

BGer 1C_146/2020 vom 7. August 2020

Bundesgericht, 2020-08-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_146_2020

FR: TF 1C_146/2020 du 7 août 2020

IT: TF 1C_146/2020 del 7 agosto 2020

Erwägungen

E. 1

Selon l' art. 82 let . c LTF, le Tribunal fédéral connaît des recours qui concernent le droit de vote des citoyens ainsi que les élections et votations populaires. Le recours est formé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) contre une décision rendue en dernière instance cantonale (art. 86 al. 1 let . d et 88 al. 2 LTF).

La qualité pour recourir dans le domaine des droits politiques appartient à toute personne disposant du droit de vote dans l'affaire en cause (art. 89 al. 3 LTF), même si elle n'a aucun intérêt juridique personnel à l'annulation de l'acte attaqué (ATF 138 I 171 consid. 1.3 p. 176). La qualité pour agir des deux citoyens genevois, membres du comité d'initiative, est ainsi indiscutable. Elle peut aussi être reconnue à Ensemble à Gauche, en tant que personne morale qui a lancé l'initiative (ATF 139 I 195 consid. 1.4 p. 201; 134 I 172 consid. 1.3 p. 174). Il y a donc lieu d'entrer en matière.

E. 2

Dans un grief d'ordre formel, qu'il convient d'examiner en premier lieu, les recourants se plaignent d'une constatation arbitraire des faits (art. 9 Cst.).

E. 2.1

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sous réserve des cas prévus à l' art. 105 al. 2 LTF (ATF 142 I 155 consid. 4.4.3 p. 156). La partie recourante ne peut critiquer les constatations de fait ressortant de la décision attaquée que si celles-ci ont été effectuées en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ou de manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF ; ATF 142 II 355 consid. 6 p. 358). Les exigences de motivation de l' art. 106 al. 2 LTF s'appliquent dans ce contexte: il appartient à la partie recourante d'expliquer de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées; le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur des critiques de type appellatoire portant sur l'état de fait ou sur l'appréciation des preuves (ATF 141 IV 369 consid. 6.3 p. 375).

E. 2.2

En l'occurrence, les recourants reprochent d'abord à la cour cantonale d'avoir retenu que l'Etat de Genève n'avait effectué aucun versement en faveur de la BCGE. Ils soutiennent que comme l'Etat a succédé à la fondation de valorisation avec tous ses droits et obligations le 1

er janvier 2010, il ne peut être retenu qu'il n'y aurait pas eu de versements de l'Etat à la BCGE, ces versements ayant eu lieu de l'Etat à la fondation de valorisation, puis de celle-ci à la BCGE.

Les recourants font ensuite grief à l'instance précédente d'avoir retenu que l'art. 12 de la loi 8194 ne prévoirait pas de remboursement par la BCGE, alors que cet article "réserve les contributions de la BCGE en fonction de sa situation financière". La cour cantonale a considéré que le fait que cette disposition réserve les contributions de la BCGE en fonction de sa situation financière ne saurait concerner que d'éventuelles contributions de la banque au moment de la réalisation des actifs, de sorte qu'elle ne pouvait pas être interprétée comme une obligation de remboursement de la part de la banque. Les recourants avancent encore que c'est à tort que la cour cantonale a retenu que la BCGE n'aurait reçu aucune contreprestation de l'Etat. Ils critiquent enfin l'arrêt attaqué en ce qu'il mentionne que l'adoption de l'IN 171 entraînerait la faillite de la BCGE.

Les recourants ne contestent cependant pas l'établissement de ces faits en tant que tels mais plutôt leur appréciation juridique. Il s'agit ainsi en réalité d'une question de droit qui sera examinée avec le fond. Par conséquent, le grief de l'établissement arbitraire des faits doit être rejeté.

E. 3

Sur le fond, les recourants reprochent à la Cour de justice d'avoir jugé que l'IN 171 était inexécutable puisqu'elle ne permettait pas à l'Etat de Genève d'obtenir le remboursement demandé.

E. 3.1

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 Cst. 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 1C_59/2018 du 25 octobre 2018 consid. 3.1 et 4.4 in SJ 2019 I 109).

E. 3.2

Selon la jurisprudence, une initiative populaire doit être invalidée si son objet est impossible (ATF 101 Ia 354 consid. 9 p. 365 et les arrêts cités; arrêt 1P.454/2006 du 22 mai 2007 consid. 3.2). 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 (ATF 128 I 190 consid. 5 p. 202; 99 Ia 406 consid. 4c p. 407; 94 I 120 consid. 4b p. 126 concernant des initiatives visant à interrompre des travaux de construction). 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. S'agissant des initiatives tendant à la remise en cause de travaux, la jurisprudence considère qu'il n'y a pas d'inexécutabilité du simple fait que l'ouvrage est déjà commencé (ATF 94 I 125), mais qu'il y a impossibilité matérielle d'exécution lorsque l'ouvrage est en état d'achèvement (ATF 101 Ia 354 consid. 10 p. 367 ss; arrêt 1P.454/2006 du 22 mai 2007 consid. 3.2 et les références citées).

E. 3.3

En l'espèce, l'IN 171 exige de la BCGE qu'elle "rembourse le coût intégral en capital, intérêts et frais supportés par l'Etat 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.

L'IN 171 part ainsi du principe que l'Etat aurait effectué un prêt à la banque en vue de son sauvetage en 2000, ce qui résulte aussi 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'Etat 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 de valorisation en couverture de ses frais administratifs et financiers d'autre part", l'Etat ayant également payé des intérêts annuels sur ces emprunts.

Les initiants soutiennent que l'IN 171 tend simplement à régulariser les écritures résultant des dépenses de l'Etat; la BCGE porte au passif de son bilan, sous la forme d'un prêt subordonné, une dette d'égale importance, plus intérêts, envers l'Etat, en contre-partie des sommes qu'elle a déjà reçues; seront mis à l'actif du bilan de la BCGE les sommes que l'Etat lui a versées et dont le remboursement est prévu par l'initiative en question; cet actif sera considéré comme un "goodwill d'assainissement", soit un compte de régularisation de charges à répartir sur plusieurs exercices.

E. 3.3.1

Les recourants font d'abord valoir que le prêt subordonné est un instrument financier particulièrement adapté aux banques cantonales, qui a parfois été qualifié de "quasi-fonds propres".

Les recourants perdent cependant de vue que le prêt subordonné ne peut pas être qualifié de fonds propres réglementaires car il ne remplit pas les exigences communes applicables aux fonds propres (cf. art. 20 de l'ordonnance du 1

er juin 2012 sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des maisons de titres [OFR; RS 952.03], car la banque ne reçoit aucune contreprestation en échange du prêt subordonné, voir infra consid. 3.3.2). Les recourants ne contestent pas que le prêt subordonné prévu par l'IN 171 ne remplit pas non plus les autres conditions prévues à l' art. 21 al. 1 OFR pour être considéré comme fonds propres de base durs (CET1; art. 18 al. 2 et 21 al. 1 OFR) ni celles énumérées à l' art. 27 al. 1 OFR pour être considéré comme fonds propres de base supplémentaires (AT1). Ils estiment en revanche que le prêt subordonné pourrait être qualifié de fonds propres complémentaires (Tier2; art. 30 OFR). Ils soulignent que selon la circulaire FINMA 2013/1 Fonds propres, l' art. 30 OFR est applicable par analogie aux banques cantonales si, par une renonciation du créancier ou de toute autre manière, les prêts de rang subordonné accordés à la banque ne sont pas couverts par une garantie de l'Etat. Ils oublient cependant que le prêt subordonné envisagé par l'IN 171 ne satisfait pas plusieurs des conditions cumulatives posées à l' art. 30 al. 1 OFR . L' art. 30 al. 1 let . c OFR prévoit en effet que la banque est autorisée à procéder à un remboursement au bout de cinq ans au plus tôt après l'émission. Or les annuités prévues à l' art. 238 al. 4 Cst./GE projeté doivent être versées dès l'entrée en vigueur de cet article, soit le 1

er janvier suivant une période de trois mois après la date de l'acceptation de l'initiative en votation populaire. S'y ajoute que le prêt subordonné en question ne contribue pas à l'assainissement de la banque en cas de survenance d'un risque d'insolvabilité, ce qu'exige pourtant l' art. 30 al. 1 let. a OFR (cum art. 29 OFR).

Il s'ensuit que le prêt subordonné doit être qualifié de fonds étrangers au passif du bilan de la BCGE.

E. 3.3.2

Les recourants affirment encore que les sommes dont le remboursement est prévu par l'initiative seront mises à l'actif du bilan de la BCGE et que cet actif sera considéré comme un "goodwill d'assainissement", soit un compte de régularisation de charges à répartir sur plusieurs exercices. L'interprétation des recourants n'est cependant pas correcte d'un point de vue comptable et financier. Les versements effectués à l'époque par l'Etat ont été faits pour assainir la banque et pour combler la perte qui existait au bilan de l'époque. Ces liquidités ont été utilisées pour combler l'insuffisance d'actifs à l'époque et permettre à la banque de disposer d'un bilan équilibré (entre l'actif et le passif). En d'autres termes, l'opération de comptabilité demandée par les recourants consiste à remettre à l'actif cette insuffisance d'actif pour 3,2 milliards de francs, et en contrepartie, à inscrire au passif l'obligation d'en payer le montant à l'Etat de Genève (qui s'est subrogé aux créanciers de l'époque). En conséquence, ce "goodwill d'assainissement" est une non-valeur. La banque ne recevra donc pas d'actif en contrepartie du prêt subordonné.

E. 3.3.3

Il s'ensuit que l'initiative a pour conséquence de créer sans contrepartie un passif excédant l'intégralité des fonds propres de la BCGE (qui se montent à moins de 2 milliards de francs au 31 décembre 2019; voir résultats annuels du groupe BCGE au 31 décembre 2019). Il en résulterait ainsi une perte de 3'200'000'000 francs 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).

Dans l'hypothèse de la faillite, la banque serait liquidée. Les actifs de la BCGE ne permettraient pas de rembourser les montants décaissés par l'Etat dans le cadre de l'assainissement du surendettement de 1999. La subordination du prêt ne pourrait 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.

Dans l'hypothèse de l'assainissement, il serait nécessaire soit de demander à l'Etat de Genève de renoncer à sa prétention en remboursement créée par l'initiative, soit de lui demander d'avancer sous forme de fonds propres un montant suffisant à couvrir la dette subordonnée que l'IN 171 entend générer.

Dans aucune de ces deux situations, les montants avancés par l'Etat de Genève ne seraient remboursés.

E. 3.4

En définitive, l'IN 171 aura pour conséquence de créer sans contrepartie un passif excédant l'intégralité des fonds propres de la BCGE, l'utilisation des mécanismes de prêt subordonné (consid. 3.3.1) et de "goodwill d'assainissement" (consid. 3.3.2) ne changeant rien à la situation. De ce fait, la banque se verra placée dans une situation de surendettement et sera alors contrainte à la mise en faillite ou à l'assainissement. Tant dans l'hypothèse de la faillite que dans celle de l'assainissement, les actifs de la banque ne permettront pas de rembourser les montants décaissés par l'Etat dans le cadre de son sauvetage en 2000 (consid. 3.3.3). Le but de l'IN 171 ne peut donc être atteint, de sorte que l'initiative est matériellement inexécutable.

E. 4

Les recourants font encore grief à la cour cantonale d'avoir invalidé totalement l'initiative litigieuse, en ne critiquant que sa seconde partie. Ils prétendent que l' art. 189 al. 3 Cst./GE projeté pourrait être soumis seul à votation populaire.

E. 4.1

Selon l' art. 60 al. 4 Cst./GE , le Grand Conseil déclare partiellement nulle l'initiative dont une partie est manifestement non conforme au droit si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides. Cette possibilité découle aussi du principe selon lequel une initiative doit être interprétée dans le sens le plus favorable aux initiants, selon l'adage "in dubio pro populo". Elle apparaît également comme une concrétisation, en matière de droits populaires, du principe général de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.) qui veut que l'intervention étatique porte l'atteinte la plus restreinte possible aux droits des citoyens, et que les décisions d'invalidité soient autant que possible limitées en retenant la solution la plus favorable aux initiants. Ainsi, lorsque seule une partie de l'initiative paraît inadmissible, la partie restante peut subsister comme telle, pour autant qu'elle forme un tout cohérent, qu'elle puisse encore correspondre à la volonté des initiants et qu'elle respecte en soi le droit supérieur. 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 (ATF 134 I 172 consid. 2.1 p. 177 et la jurisprudence citée; arrêt 1C_302/2012 du 27 février 2013 consid. 4.1, in RDAF 2013 II 175).

L'invalidation partielle est soumise à deux conditions, l'une subjective, l'autre objective. Il faut en premier lieu que l'on puisse raisonnablement admettre que les signataires auraient aussi approuvé la partie valable de l'initiative, si elle leur avait été présentée seule (ATF 125 I 21 consid. 7b p. 44). Il faut en second lieu qu'amputée de certaines parties viciées, les dispositions restantes représentent encore un tout assez cohérent pour avoir une existence indépendante et correspondre à l'objectif principal initialement visé par les initiants, tel qu'il pouvait être objectivement compris par les signataires (ATF 130 I 185 consid. 5 p. 202 s.).

E. 4.2

Contrairement à l' art. 238 Cst./GE projeté, l' art. 189 al. 3 Cst./GE projeté ne fait référence ni à un prêt ni à un versement mais au remboursement du coût intégral en capital, intérêts et frais supportés par l'Etat de Genève pour le sauvetage de la BCGE en 2000 et pendant la période consécutive.

Toutefois l'interprétation littérale permet de comprendre que dès l'entrée en vigueur de l'IN 171, la BCGE devrait inscrire en engagement une dette au passif de son bilan et l'Etat

simultanément une créance correspondante. Le titre de l'initiative en question mentionne d'ailleurs que "la BCGE doit rembourser les 3,2 milliards

prêtés par l'Etat!". Or, comme exposé au considérant 3, les conséquences de l'obligation de remboursement conduisent à l'inexécutabilité de l'initiative en question, même sans les modalités d'exécution prévues à l' art. 238 Cst./GE projeté. Une annulation partielle de l'initiative litigieuse n'est dès lors pas possible.

En outre, la seule soumission de l' art. 189 al. 3 Cst./GE projeté au vote populaire serait contraire au principe de clarté. L'exigence de la clarté du texte de l'initiative découle 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 (cf. ATF 133 I 110 consid. 8 p. 126; arrêt 1C_59/2018 du 25 octobre 2018 in SJ 2019 I 109). Il existe en l'occurrence un risque que les citoyens ne soient pas en mesure de se rendre compte des conséquences de l'obligation de remboursement à la seule lecture de l' art. 189 al. 3 Cst./GE projeté. Au moment de voter, un citoyen favorable à l'IN 171 pourrait croire de bonne foi aider l'Etat à récupérer son dû, sans se rendre compte que cette initiative pourrait avoir l'effet inverse. Ces conséquences peuvent difficilement être exposées dans le matériel de vote au regard des explications complexes nécessaires et de l'exigence de brièveté de la synthèse des autorités (art. 53 al. 3 de la loi sur l'exercice des droits politiques du 15 octobre 1982 [LEDP; RS/GE A 5 05]). Ces conséquences touchent par ailleurs l'objectif même de l'initiative dans la mesure où en l'acceptant les citoyens pourraient, sans se rendre compte, obtenir l'effet opposé de ce qu'ils croyaient viser.

E. 4.3

Par conséquent, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en confirmant la nullité totale de l'initiative litigieuse.

E. 5

Il s'ensuit que le recours est rejeté aux frais des recourants qui succombent (art. 66 al. 1 LTF), sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs soulevés.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.