs, de l'art. 189 al. 3 Cst-GE projeté. Étant donné que les autres dispositions ne pouvaient subsister indépendamment des autres, l'IN 171 devait être invalidée dans son ensemble.

- 28) Par acte du 18 mars 2018 (recte : 2019), Ensemble à Gauche ainsi que MM. A_____, B_____ et C_____ (ensemble, ci-après : les recourants), ont recouru auprès de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice

(ci-après : la chambre constitutionnelle) contre cet arrêté, concluant à son annulation, à ce qu'il soit dit que l'IN 171 était valide et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

L'IN 171 était exécutable et ne nécessitait pas d'apport financier de l'État, ni n'induisait un risque de faillite de la BCGE. Au 31 décembre 2016, l'État avait déjà effectivement payé, en faveur de celle-ci, les montants de CHF 1'876'182'534.- au titre de la prise en charge des pertes sur les créances transférées par la banque à la fondation et de CHF 350'141'634.46 au titre de la prise en charge des frais de cette dernière. L'IN 171 ne tendait pas à faire payer deux fois l'État, mais à régulariser les écritures résultant de ces dépenses qui avaient déjà eu lieu, en portant au passif du bilan de la BCGE une dette d'égale importance envers l'État en lien avec la prise en charge par ce dernier des pertes sur les créances transférées à la fondation, comme le voulait la loi 8194, le législateur n'ayant pas eu l'intention d'un versement à fonds perdus. Le prêt subordonné envisagé, payable après toutes les autres dettes et équivalant à une postposition de créance, n'entraînait en outre aucun risque de faillite pour la BCGE, celle-ci ne devant le rembourser qu'à hauteur d'un plafond de 50 % de son bénéfice brut annuel et pouvant le passer dans ses charges chaque année pour progressivement diminuer les écritures au bilan jusqu'au remboursement.

L'affirmation selon laquelle un prêt subordonné ne pouvait être inscrit au passif du bilan de la banque au motif que les fonds versés par l'État ne s'étaient jamais trouvés à l'actif de son bilan était fautive, puisqu'à chaque réalisation d'un immeuble gagé par un crédit transféré à la fondation, l'État avait versé la différence entre le prix de vente et la valeur nominale, intérêts courus, du crédit immobilier concerné, versement ayant été transféré à la BCGE par la fondation, en même temps que le prix de vente convenu. La BCGE n'avait ainsi subi aucune perte, sur aucun des crédits immobiliers cédés grâce au montant de près de CHF 1'900'000'000.- versés par l'État qui se trouvait aujourd'hui à son bilan. Elle avait également reçu les frais financiers de la fondation, qui correspondaient aux intérêts à la charge de cette dernière pour son emprunt auprès de la banque. Ainsi, l'intégralité du montant de CHF 2'226'168'000.46 dépensé par l'État en faveur de la BCGE avait bien été transféré à celle-ci et se trouvait à l'actif de son bilan sous forme de liquidités ou de prêts hypothécaires octroyés depuis lors. En tout état de cause, même à admettre que seule la fondation disposait d'une créance envers la banque, il n'en demeurait pas moins que depuis 2008 l'État lui avait succédé avec tous ses droits et obligations. Le bilan de la BCGE était donc faussé alors que de son côté l'État, dans ses comptes, ne faisait apparaître qu'une partie des sommes que lui devait la BCGE.

L'IN 171 remplissait également les exigences de clarté. L'art. 189 al. 3 Cst-GE projeté énonçait son objet, soit le remboursement à l'État par la BCGE du coût intégral de son sauvetage, dont les modalités de remboursement étaient

précisées à l'art. 238 Cst-GE projeté. Le texte, qui contenait tous les détails nécessaires à la compréhension du sujet, ne laissait place à aucune interprétation et, à sa lecture, le citoyen comprenait d'emblée la proposition de remboursement qui lui était soumise. Il en ressortait clairement que le remboursement se faisait par l'octroi d'un prêt subordonné de l'État à la BCGE, sur trente, voire quarante ans, par annuités de montants variables, après la prise en compte d'un dividende en premier lieu, et que le remboursement était plafonné à 50 % du bénéfice brut annuel de la banque.

Dans la mesure où l'IN 171 prévoyait un remboursement différent, l'art. 238 al. 5 Cst-GE projeté rendait caduque la convention de remboursement du 11 mars 2005. Quant à l'art. 238 al. 6 Cst-GE projeté, il n'introduisait pas un mandat impératif à l'attention des députés, mais s'adressait au Grand Conseil en tant qu'autorité aux fins d'adapter les statuts de la banque en conséquence.

- 29) Le 18 mars 2019, Messieurs D_____, E_____ et F_____ ont déposé une « demande d'intervention », concluant à leur appel en cause dans la procédure pendante devant la chambre constitutionnelle, ainsi que, sur le fond, au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêté attaqué.

Outre le fait qu'ils étaient domiciliés à Genève, où ils exerçaient leurs droits politiques, ils étaient particulièrement touchés par l'IN 171, dès lors qu'ils étaient actionnaires et employés de la BCGE.

- 30) Respectivement les 3 et 5 avril 2019, les recourants ont conclu au rejet de la demande d'appel en cause, et le Conseil d'État s'en est rapporté à l'appréciation de la chambre constitutionnelle sur ce point.

- 31) Le 10 mai 2019, le Conseil d'État a répondu sur le fond du recours, concluant à son rejet.

Il se référait au contenu de son arrêté, précisant qu'un montant de CHF 337'000'000.- était comptabilisé dans les comptes de l'État en fin d'année 2018 au titre d'avance de trésorerie à la fondation, remboursable par la BCGE et réduit au fur et à mesure de ses versements annuels. Par ailleurs, l'absence de prise de position de la FINMA ne pouvait valoir acquiescement du contenu de l'IN 171.

- 32) Le 7 août 2019, la présidence de la chambre constitutionnelle a refusé l'appel en cause de MM. D_____, E_____ et F_____.

- 33) Le 12 août 2019, le juge délégué a accordé aux parties un délai au 27 septembre 2019 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.

34) Le 17 septembre 2019, le Conseil d'État a persisté dans ses précédentes écritures.

35) Le 19 septembre 2019, les recourants ont persisté dans les conclusions et termes de leur recours.

Ils précisaient que le montant de CHF 337'000'000.-, qui ne figurait pas au bilan de la BCGE en violation du principe de la sincérité de celui-ci, s'ajoutait à la somme dépensée pour couvrir les pertes sur les actifs de la banque par CHF 1'876'000'000.-, soit au total CHF 2'213'000'000.-. Par ailleurs, si la FINMA estimait que le texte de l'IN 171 était incompatible avec la réglementation bancaire, elle l'aurait indiqué.

36) Le 2 octobre 2019, les recourants ont annoncé le décès de M. C_____, l'hoirie ne souhaitant pas poursuivre la procédure.

37) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1) a. La chambre constitutionnelle est compétente pour connaître de recours interjetés, comme en l'espèce, contre un arrêté du Conseil d'État relatif à la validité d'une initiative populaire (art. 130B al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; ACST/17/2015 du 2 septembre 2015 consid. 1).

b. Le recours a été interjeté en temps utile, le délai légal ordinaire de trente jours (art. 62 al. 1 let. a et d de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10) s'appliquant en la matière nonobstant le silence de la loi (ACST/17/2015 précité consid. 3a). Il respecte les conditions de forme et de contenu prévues par les art. 64 al. 1 et 65 al. 1 et 2 LPA.

c. Le recours contre une décision relative à la validité d'une initiative rédigée de toutes pièces concerne le droit de vote des citoyens ainsi que les votations et élections au sens de l'art. 82 let. c de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110). Toute personne physique ayant le droit de vote dans l'affaire en cause est recevable à interjeter un tel recours, de même que les partis politiques et les organisations à caractère politique formées en vue d'une action précise, comme le lancement d'une initiative ou d'un référendum (ATF 139 I 195 consid. 1.4 ; 134 I 172 consid. 1.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_305/2012 du 26 février 2016 consid. 1.2 ; 1C_357/2009 du 8 avril 2010 consid. 1.2).

En l'espèce, s'agissant du recours de M. C_____, décédé en cours d'instance, celui-ci ne dispose plus d'intérêt actuel à recourir, sa succession ayant annoncé qu'elle ne souhaitait pas continuer la procédure en son nom. En l'absence de décision personalissime (ATA/1193/2018 du 6 novembre 2018 consid. 5b), cette annonce équivaut à un retrait du recours (art. 89 al. 1 LPA), ce dont il sera pris acte dans le dispositif du présent arrêt (ATA/573/2015 du 2 juin 2015 consid. 1), étant précisé que le recours subsiste pour les deux autres personnes physiques recourantes ainsi que pour le parti politique recourant. En effet, ceux-ci sont directement concernés par l'invalidation de l'IN 171, dès lors que MM. A_____ et B_____, domiciliés à Genève où ils exercent leurs droits politiques, sont membres du comité d'initiative et qu'Ensemble à Gauche est à l'origine de l'IN 171. Ils ont donc qualité pour recourir (ACST/22/2018 du 31 octobre 2018 consid. 1c et les références citées).

d. Le recours doit donc être déclaré recevable.

- 2) Le contrôle de la conformité au droit d'une initiative rédigée de toutes pièces s'apparente à un contrôle abstrait des normes. Il ne s'agit pas de prévenir uniquement que les citoyens ne soient exposés à être appelés à voter sur un objet, qui, d'emblée, ne pourrait pas être finalement concrétisé conformément à la volonté exprimée. Une initiative populaire constitutionnelle formulée se transforme en loi constitutionnelle si elle est acceptée en votation populaire (art. 65 Cst-GE ; art. 122A de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 13 septembre 1985 - LRGC - B 1 01 ; art. 94 al. 4 de la loi sur l'exercice des droits politiques du 15 octobre 1982 - LEDP - A 5 05 ; art. 5 ss de la loi sur la forme, la publication et la promulgation des actes officiels du 8 décembre 1956 - LFPP - B 2 05), sans que son texte puisse être modifié (sous réserve de la correction d'erreurs matérielles de pure forme ou de peu d'importance mais manifestes ; art. 216A LRGC). Il n'y a pas lieu de prévoir deux intensités différentes du pouvoir d'examen de la chambre constitutionnelle, selon que celle-ci examine la conformité au droit respectivement de l'initiative formulée et, subséquentement sur recours abstrait, de la loi adoptée.

Il s'agit donc d'appliquer au recours en matière de validité des initiatives populaires formulées pour l'essentiel les mêmes principes d'interprétation, pouvoir d'examen et pouvoir de décision qu'en matière de contrôle abstrait des normes. Il y a lieu de contrôler librement la conformité du texte considéré avec le droit supérieur, tout en s'imposant une certaine retenue, et d'annuler les dispositions considérées seulement si elles ne se prêtent à aucune interprétation conforme au droit ou si, en raison des circonstances, leur teneur fait craindre avec une certaine vraisemblance qu'elles soient interprétées ou appliquées de façon contraire au droit supérieur. Pour en juger, il faut tenir compte notamment de la portée de l'atteinte aux droits en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante, et des

circonstances dans lesquelles ladite norme serait appliquée, sans pour autant négliger les exigences qu'impose le principe de la légalité (ATF 145 I 26 consid. 1.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_752/2018 du 29 août 2019 consid. 2 ; ACST/43/2019 du 20 décembre 2019 consid. 4).

- 3) Le recours porte sur l'invalidation de l'IN 171 par le Conseil d'État au motif que les al. 1, 2, 3 et 4 de l'art. 238 Cst-GE projeté violeraient le principe de la clarté et, par conséquent, la liberté de vote – ce que les recourants contestent –, les autres dispositions de l'initiative ne pouvant subsister de manière indépendante.
- 4) a. Les trois conditions de validité d'une initiative que prévoit l'art. 60 Cst-GE sont l'unité du genre, l'unité de la matière et la conformité au droit supérieur ; s'y ajoutent, déduites de la liberté de vote garantie par les art. 34 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 44 Cst-GE, l'exigence de clarté du texte de l'initiative et celle d'exécutabilité de l'initiative (ATF 133 I 110 consid. 8 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_59/2018 du 25 octobre 2018 consid. 3.1 et 4.4 ; ACST/4/2019 du 14 février 2019 consid. 7a et les références citées).
- b. Une initiative populaire doit être invalidée si son objet est impossible. En effet, il ne se justifie pas que le peuple se prononce sur un sujet qui n'est pas susceptible d'être exécuté. L'invalidation ne se justifie 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 soient réalisables, elle doit être considérée comme valable. L'impossibilité peut être matérielle ou juridique. S'agissant des initiatives tendant à la remise en cause de travaux, la jurisprudence considère qu'il n'y a pas inexécutabilité du simple fait que l'ouvrage est déjà commencé, mais qu'il y a impossibilité matérielle d'exécution lorsque l'ouvrage est en état d'achèvement (ATF 128 I 190 consid. 5 et les références citées).
- c. En matière de droits politiques, le texte de l'initiative est soumis à une exigence de clarté. En effet, selon l'art. 34 al. 2 Cst., la garantie des droits politiques protège la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté. Les votations et élections doivent être organisées de telle manière que la volonté des électeurs puisse s'exercer librement. Cela implique en particulier une formulation adéquate des questions soumises au vote. Celles-ci ne doivent pas être rédigées dans des termes propres à induire en erreur le citoyen. L'exigence de la clarté du texte de l'initiative découle ainsi de la liberté de vote garantie à l'art. 34 al. 2 Cst. Les électeurs appelés à s'exprimer sur le texte de l'initiative doivent être à même d'en apprécier la portée,

ce qui n'est pas possible si le texte est équivoque ou imprécis (ATF 133 I 110 consid. 8 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_59/2018 précité consid. 3.1).

d. À teneur de l'art. 60 al. 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. À défaut, l'initiative est déclarée nulle.

- 5) Pour déterminer le sens de normes proposées par une initiative rédigée de toutes pièces, il faut appliquer pour l'essentiel les mêmes principes d'interprétation qu'en matière de contrôle abstrait des normes. Ainsi, il y a lieu d'utiliser les méthodes habituelles d'interprétation des normes (arrêt du Tribunal fédéral 1C_157/2017 du 17 avril 2018 consid. 2.4), à savoir les méthodes littérale, systématique, historique et téléologique (ACST/4/2019 précité consid. 3b et les références citées). Conformément à la règle de l'interprétation objective, c'est le texte de l'initiative qui est déterminant, et non l'intention des auteurs de cette dernière (arrêts du Tribunal fédéral 1C_844/2013 du 3 juin 2016 consid. 3.4 ; 1C_127/2013 du 28 août 2013 consid. 7.2.4 ; Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, 3^{ème} éd., 2013, vol. I, n. 872 ; Stéphane GRODECKI, L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève, 2008, p. 280 s. n. 989 ; Bénédicte TORNAY, La démocratie directe saisie par le juge, 2008, p. 67 ss).

L'interprétation d'initiatives fait certes aussi appel aux règles dites de l'interprétation la plus favorable aux initiants, qu'exprime l'adage *in dubio pro populo* (André JOMINI, La question du « bon moment » pour l'intervention du juge constitutionnel dans le contentieux relatif au traitement des initiatives populaires, in RJJ, Cahier spécial, Symposium 2017, 2018, p. 51 ss, 67), et de l'interprétation conforme au droit supérieur, mais ni l'une ni l'autre de ces règles n'autorisent à s'écarter à tout le moins sensiblement du texte d'une initiative, ni à faire abstraction des exigences que le principe de la légalité impose. La marge d'interprétation en la matière est plus limitée pour des initiatives rédigées de toutes pièces (ATF 124 I 107 consid. 5b/aa ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_529/2015 du 5 avril 2016 consid. 2.2 in fine ; Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, op. cit., vol. I, n. 872 ; Stéphane GRODECKI, op. cit., p. 280 s. n. 990 ; Bénédicte TORNAY, op. cit., p. 67 ss).

- 6) a. En l'espèce, l'IN 171 exige de la BCGE qu'elle « rembourse le coût intégral en capital, intérêts et frais supportés par l'État pour son sauvetage en 2000 et pendant la période consécutive » (art. 189 al. 3 Cst-GE projeté) et prévoit, à l'art. 238 Cst-GE projeté, à titre de dispositions transitoires, différentes mesures à cette fin.

b. L'IN 171 part ainsi du principe que l'État aurait effectué un prêt à la banque en vue de son sauvetage en 2000, ce qui résulte également du texte de

l'art. 238 al. 2 Cst-GE projeté, selon lequel les fonds nécessaires à l'octroi de ce prêt avaient été empruntés par l'État et versés à la banque en couverture des pertes enregistrées sur la vente des avoirs qu'elle a transférés à la fondation d'une part, et des avances versées à cette fondation en couverture de ses frais administratifs et financiers d'autre part, l'État ayant également payés des intérêts annuels sur ces emprunts.

Encore convient-il de déterminer si tel a bien été le cas. En vertu de la loi 8194, l'État a été autorisé à acquérir des actions de la BCGE à hauteur de CHF 246'200'000.-, ce qui a contribué à la recapitalisation de la banque, tout en permettant à l'État de se procurer par ce moyen un rendement. L'État n'a toutefois effectué aucun versement direct en faveur de la BCGE en application de cette loi, ni d'aucune autre manière d'ailleurs. En effet, la loi 8194 a créé la fondation, dont le but était de favoriser la gestion, la valorisation et la réalisation de certains actifs de la banque en vue de son assainissement, qui lui ont été transférés pour un montant total de CHF 5'067'023'715.- et pour lesquels elle s'est vu accorder par la BCGE un prêt d'un montant correspondant, à teneur de la convention tripartite. Dans ce cadre, le rôle de l'État s'est limité à celui de garant pour un montant de CHF 5'000'000'000.-, ce qui n'a engendré aucune dépense supplémentaire de sa part par l'adoption de cette loi, outre un capital de dotation de la fondation par CHF 100'000.-. La convention tripartite a détaillé la cession des actifs devant être transférés à la fondation ainsi que les modalités de financement et de remboursement de la fondation par la banque, sans non plus prévoir de versement de l'État en faveur de cette dernière.

Ainsi, à teneur de ces textes, le rôle de l'État s'est limité à celui de garant de la dette de la fondation à l'égard de la banque en remboursement du prêt. Outre le fait qu'il a avancé les frais de fonctionnement de la fondation, il a également payé à celle-ci la différence entre le prix de réalisation et la valeur historique des créances cédées par la BCGE à la fondation, prenant à sa charge les pertes y relatives. Pour ce faire, l'État a inscrit une provision dans ses comptes de l'année 2000 de CHF 2'700'000'000.-, la perte totale liée à la vente entre 2000 et 2011 des actifs transférés étant de CHF 1'900'000'000.-. L'État n'a ainsi pas effectué de paiement direct à la banque, le fait que par ce biais la fondation ait pu rembourser le prêt que lui a consenti la banque suite à la cession des actifs n'y changeant rien, étant précisé qu'il ne s'est agi que d'une partie de ses ressources, comme cela ressort de l'art. 9 de la loi 8194. Il en va de même de la succession de l'État à la fondation lors de sa liquidation, ce qui a également entraîné la caducité de la convention tripartite dès le 1^{er} janvier 2010 (art. 6 al. 4 de la loi 8194 modifié par la loi 10202).

L'absence de versement direct de l'État en faveur de la banque est corroborée par l'absence d'obligation de remboursement correspondante. Ainsi, alors que les art. 11 et 13 de la loi 8194 prévoient expressément une obligation de

remboursement de la banque respectivement à la fondation et à l'État (en particulier s'agissant des avances faites par l'État à la fondation, remboursables par la BCGE, qui figurent à ce titre dans les comptes de l'État), aucune mention n'est faite d'une telle obligation à l'art. 12 de la loi 8194, selon lequel les pertes sur la réalisation des actifs transférés sont prises en charge par l'État et sont financées par la dissolution de la provision relative à la BCGE et, au besoin, par un crédit supplémentaire visant à réalimenter la provision. En outre, alors que les art. 11 al. 2 et 13 al. 2 de la loi 8194 prévoient des modalités précises de remboursement des montants visés, rien de tel ne figure à l'art. 12 de ladite loi. Le fait que cette disposition réserve les contributions de la BCGE en fonction de sa situation financière n'y change rien et ne saurait concerner que d'éventuelles contributions de la banque au moment de la réalisation des actifs, de sorte qu'elle ne peut pas être interprétée comme une obligation de remboursement de la part de la banque. À cela s'ajoute que, contrairement à ce qu'allèguent les recourants, le législateur n'a jamais eu l'intention d'exiger le remboursement de ces pertes par la banque, considérant que celles-ci devaient être supportées par l'État, tout comme d'ailleurs d'éventuelles plus-values, ce qui résulte tant des travaux parlementaires ayant conduit à l'adoption de la loi 8194 que ceux, ultérieurs, ayant trait à la loi 9572.

En l'absence de versement de la part de l'État en faveur de la banque, celle-ci ne saurait lui rembourser un montant qu'elle ne lui doit pas, étant précisé que l'acquisition d'actions par l'État ne peut pas non plus être considérée comme un prêt en faveur de la banque mais constitue un investissement, de sorte qu'il ne saurait être question de remboursement d'un prêt, comme le mentionne l'art. 189 al. 3 Cst-GE projeté et le précise l'art. 238 al. 2 Cst-GE projeté. Bien que le comité estime que cette dernière disposition ne déploie d'effet qu'à compter de l'entrée en vigueur de l'IN 171, une telle interprétation ne peut être tirée de son texte, duquel il ressort que les initiants considèrent que les fonds ont déjà été versés à la banque, à laquelle un montant de CHF 3'200'000'000.- aurait été prêté. Cette situation ne va ainsi pas sans poser un sérieux problème sous l'angle de l'interdiction de la rétroactivité proprement dite et de la sécurité du droit, puisqu'elle tend à requalifier un événement passé, à savoir la prise en charge par l'État des pertes sur les réalisations des actifs transférés à la fondation, en un prêt d'un montant correspondant de l'État en faveur de la banque, à charge pour celle-ci de le rembourser. Dans ce sens, l'IN 171 souffre d'un obstacle insurmontable à sa réalisation et n'est ainsi pas exécutable d'un point de vue juridique pour ce motif déjà.

c. Il en va de même du mécanisme de « remboursement » par le biais d'un prêt subordonné, soit un engagement de rang subordonné à tous les autres engagements, qui équivaut à une postposition de créance comme l'ont exposé les recourants, prévu à l'art. 238 al. 1 et 4 Cst-GE projeté, en l'absence de tout prêt initial de l'État à la banque, conformément aux développements qui précèdent. En

effet, à défaut d'une contreprestation sous la forme d'un versement initial de fonds par l'État en faveur de la banque, l'engagement à imputer à cette dernière en application de l'IN 171 devrait être comptabilisé comme une dette d'un montant de CHF 3'200'000'000.- au passif de son bilan, et ne saurait être considéré en tant que fonds propres en application de la réglementation bancaire, laquelle distingue les fonds propres de base (Tier 1 Capital ; T1), composés des fonds propres de base durs (Common Equity Tier 1 ; CET1) et des fonds propres de base supplémentaires (Additional Tier 1 ; AT1), et les fonds propres complémentaires (Tier 2 Capital ; T2 ; art. 18 de l'ordonnance sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des maisons de titres du 1^{er} juin 2012 - OFR - RS 952.03). Alors que toute assimilation du prêt subordonné avec les fonds propres de base durs CET1, composé exclusivement de fonds propres au sens strict selon les art. 21 ss OFR, comme le capital social libéré, les réserves apparentes, le bénéfice reporté et de l'exercice en cours, n'est pas possible, une assimilation de certains types de prêts à des fonds propres de base supplémentaires AT1 et complémentaires T2 est envisageable, aux conditions posées aux art. 27 et 30 OFR, notamment une durée illimitée de l'instrument de capital en question ou une durée de cinq ans au moins et aucun remboursement escompté. Or, le prêt subordonné, d'une durée de trente, voire quarante ans, et remboursable par annuités, ne remplit pas ces exigences, ni celles d'ailleurs fixées à l'art. 20 OFR, puisqu'en échange du prêt subordonné, la banque n'a reçu aucune contreprestation, comme précédemment démontré.

Il en résulterait ainsi une perte de CHF 3'200'000'000.- qui devrait, à teneur de l'art. 19 OFR, être absorbée par les éléments de capital, à savoir en premier lieu par les fonds propres de base durs CET1, puis les fonds propres de base supplémentaires AT1 et, enfin, les fonds propres complémentaires T2, ce qui entraînerait une carence en fonds propres légaux de la banque ainsi que son surendettement. Or, les banques doivent disposer, à titre individuel et sur une base consolidée, d'un volume adéquat de fonds propres et de liquidités (art. 4 al. 1 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 - LB - RS 952.0). S'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'une banque soit surendettée, qu'elle souffre de problèmes de liquidité importants ou si elle n'a pas rétabli une situation conforme aux prescriptions en matière de fonds propres dans le délai imparti par la FINMA, celle-ci peut ordonner une série de mesures, notamment son assainissement ou le retrait de son autorisation entraînant sa faillite (art. 25 al. 1 LB ; art. 33 ss LB).

En cas de surendettement, l'institution d'un prêt subordonné n'est en outre d'aucun secours à la banque. Outre le fait que les dispositions relatives à l'ajournement de la faillite des sociétés anonymes ne s'appliquent pas aux banques (art. 25 al. 3 LB), un tel mécanisme ne serait en tout état de cause pas conforme à l'art. 725 al. 2 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220), qui exclut,

aussi longtemps que dure la situation de surendettement, le droit pour le créancier postposant de faire valoir sa prétention, y compris tout remboursement ou toute compensation (ATF 129 III 129 consid. 7.4), alors même que l'IN 171 prévoit le remboursement annuel du prêt subordonné. La subordination du prêt ne pourrait ainsi déployer d'effet qu'en matière de collocation dans la faillite. Dans un tel cas toutefois, le caractère subordonné du prêt ne permettrait d'en obtenir le remboursement qu'en dernier ressort, après le désintéressement de tous les autres créanciers.

Cette situation ne peut avoir été recherchée par les initiants, qui ont, au contraire, voulu éviter, par le biais d'un prêt subordonné, tout risque de faillite de la banque, comme l'ont expliqué les recourants. En tant qu'elle est susceptible de conduire à ce résultat, l'IN 171 n'est pas non plus exécutable de ce point de vue, puisqu'elle ne permet pas à l'État d'obtenir le « remboursement » qu'elle demande. C'est toutefois également à juste titre que l'autorité intimée a considéré qu'elle ne respectait pas le principe de clarté et violait par conséquent la liberté de vote, puisque les citoyens ne sont pas en mesure de se rendre compte de ces conséquences en pensant, de bonne foi, pouvoir renflouer les caisses de l'État par ce biais.

d. Les citoyens ne peuvent pas non plus se rendre compte des problèmes posés par les mécanismes de remboursement prévus à l'art. 238 al. 4 Cst-GE projeté, qui ont pour effet de diminuer les dividendes perçus par les actionnaires, y compris l'État. Une partie de ce dividende serait requalifié par l'IN 171 en remboursement du prêt, ce qui conduirait en fin de compte à un exercice neutre le concernant. La CPEG, également actionnaire, pourrait, quant à elle, se retrouver en difficulté financière si les dividendes escomptés n'étaient plus versés, de sorte qu'elle ne pourrait alors plus respecter son chemin de croissance, ce qui nécessiterait, comme récemment, une recapitalisation de la part de l'État (ACST/43/2019 précité ; ACST/44/2019 du 20 décembre 2019).

Par ailleurs, le texte de l'art. 238 al. 4 Cst-GE projeté peut induire en erreur, en tant qu'il prévoit qu'un dividende est pris en compte en premier lieu, laissant pour le remboursement du prêt par annuité un montant variable, plafonné à 50 % du bénéfice annuel brut de la banque. Il donne faussement l'impression au lecteur que la première moitié du bénéfice serait attribuée au dividende et que la deuxième moitié serait affectée au remboursement du prêt, de manière à préserver la capacité financière de la banque, ce qui n'est toutefois pas le cas. En effet, il n'existe aucune relation entre le dividende et le bénéfice brut, puisqu'en principe le premier est prélevé sur le bénéfice net et que la notion de bénéfice brut ne trouve aucune correspondance dans les comptes de la banque. Le plafonnement au bénéfice brut ne permet au demeurant pas de préserver la capacité financière de la banque, contrairement au plafonnement au bénéfice net, qui aurait pu être affecté par moitié au remboursement et par moitié au paiement de dividendes.

À ces éléments s'ajoute l'incertitude quant au montant réclamé par l'IN 171 à charge de la banque. Bien que l'art. 189 al. 3 Cst-GE projeté n'articule aucun montant, l'al. 1 de l'art. 238 Cst-GE projeté se réfère à CHF 3'200'000'000.-, tout en laissant le soin à la Cour des comptes de vérifier le montant total qui serait dû selon l'al. 4 du même article, ce qui apparaît contradictoire et constitue une incohérence interne à l'IN 171. Au demeurant, le montant ainsi articulé induit en erreur, dès lors que, dans les faits, l'État n'a pas dépensé une telle somme. Au contraire, le 11 mai 2011, le Conseil d'État a fait valoir une perte de CHF 1'900'000'000.- liée à la vente, entre 2000 et 2011, des actifs transférés à la fondation, montant auquel s'ajoutent les avances versées à la fondation, comptabilisées dans les états financiers 2018 de l'État à hauteur de CHF 337'000'000.-. L'État de Genève a également signé avec l'organe de révision de la BCGE une convention par laquelle il a reçu CHF 110'000'000.- (Rapport de gestion du Conseil d'État 2012, p. 9). En outre, le calcul du montant final et définitif qui serait dû à l'État par la banque dépend d'autres variables et n'est ainsi pas aussi aisément déterminable que le soutiennent les recourants, lesquels se réfèrent du reste à un montant inférieur à celui mentionné par l'IN 171. De ce point de vue également, l'IN induit le citoyen en erreur.

Enfin, l'art. 238 al. 4 Cst-GE projeté n'indique pas ce qu'il advient du prêt s'il ne peut être remboursé dans sa totalité à son échéance de quarante ans au plus. Bien que le comité ait précisé qu'il allait de soi que le solde ne pouvait être exigé, une telle situation est manifestement contraire à la volonté des initiants, souhaitant qu'un montant de CHF 3'200'000'000.- soit « remboursé » à l'État, et ceci dans sa totalité.

e. Étant donné les carences dont souffrent les art. 189 al. 3 Cst-GE projeté et 238 al. 1, 2, 3 et 4 Cst-GE projeté, c'est à juste titre que le Conseil d'État a invalidé ces dispositions et considéré l'IN 171 comme nulle, étant donné que les al. 5 à 7 de l'art. 238 Cst-GE projeté, dont il n'y a au demeurant pas lieu d'examiner plus avant la validité au regard de ce qui précède, ne sauraient subsister en tant que tels, de manière indépendante (ATF 130 I 185 consid. 5 et les références citées).

Il s'ensuit que le recours sera rejeté.

- 7) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge d'Ensemble à Gauche ainsi que de MM. A_____ et B_____, tous trois pris solidairement, qui succombent (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE

préalablement

prend acte du retrait du recours de la succession de Monsieur C_____ ;

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 18 mars 2018 (recte : 2019) par Ensemble à Gauche ainsi que Messieurs A_____ et B_____ contre l'arrêté du Conseil d'État du 13 février 2019, publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève du 15 février 2019, déclarant l'IN 171 « La BCGE doit rembourser les 3,2 milliards prêtés par l'État » nulle ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge d'Ensemble à Gauche ainsi que de Messieurs A_____ et B_____, pris solidairement ;

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

dit que conformément aux art. 82 ss LTF, le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me François Membrez, avocat des recourants, au Conseil d'État ainsi qu'au Grand Conseil, pour information.

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

Au nom de la chambre constitutionnelle :

la greffière-juriste :

C. Gutzwiller

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :