



Genève, le 13 février 2019



Le Conseil d'Etat

4790-2018			
GRAND CONSEIL			
Expédié le:	Session GC: 28.2-1.03.2019		
Président	X	Députés (100)	
Correspondance GC	X	Bureau	X
Secrétariat		Chefs de groupe	X
Commission:			
Objet:			
Copie à:			

Au Grand Conseil de la
République et canton de Genève
Hôtel de Ville
Rue de l'Hôtel-de-Ville 2
1204 Genève

Concerne : Invalidation totale de l'initiative populaire 171 « La BCGE doit rembourser les 3,2 milliards prêtés par l'Etat ! »

Monsieur le Président,
Mesdames les Députées,
Messieurs les Députés,

Notre Conseil a adopté ce jour un arrêté déclarant nulle l'initiative 171 mentionnée en marge.

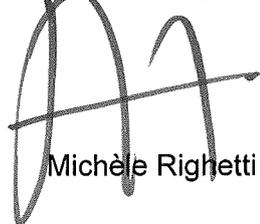
Conformément à l'article 92A, alinéa 3 de la loi sur l'exercice des droits politiques, nous vous transmettons en annexe deux exemplaires de l'arrêté précité.

Dès lors que l'initiative est déclarée nulle, notre Conseil ne vous transmet pas le texte de celle-ci ni un rapport sur sa prise en considération (art. 120A LRGC *a contrario*).

Nous vous prions de croire, Monsieur le Président, Mesdames les Députées, Messieurs les Députés, à l'assurance de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Michèle Righetti

Le président :



Antonio Hodgers

Annexe mentionnée



ARRÊTÉ

relatif à la validité de l'initiative constitutionnelle
cantonale 171
« La BCGE doit rembourser les 3,2 milliards prêtés
par l'Etat ! »

13 février 2019

LE CONSEIL D'ÉTAT

Considérant ce qui suit :

I. EN FAIT

1. Par courrier du 13 février 2018, Jean Burgermeister (ci-après : le mandataire du comité d'initiative) a informé le Conseil d'Etat que le parti Ensemble à Gauche lançait une initiative constitutionnelle populaire cantonale intitulée « *La BCGE doit rembourser les 3,2 milliards prêtés par l'Etat !* » (ci-après : IN 171) et lui a transmis un spécimen de la formule destinée à recevoir les signatures, ainsi que le formulaire « *Informations mandataire comité* » dûment rempli et signé.
2. Par le biais de cette initiative, les initiants proposent une modification de la Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (Cst-GE ; A 2 00), au moyen d'un nouvel article 189, alinéa 3 et d'un nouvel article 238 à la teneur suivante :

« Art. 189, al. 3 (nouveau)

La banque rembourse le coût intégral en capital, intérêts et frais supportés par l'Etat 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'Etat 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'Etat 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'Etat.

² Les fonds nécessaires à l'octroi de ce prêt ont 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 en couverture de ses frais administratifs et financiers, d'autre part. L'Etat 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'Etat 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 30e année, sa durée peut être prolongée de 10 ans au maximum, aux mêmes conditions.

⁵ Les conventions en cours entre l'Etat 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'Etat 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 1er janvier suivant une période de 3 mois après la date de son acceptation en votation populaire. Le Conseil d'Etat 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.

3. Le formulaire destiné à la récolte de signatures comprend également un exposé des motifs qui sera discuté, en tant que de besoin, dans la partie en droit du présent arrêté.
4. Le 19 février 2018, le service des votations et élections (ci-après : SVE) a validé la formule de récolte de signatures. 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, avec un délai de récolte des signatures échéant le 19 juin 2018. Le comité d'initiative a déposé les listes de signatures auprès du SVE le 19 juin 2018.
5. Par courrier du 20 septembre 2018, la Banque Cantonale de Genève (ci-après : la BCGE ou la banque) a fait parvenir sa prise de position sur la validité de l'IN 171 au Conseil d'Etat. Ce courrier était notamment accompagné de deux avis de droit. Par courrier du 12 octobre 2018, la chancellerie d'Etat a accusé réception du courrier de la BCGE et de ses annexes et a adressé une copie desdits documents au comité d'initiative par courrier recommandé. Le mandataire du comité d'initiative n'a pas retiré le courrier recommandé précité. Il a toutefois reçu une copie des documents qui avaient été adressés au comité d'initiative en mains propres, le 30 octobre 2018.
6. Par arrêté du 31 octobre 2018, publié dans la FAO du 2 novembre 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 2 mars 2019.

7. Par courrier du 14 novembre 2018, la chancelière 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 171, à lui faire part de leurs observations sur la validité de l'initiative, en particulier sur la question du taux d'intérêt et du montant du prêt, de la portée de l'article 238, alinéa 2, de la durée du prêt et des conséquences en cas de non-remboursement, de la modification des statuts, de la question d'une éventuelle rétroactivité, de l'applicabilité directe et de l'entrée en vigueur. La chancelière a également transmis une nouvelle fois au comité d'initiative les documents reçus de la BCGE par le Conseil d'Etat, et a invité le comité d'initiative à faire part au Conseil d'Etat de toute autre observation qu'il souhaiterait lui communiquer sur la validité de l'initiative. Un délai au 10 décembre 2018 pour ce faire était imparti au comité d'initiative. Par courrier du même jour, la chancelière d'Etat s'est adressée à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après : FINMA), en sa qualité d'autorité de surveillance de la BCGE au sens de l'article 5, alinéa 1, de la loi sur la Banque cantonale de Genève, du 24 juin 1993 (LBCGe ; D 2 05). Elle lui a transmis une copie de l'IN 171, ainsi qu'une copie des documents reçus de la BCGE par le Conseil d'Etat, et l'a invitée à lui faire part de toute observation utile, en particulier sur la conformité au droit des mesures prévues par l'IN 171. Une copie dudit courrier a été adressée le même jour à la BCGE et au comité d'initiative.
8. Le 5 décembre 2018, le mandataire du comité d'initiative a adressé un message électronique à la direction des affaires juridiques de la chancellerie d'Etat afin de solliciter une prolongation du délai fixé pour fournir ses observations. Par courrier électronique du 7 décembre 2018, cette dernière lui a communiqué une prolongation du délai au 20 décembre 2018.
9. Le 7 décembre 2018, la FINMA a transmis ses observations. Une copie de ces dernières a été adressée le 10 décembre 2018 au comité d'initiative, respectivement, à la BCGE, en les invitant à fournir toutes observations qu'ils jugeraient utiles dans ce cadre d'ici au 20 décembre 2018, respectivement d'ici au 8 janvier 2019.
10. Le comité d'initiative a fait part de ses observations par courrier du 20 décembre 2018.
11. Par courrier du 21 décembre 2018, la BCGE a fait part de ses observations suite à la réponse de la FINMA. Elle a fait part de ses observations relatives à la prise de position du comité d'initiative en date du 7 janvier 2019.
12. Par courrier du 11 janvier 2019, la chancelière d'Etat a transmis au comité d'initiative une copie des prises de positions de la BCGE des 21 décembre 2018 et 7 janvier 2019, et l'a invité à lui faire part de ses observations sur ces mêmes prises de positions, ainsi que toutes autres observations qu'il pourrait souhaiter lui communiquer. Par ailleurs, elle a indiqué au comité d'initiative que le Conseil d'Etat souhaiterait connaître sa position sur la question du principe de la clarté en lien avec les conséquences de l'IN 171, notamment telles que présentées par la BCGE, 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 prévu par l'IN 171, et de la comptabilisation y relative en tant que perte à l'actif du bilan de la banque.
13. Par courrier électronique du 16 janvier 2019, la BCGE a transmis à la chancelière d'Etat une présentation schématique et une note décrivant la structure juridique de son assainissement. Ces documents ont été transmis au comité d'initiative par courrier électronique du même jour, en lui octroyant un délai au 25 janvier 2019 pour formuler d'éventuelles observations sur ces derniers et en prolongeant à la même date le délai précédent qui lui avait été fixé. Le comité d'initiative n'a pas donné suite à ces sollicitations.

14. Les détails des diverses 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 Cst-GE).

B. Forme de l'initiative

2. L'article 56, alinéa 1 Cst-GE permet de soumettre au Grand Conseil une proposition de révision totale ou partielle de la constitution. Aux termes de l'article 56, alinéa 2 Cst-GE, la proposition 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 étant considérée comme non formulée. Par ailleurs, en vertu de l'article 56, alinéa 3 Cst-GE, une initiative constitutionnelle ne peut être transformée en initiative législative postérieurement à la publication de son lancement.

C. Conditions de validité d'une initiative

3. 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). 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. Unité de genre

4. 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). 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^{er} juin 2013), une initiative populaire ne peut tendre simultanément à l'adoption de normes appartenant à des rangs différents. 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).
5. En l'espèce, l'IN 171 se présente sous la forme d'une initiative constitutionnelle. Il n'y a donc pas de mélange des niveaux normatifs. Par conséquent, l'IN 171 respecte le principe de l'unité de genre.

E. Unité de la matière

Principes jurisprudentiels et doctrinaux

6. L'exigence d'unité de la matière découle de la liberté de vote garantie par l'article 34 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (Cst. féd. ; RS 101) 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. féd.). 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 et les références citées). 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 137 I 200 consid. 2.2 et les références citées ; ATF 129 I 366 consid. 2.3 = JdT 2005 I 230 et les références citées).
7. 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). 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).
8. En l'espèce, l'IN 171 concerne l'octroi, par l'Etat de Genève, d'un prêt subordonné en faveur de la BCGE, et ses modalités, ainsi que les conséquences de l'octroi de ce prêt sur les relations financières existantes entre ces mêmes parties. L'IN 171 respecte donc le principe de l'unité de la matière, y compris en ce qui concerne l'article 238, alinéa 6 (nouveau), qui règle la mise en application temporelle et pratique des dispositions adoptées, à l'instar d'une disposition transitoire.

F. Exécutabilité

9. Selon la jurisprudence, une initiative populaire doit être invalidée si son objet est impossible. Il ne se justifie pas de demander au peuple de se prononcer 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 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 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 ; 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). Selon GRODECKI, le droit ne devrait pas interdire à une fraction du corps électoral de proposer une mesure peu opportune, notamment du point de vue économique. Au contraire, il appartient au corps électoral de se déterminer sur l'opportunité d'une telle mesure. (GRODECKI, op. cit., ch. 1082-1083 et les références citées).

10. En l'espèce, le Conseil d'Etat estime que l'IN 171 n'est pas inexécutable en raison d'une impossibilité matérielle, au sens de ce qui précède, mais que son exécution pourrait avoir comme conséquences potentielles un apport financier massif par l'Etat de Genève ou une faillite de la banque, qui mènerait à un résultat strictement opposé au but annoncé et recherché par les initiants. L'IN 171 est donc exécutable.

G. Conformité au droit

G.I Principes généraux

11. 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.
12. 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. féd.) (TORNAY, op. cit., p. 90). De 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).
13. La Confédération et les cantons doivent respecter le droit international (art. 5, al. 4 Cst. féd.). Par ailleurs, pour obtenir la garantie de la Confédération, les constitutions cantonales, et les révisions de ces dernières, doivent respecter le droit fédéral (art. 51 Cst. féd.). S'agissant du droit fédéral, toutes les initiatives doivent respecter la répartition des compétences entre les cantons et la Confédération (art. 3 et 49 Cst. féd.), les droits fondamentaux et l'ensemble de la législation fédérale (GRODECKI, op. cit., p. 305). 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).

G.II Principes d'interprétation d'une initiative rédigée de toutes pièces

14. 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 disposition constitutionnelle 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). Selon la jurisprudence, la constitution doit en principe être interprétée selon les

mêmes règles que la loi ordinaire (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. 1, 3^{ème} édition, Berne 2013, ch. 1481).

15. La loi s'interprète ainsi 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). 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 139 I 292 consid. 7.2.1 = JdT 2014 I 237 ; ATF 129 I 392 consid. 2.2 ; ATF 123 I 152 consid. 2c et les références citées). 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).

G.III Conformité au droit international et intercantonal

16. Il revient à chaque État membre (et à tout autre État intéressé) de transposer les réglementations produites par le comité de Bâle dans son droit propre. Au niveau suisse, la loi sur les banques exige des établissements bancaires qu'ils disposent d'un volume adéquat de fonds propres et qu'ils procèdent à une répartition des risques auxquels ils s'exposent. Les prescriptions d'exécution correspondantes se trouvent dans l'ordonnance sur les fonds propres, qui transpose notamment en droit suisse les normes internationales de Bâle III https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/dokumentation/medienmitteilungen/medienmitteilung_en.msg-id-68912.html [consulté en ligne le 29.01.2019]. L'examen de la conformité au droit pourra donc se faire ci-après (voir infra G.IV) en relation avec la conformité au droit fédéral.

G.IV Conformité au droit fédéral

La garantie de la liberté de vote et l'exigence de clarté

a) Principes généraux

17. La liberté de vote garantie par l'article 34 Cst. féd. 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 et les références citées). Aussi, 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. féd. (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).

18. 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). 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 (Arrêt du Tribunal fédéral non publié 1C_659/2012, du 24 septembre 2013, consid. 5.1). 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).
19. Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de juger, en lien avec l'IN 136, que cette dernière pêchait par son imprécision. L'exigence de précision normative, également applicable lorsqu'il s'agit de définir l'étendue des droits politiques, impose en effet que l'on puisse autant que possible savoir si l'intervention du parlement, puis du peuple, est nécessaire pour l'adoption d'un acte déterminé. En l'occurrence, l'initiative contenait de nombreuses notions indéterminées telles que les « activités assumées régulièrement » par l'Etat ou les entités de droit public, les « cessations d'activité », « modifications du statut », et « cessions d'objets immobiliers les concernant », qui ne manqueraient pas de susciter des contestations, voire des recours. En outre, les électeurs appelés à s'exprimer sur le texte de l'initiative ne seraient pas à même d'en apprécier la portée, faute de savoir si les notions auxquelles la disposition constitutionnelle fait référence doivent ou non faire l'objet d'une interprétation extensive. Le Tribunal fédéral a donc conclu que le texte de l'IN 136 n'est donc pas suffisamment clair pour permettre aux citoyens de se prononcer en connaissance de cause, comme l'exige l'article 34, alinéa 2 Cst. féd. (voir également Arrêt du Tribunal fédéral non publié 1P.52/2007 du 4 septembre 2007, consid. 3.3).
20. Dans un arrêt non publié 1C_59/2018, 1C_60/2018 du 25 octobre 2018, le Tribunal fédéral a rappelé qu' « 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 (ATF 133 I 110 consid. 8.1 p. 127 et les arrêts cités). L'exigence de clarté du texte de l'initiative découle ainsi de la liberté de vote garantie à l'article 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) ». Le Tribunal fédéral a également indiqué que « le Comité d'initiative et consorts ne sont pas parvenus à démontrer que cette partie de l'initiative litigieuse était assez claire et précise pour permettre aux citoyens, lors du scrutin populaire, de se déterminer sur les conséquences du texte soumis au vote. », en précisant que s'y ajoutait le fait que l'initiative en question ne comportait aucun exposé des motifs (voir également Arrêt du Tribunal fédéral non publié 1P.52/2007 du 4 septembre 2007, consid. 3.3).

b) En l'espèce

i. Du prêt

21. Le prêt de consommation, réglé par les articles 312 et suivants CO, exige qu'une des parties contractantes se soit engagée à transférer la propriété d'une chose fongible (le plus souvent de l'argent) à l'autre partie pour une certaine durée, à charge pour celle-ci de la restituer (ATF 131 III 268 consid. 4.2 et les références citées). La notion de prêt de consommation se compose d'éléments intimement liés les uns aux autres, puisque ce contrat vise (i) le transfert de la propriété (ii) d'une chose fongible, (iii) du prêteur à l'emprunteur, (iv) pour une certaine durée. Les composantes de cette définition contribuent aussi à la délimitation par rapport à d'autres contrats (CR-CO I-BOVET/RICHA 312 CO N 1). Les deux éléments constitutifs du contrat de prêt de consommations sont donc (MÜLLER, Contrats de droit suisse, Berne, 2012, ch. 1179) :
- le transfert de choses fongibles ;
 - la restitution d'une même quantité de choses fongibles de même espèce et qualité.
22. Il faut distinguer le contrat de prêt d'autres rapports économiques ou juridiques impliquant un élément de crédit. En particulier une avance ne constitue pas un prêt mais l'exécution anticipée d'une créance pas encore exigible et portant sur une (contre)prestation exécutée ou en passe de l'être. De même, le créancier qui autorise son débiteur à surseoir temporairement à l'exécution d'une prestation en argent fait crédit au second ; on n'est cependant pas en présence d'une relation de prêt, mais d'une modalité d'exécution d'une prestation (CR-CO I – BOVET/RICHA 312 CO N 7).

ii. De la réglementation bancaire en matière de fonds propres – principes généraux

23. Conformément à l'article 4, alinéa 1 LB, les banques sont tenues de disposer, à titre individuel et sur une base consolidée, d'un volume adéquat de fonds propres et de liquidités. L'article 4, alinéa 2 LB prévoit par ailleurs que le Conseil fédéral définit les éléments constituant les fonds propres et les liquidités et fixe les exigences minimales en fonction du genre d'activité et des risques, et que la FINMA peut édicter des dispositions d'exécution. En vertu de l'article 1 de l'Ordonnance sur les fonds propres, du 1^{er} juin 2012 (OFR ; RS 52.03), afin d'assurer la protection des créanciers et la stabilité du système financier, les banques et les négociants en valeurs mobilières doivent disposer de fonds propres adaptés à leurs activités et aux risques inhérents à ces activités, et limiter ces derniers de manière adéquate (al. 1). Les banques et les négociants en valeur mobilières couvrent les risques de crédit, les risques de marché, les risques sans contrepartie et les risques opérationnels avec leurs fonds propres (al. 2).
24. Le titre 2 de l'OFR traite des fonds propres pris en compte. Ces derniers se composent (art. 18, al. 1 OFR) : (i) des fonds propres de base (« *Tier 1 Capital ; T1* ») ; et (ii) des fonds propres complémentaires (« *Tier 2 Capital ; T2* »). Les fonds propres de base (T1) se composent quant à eux (art. 18, al. 2 OFR) : (i) des fonds propres de base durs (« *Common Equity Tier 1 ; CET1* ») ; et (ii) des fonds propres de base supplémentaires (« *Additional Tier 1 ; AT1* »).
25. Les fonds propres doivent être versés intégralement ou générés par des activités internes à concurrence de leur prise en compte (art. 20, al. 1 OFR). A l'émission, ils ne peuvent pas (art. 20, al. 2 OFR) : (a) être financés directement ou indirectement par octroi de crédit de la banque à des tiers ; (b) être compensés avec des créances de la banque ; (c) être couverts par des valeurs patrimoniales de la banque (art. 20, al. 2 OFR). En cas de liquidation, de faillite ou de procédure d'assainissement, ils doivent prendre rang après les créances non subordonnées de tous les autres créanciers (art. 20, al. 3 OFR). Les instruments de capital qui prévoient une conversion conditionnelle ou un abandon de créance pas seulement pour la survenance d'un risque d'insolvabilité (art. 29 OFR) sont

pris en compte à titre d'élément de capital avec le statut précédant la conversion ou la réduction de la créance (art. 20, al. 4 OFR).

26. Peuvent être pris en compte au titre de fonds propres de base durs (CET1) (art. 21, al. 1 OFR) : le capital social libéré ; les réserves apparentes ; les réserves pour risques bancaires généraux après déduction des impôts latente, en l'absence de provision suffisante ; le bénéfice reporté ; le bénéfice de l'exercice en cours, limité au montant net après déduction de la part prévisible des dividendes, dans la mesure où une revue succincte satisfaisant aux exigences de la FINMA a été effectuée et qu'elle porte sur un compte de résultat complet au sens des dispositions d'exécution de la FINMA fondées sur l'article 42 OB ou selon un standard international reconnu par la FINMA.
27. La BCGE est classée dans la « catégorie 3 » selon la circulaire de la FINMA 2011/2 qui fixe un seuil minimal de 12% de couverture en fonds propres, à respecter en tout temps, auquel est rajouté 0.5% pour le volant anticyclique, ce qui porte l'exigence réglementaire à un ratio de 12,5% (Rapport annuel BCGE, <https://www.bcg.ch/pdf/rapport-annuel-bcg-2017-fr.pdf> [consulté en ligne le 31 janvier 2019, p. 40]).

iii. De la réglementation bancaire en matière de fonds propres – des « prêts subordonnés »

28. Conformément à l'article 9 de la LBCGE, qui n'a pas été modifié depuis l'entrée en vigueur de la loi le 1^{er} janvier 1994, la banque peut se procurer d'autres fonds, notamment par l'émission de tout instrument reconnu sur le marché financier (al. 1). Elle peut émettre des titres comportant des droits sur le bénéfice ou sur le produit de liquidation (al. 2). Les travaux préparatoires indiquent à cet égard (Mémorial du Grand Conseil 1992 43/V 5772-5809, exposé des motifs, p. 5791) : « *Cet article donne toute latitude à la banque de faire appel à d'autres formes de fonds propres, par exemple des emprunts subordonnés auxquels tant la Caisse d'épargne que la Banque hypothécaire ont déjà recouru* ».
29. Un prêt subordonné est un instrument financier, identifiable au moyen d'un code ISIN (« *International Securities Identification Numbers* »), consistant en l'émission d'un emprunt par un intermédiaire financier telle que la BCGE par exemple, constituant un engagement de rang subordonné à tous les autres engagements de l'émetteur. Il fait l'objet d'un prospectus décrivant notamment le code ISIN, le montant de l'emprunt, la période de souscription, les coupons, la durée, le rang et la subordination et la renonciation conditionnelle aux créances.
30. Il est vrai que, comme indiqué dans les travaux préparatoires de la loi adoptée en 1993, entrée en vigueur en 1994, jusqu'à la révision de l'OFR qui a abouti à la version actuellement en vigueur, du 1^{er} juin 2012, les « *prêts subordonnés* » étaient considérés comme des fonds propres (FINMA, Rapport explicatif du 21 octobre 2011 sur la modification de l'ordonnance sur les fonds propres (OFR) et des dispositions d'exécution - Fonds propres pris en compte et fonds propres nécessaires selon Bâle III / l'approche internationale en matière de répartition des risques [consulté en ligne le 31 janvier 2019], p. 16 et 27), plus particulièrement comme des fonds propres de base supplémentaires (AT1) ou des fonds propres complémentaires (T2).
31. Or, à compter de cette date, s'est rajoutée l'exigence, pour ces instruments de capital, d'avoir la capacité d'absorber les pertes en cas de risque de défaillance (« *point of non-viability* ; PONV). De tels instruments ne pouvaient ainsi plus être émis à compter du 1^{er} janvier 2013 sans clause dite PONV (FINMA, op. cit., p. 36-37). Les dispositions contractuelles applicables aux instruments de capital AT1 et T2 doivent ainsi contenir une clause dite PONV qui autorise l'autorité compétente à convertir ces instruments en CET1 ou à déclencher un abandon de créance à la date où le PONV est atteint (FINMA, op. cit.,

p. 36-37). Selon un communiqué de presse du GHOS (« *Group of Governors and Heads of Supervision* » : membres permanents du Comité de Bâle constitués des gouverneurs de plus de 27 Banques centrales nationales), ces dispositions contractuelles particulières ne sont pas requises si le droit en vigueur applicable à la banque prévoit directement (sans que des règles contractuelles soient nécessaires) des conséquences comparables pour les instruments de capital. Un avis d'expert émis par la juridiction à l'issue d'une évaluation par les pairs (« *peer review* ») doit confirmer que tel est bien le cas. Par la suite, l'autorité de surveillance compétente d'une part et la banque – dans les documents d'émission concernant ses instruments de capital – d'autre part doivent mentionner ces conséquences juridiques identiques à des règles contractuelles (FINMA, op. cit., p. 36-37).

32. Ces conditions ressortent très clairement de l'OFR. Ainsi, un instrument de capital peut tout d'abord être pris en compte au titre de fonds propres de base supplémentaires (art. 27, al. 1 OFR) : (a) s'il satisfait aux exigences définies aux articles 20 et 29 ; (b) s'il est à durée illimitée et que la banque, à l'émission, ne suscite aucun espoir de remboursement ou d'accord de l'autorité de surveillance en ce sens ; (c) si la banque est autorisée à procéder à un remboursement cinq ans au plus tôt après l'émission ; (d) si, à l'émission, la banque précise que l'autorité de surveillance n'autorisera un remboursement qu'aux conditions suivantes : les fonds propres restants satisfont aux exigences de l'article 41, ou suffisamment de fonds propres de qualité au moins égale sont émis ; (e) s'il ne présente aucune caractéristique compliquant de quelque manière que ce soit une augmentation du capital social de la banque ; (f) à condition que les distributions aux bailleurs de fonds par la banque soient volontaires et n'aient lieu que si des réserves distribuables sont disponibles ; et (g) s'il est exclu que les distributions aux bailleurs de fond augmenteront pendant la durée en raison du risque de crédit propre à l'émetteur.
33. Les engagements qui remplissent les conditions définies à l'alinéa 1 peuvent être pris en compte au titre de fonds propres de base supplémentaires lorsqu'ils deviennent caducs lors de la survenance d'un événement (« *trigger* ») défini par contrat, ou au plus tard lors du passage sous un seuil inférieur à 5,125% des fonds propres de base durs, par (art. 27, al. 3 OFR) : (a) une réduction de créance ; ou (b) une conversion en fonds propres de base durs.
34. Les conditions d'émission ou les statuts doivent prévoir qu'en cas de survenance d'un risque d'insolvabilité, les fonds propres de base supplémentaires contribueront à l'assainissement de la banque par le biais d'une annulation de créance ou d'une conversion. Dans ce cas, les créances des créanciers seront amorties en totalité (art. 29, al. 1 OFR). La conversion en fonds propres de base durs ou l'annulation de créance doit intervenir au plus tard (art. 29, al. 2 OFR) : (a) avant le recours à une aide des pouvoirs publics ; ou (b) lorsque la FINMA l'ordonne afin d'éviter une insolvabilité.
35. En ce qui concerne les titres de participation qui sont pris en compte à titre de fonds propres de base supplémentaires et ne présentent pas de mécanisme d'absorption des pertes au sens de l'article 29, alinéa 1, le contrat ou les statuts doivent prévoir la renonciation irrévocable, en cas de risque d'insolvabilité, à tout privilège par rapport au capital social qualifié de fonds propres de base durs (art. 29, al. 3 OFR).
36. Un instrument de capital peut être pris en compte au titre de fonds propres complémentaires (art. 30, al. 1 OFR) : (a) s'il satisfait aux exigences des articles 20 et 29, alinéas 1 et 2 ; (b) s'il a une durée initiale d'au moins cinq ans et que les conditions d'émission ne contiennent pas d'incitation au remboursement pour la banque ; (c) si la banque est autorisée à procéder à un remboursement au bout de cinq ans au plus tôt après l'émission ; (d) si, à l'émission, la banque précise que l'autorité de surveillance n'autorisera un remboursement anticipé qu'aux conditions suivantes : les fonds propres restants satisfont aux exigences de l'article 41, ou suffisamment de fonds propres de

qualité au moins égale sont émis ; (e) s'il est exclu que les distributions aux bailleurs de fonds augmenteront pendant la durée en raison du risque de crédit propre à l'émetteur.

37. Pendant les cinq années précédant l'échéance ultime, la prise en compte des instruments de capital des fonds propres complémentaires diminue chaque année à raison de 20% du montant nominal. Il n'y a plus aucune prise en compte la dernière année (art. 30, al. 2 OFR). Les dispositions de l'article 21, alinéa 2, ainsi que des articles 28 et 29, alinéas 1 et 2, s'appliquent par analogie (art. 30, al. 3 OFR). La FINMA précise dans des dispositions d'exécution technique les conditions de prise en compte d'éléments supplémentaires de fonds propres complémentaires, notamment en ce qui concerne les banques de droit public (art. 30, al. 4, let. a OFR).

iv. Quelques éléments relatifs à l'historique de l'assainissement de la BCGE

38. La Banque Cantonale de Genève a été créée par la loi constitutionnelle du 12 mars 1993, acceptée en votation populaire le 6 juin 1993, et entrée en vigueur le 1er janvier 1994, suite à la fusion de la « Caisse d'Épargne de la République et canton de Genève » (fondée en 1816) et de la « Banque Hypothécaire du canton de Genève » (fondée en 1847). Conformément à l'article 189, alinéa 1 Cst-GE, la BCGE est une société anonyme de droit public (au sens de l'art. 703 CO), qui a pour but de contribuer au développement économique du canton et de la région. Le canton et les communes détiennent la majorité des voix attachées au capital social de la banque (art. 189, al. 2 Cst-GE).
39. La BCGE s'est retrouvée en difficulté en 1999 et il a fallu mettre en place un dispositif d'assainissement. Deux projets de lois ont été proposés : le PL 8194 concernant les modalités d'acquisition, par l'Etat de Genève, d'actions nominatives de la BCGE, et le PL 8246, concernant la création de la FondVal et la garantie des prêts contractés par cette dernière.
40. Le Grand Conseil a finalement adopté, le 19 mai 2000, la « [L]oi 8194 autorisant une autorisation d'emprunt de 246 200 000 F au Conseil d'Etat pour financer l'acquisition d'actions nominatives et au porteur de la Banque cantonale de Genève et ouvrant un crédit extraordinaire d'investissement pour la constitution d'un capital de dotation de 100 000 F en faveur de la Fondation de valorisation des actifs de la Banque cantonale (ci-après « la FondVal») afin d'assurer l'augmentation requise des fonds propres de la Banque cantonale et de répondre aux exigences de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne ». Cette loi était munie de la clause d'urgence. La loi est entrée en vigueur le 25 mai 2000. De par cette loi, le Conseil d'Etat augmentait le capital de la BCGE en acquérant des actions nominatives pour un montant de 246 200 000 F, et des actions au porteur pour un montant de 138 700 000 F (art. 1). Par ailleurs, cette loi créait la FondVal, fondation de droit public ayant pour mission de favoriser la gestion, la valorisation et la réalisation de certains actifs (art. 5), avec un capital de dotation de 100 000 F (art. 8) alloué par l'Etat de Genève.
41. Aux termes de l'article 10 de la L 8194, « Dès sa constitution, la Fondation fera évaluer par un organe de révision indépendant les risques et pertes potentielles sur chaque actif transféré. ».
42. L'article 11 de la L 8194, intitulé « Prise en charge par la Banque cantonale de Genève », prévoyait ce qui suit :
- « ¹ La Banque cantonale de Genève rembourse à la Fondation sur une base annuelle :
- a) 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 cantonale de Genève, l'Etat ou les tiers,

- b) *les frais de fonctionnement (hors réalisation des actifs transférés) de la Fondation y compris les coûts liés à la réalisation des crédits transférés à la Fondation,*
- c) *les frais et montants nécessaires pour que la Fondation contrôle les opérations de portage,*
- d) *la rémunération de la garantie octroyée par l'Etat à la Fondation.*

² *La Banque cantonale de Genève effectuera les remboursements des montants mentionnés aux lettres a), b) c) en fonction de son résultat annuel après :*

- *constitution des provisions et des réserves nécessaires pour répondre aux exigences de fonds propres imposées par la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne*
- *et distribution des dividendes. »*

43. L'article 12 de la L 8194, intitulé « *Prise en charge par l'Etat de Genève* », prévoyait ce qui suit :

«¹ Les pertes sur la réalisation des actifs transférés sont prises en charge par l'Etat sous réserve des contributions de la Banque cantonale de Genève en fonction de sa situation financière.

«² Elles seront financées par la dissolution de la provision relative à la Banque cantonale de Genève et, au besoin, par un crédit supplémentaire visant à réalimenter la provision. »

44. Lors des débats au Grand Conseil ayant précédé l'adoption de la loi, Mme Micheline Calmy-Rey, conseillère d'Etat, avait déclaré que « *L'Etat quant à lui prendra en charge les pertes sur la réalisation des actifs transférés, et ce, en fonction de la situation financière de la banque* » (MGC 2000/IV/23/p. 3718).

45. L'article 13 de la L 8194 stipule ce qui suit :

«¹ Le Conseil d'Etat est autorisé à faire des avances nécessaires au fonctionnement de la Fondation.

«² Ces avances sont remboursables après encaissement des montants versés par la Banque cantonale de Genève selon l'article 11 ci-dessus. »

46. Enfin, en vertu de l'article 14 de la L 8194 :

«¹ Le Conseil d'Etat est autorisé par caution simple à garantir le remboursement de prêts d'un montant maximum de 5 milliards de francs en faveur de la Fondation.

«² Cette caution simple sera mentionnée au pied de bilan de l'Etat de Genève.

«³ Cette garantie fait l'objet d'une rémunération par la Fondation selon des modalités à fixer par convention conclue entre le Conseil d'Etat, la Banque cantonale de Genève et la Fondation.

«⁴ Un éventuel appel de la garantie sera financé par une demande de crédit extraordinaire soumise au Grand Conseil. »

47. La FondVal a été inscrite au Registre du commerce le 29 juin 2000. Son but statutaire était de « *gérer, valoriser et réaliser les actifs de la Banque cantonale de Genève (BCGe) qui lui seront transférés et par là de contribuer à l'assainissement de celle-ci* ».

48. L'Etat de Genève, la BCGE et la FondVal ont signé une convention le 27 juillet 2000 détaillant la cession des actifs devant être transférés à cette dernière, et les modalités de financement et de remboursement de la FondVal par la Banque. La BCGE a ainsi cédé, au 30 juin 2000 (art. 1.1-1.4) :

- en pleine propriété à la FondVal, qui les a acquis au 30 juin 2000, les actifs correspondant aux créances en capital, commissions, frais et intérêts dûment justifiés qu'elle détenait contre les débiteurs énumérés à l'annexe A de la convention, avec leurs accessoires (notamment les gages) dont le montant valeur 31 décembre 1999 figure à côté du nom ou de la raison sociale de chaque débiteur sous la mention « Engagements au 31.12.1999 » et qui résultent des crédits en principe garantis, notamment par des droits réels immobiliers dont l'indication est mentionnée en regard des actifs cédés ;
 - à la FondVal les contrats qu'elle a conclus avec les sociétés de mise en valeur qui sont énumérés à l'annexe B de la convention, ainsi que les actifs et droits rattachés à ces sociétés, y compris les droits relatifs à leur capital-actions.
49. Le prix de cession a été arrêté à 4 961 000 000 F (art. 1.5), montant porté à 5 067 000 000 F au 30 juin 2000. Un dernier paquet d'actifs d'une valeur de 225 675 291.84 F (valeur 31 octobre 2001) a été cédé par un avenant à la Convention du 19 novembre 2001 (PL 10202, exposé des motifs, p. 9). Pour financer cette cession et permettre à la FondVal de payer à la BCGE ce montant de 5,067 milliards F, cette dernière lui a accordé un prêt sous la forme d'avances à terme d'un montant égal au prix de cession (art. 5.1), qui portait intérêts selon un taux révisé périodiquement.
50. La convention précise également que dans le cadre de la répartition de son bénéfice annuel, la BCGE rembourse à la FondVal les frais encourus par cette dernière durant l'exercice écoulé, à savoir (art. 6.3) :
- a) les frais financiers consistant en la différence entre les revenus encaissés par la FondVal en relation avec les actifs cédés et les charges financières totales des prêts octroyés à la FondVal par la Banque, l'Etat ou des tiers ;
 - b) les frais de fonctionnement qui comprennent :
 - o les rémunérations, y compris les charges sociales des membres du Conseil de Fondation, de la Direction et du personnel de la FondVal ;
 - o les frais de locaux loués utilisés par la FondVal ou le loyer équivalent à l'immeuble qu'elle occupe à titre de propriétaire ;
 - o les frais de matériel, y compris les ordinateurs et les programmes informatiques utiles à la réalisation de son but social ;
 - o les autres frais généraux.
 - c) les frais et montants nécessaires pour que la FondVal contrôle les sociétés de mise en valeur. Ces montants comprennent notamment les valeurs nominales du capital-actions des sociétés de mise en valeur achetées par la FondVal.
51. Dans la répartition de son bénéfice annuel, la BCGE doit également tenir compte (art. 6.4) :
- de la constitution des provisions et des réserves nécessaires pour répondre aux exigences de fonds propres imposées par la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne ;
 - et, le cas échéant, de la distribution d'un dividende.
52. Le remboursement à la FondVal des frais de l'exercice écoulé intervient immédiatement après l'assemblée générale ordinaire de la BCGE. L'Etat verse des avances à la FondVal et se substitue à celle-ci pour la part des frais et montants visés à l'article 6.3, que la BCGE n'a pas payée dans le cadre de la répartition annuelle de son bénéfice. L'Etat se réserve le droit de se rembourser ultérieurement dans le cadre de la répartition des bénéfices des exercices suivants (art. 6.5).

53. La convention a été conclue pour une durée allant jusqu'à la liquidation de la FondVal (art. 15.1). Elle est donc devenue caduque le 1^{er} janvier 2010 (la date de la liquidation de la FondVal ayant été fixée au 31 décembre 2009, cf. L 10202, art. 6, al. 4).
54. Suite à l'évaluation des risques et pertes potentiels sur chaque actif transféré, prévue par l'article 10 de la L 8194, l'Etat de Genève a inscrit une provision dans ses comptes de l'année 2000 à hauteur de 2,7 milliards (charge non monétaire au passif). Ce montant a été déterminé sur la base d'une expertise portant sur 48% des engagements cédés à la FondVal. L'expertise évaluait un taux global de pertes de 53% de la valeur des créances cédées.
55. En vertu d'un accord du 11 mars 2005 entre la BCGE et l'Etat de Genève, il a été convenu qu'une attribution spéciale serait versée à l'Etat de Genève, correspondant à 20% du total des dividendes ordinaires et supplémentaires décidés. Le but de l'accord était de faire figurer cette clause dans les statuts de la BCGE, où elle se trouve toujours. Cet accord avait une validité de dix ans, renouvelable et sujet à renégociation tous les dix ans – un an avant l'échéance. N'ayant pas été renouvelé, cet accord est donc caduc depuis le 11 mars 2005. La modification correspondante des statuts a été adoptée le 3 mai 2005 par l'assemblée générale ordinaire de la BCGE. Par la L 9572 du 16 septembre 2005, entrée en vigueur le 22 novembre 2005, la loi ratifiant les statuts de la BCGE a été modifiée en conséquence.
56. La FondVal a été liquidée au 31 décembre 2009. A cette date, l'Etat de Genève lui a succédé avec tous ses droits et obligations (art. 6, al. 4 ; L 10202).

v. Des flux d'argent entre l'Etat de Genève et la BCGE

57. Les relations liant les différentes parties sont les suivantes :

a) BCGE – FondVal :

- cessions de créances de la BCGE à la FondVal ;
- paiement par la FondVal à la BCGE du prix des créances cédées par cette dernière ;
- prêt accordé par la BCGE à la FondVal du montant du prix des créances cédées à cette dernière ;
- remboursement du prêt par la FondVal à la BCGE ;

b) FondVal – BCGE - Etat de Genève :

- caution simple en faveur de la BCGE pour garantir la dette de la FondVal vis-à-vis de cette dernière en remboursement du prêt ;

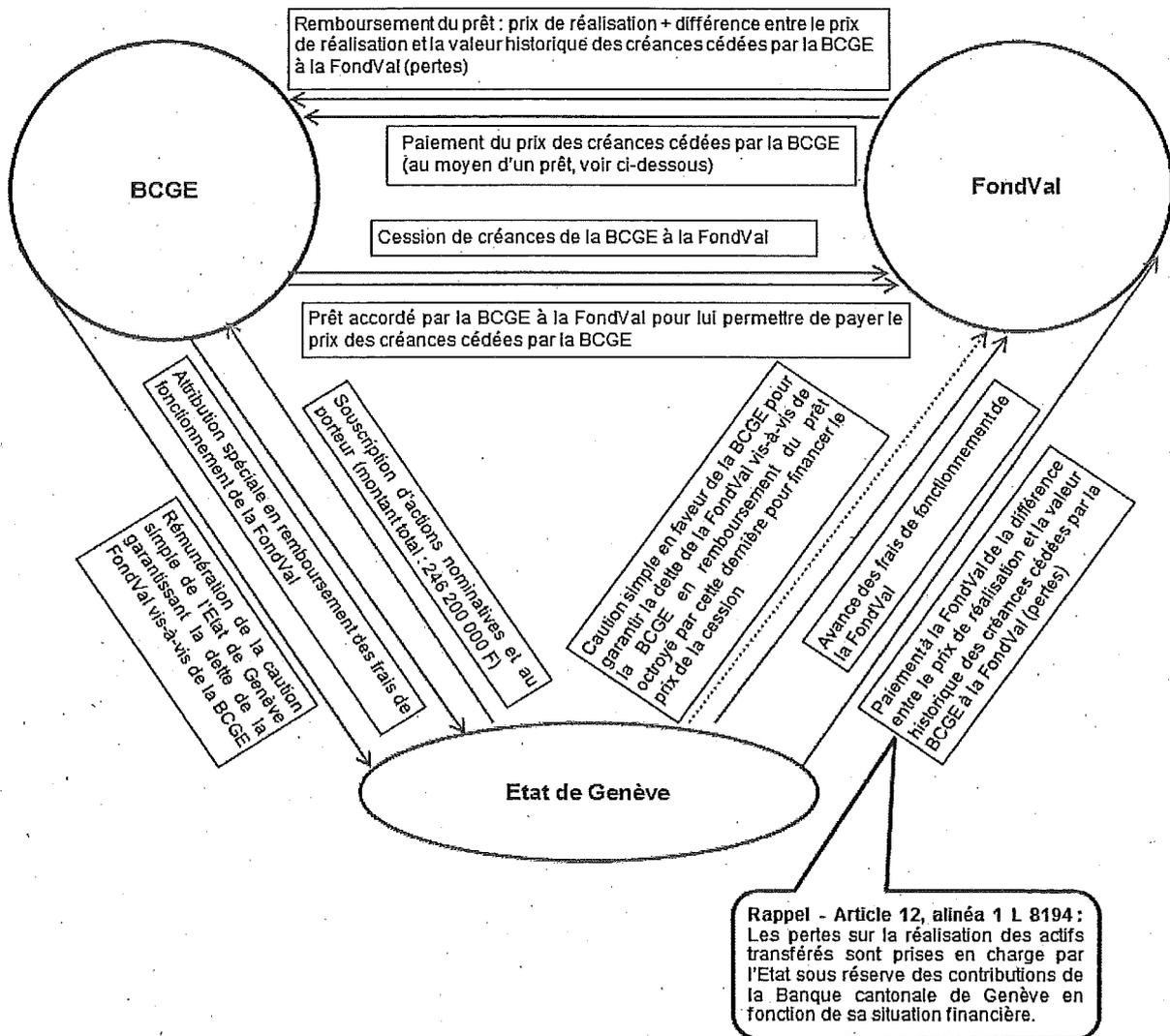
c) FondVal – Etat de Genève :

- avance des frais de fonctionnement de la FondVal ;
- paiement à la FondVal de la différence entre le prix de réalisation et la valeur historique des créances cédées par la BCGE à la FondVal (pertes) ;

d) BCGE – Etat de Genève :

- souscription d'actions nominatives et au porteur (pour un montant total de 246 200 000 F) ;
- rémunération de la caution simple de l'Etat de Genève garantissant la dette de la FondVal vis-à-vis de la BCGE ;
- attribution spéciale en remboursement des frais de fonctionnement de la FondVal.

58. Il est possible d'illustrer ces relations tripartites entre la BCGE, l'Etat de Genève et la FondVal de la façon suivante :



vi. De l'absence de versement de l'Etat à la BCGE et de l'absence de prêt

59. Le Conseil d'Etat relève que le comité d'initiative a utilisé les termes suivants :

- [rembourser les 3,2 milliards] « **prêtés par l'Etat** » (titre de l'IN 171 ; surligné par nous) ;
- « **prêt subordonné** » (art. 238 (nouveau), al. 1) ;

- « fonds [nécessaires à l'octroi de ce prêt ...] versés à la banque » (art. 238 (nouveau), al. 2 ; surligné par nous) ; et
- « prêt » (art. 238 (nouveau), al. 3 et 4).

60. Comme indiqué ci-dessus, une initiative rédigée de toutes pièces s'interprète, à l'instar d'une loi, 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 utilisant d'autres méthodes d'interprétation. Il sied de constater tout d'abord ici que les termes employés ne sont pas ambigus et ne permettent donc pas de s'écarter de l'interprétation littérale.

61. Comme cela a été exposé plus haut, une des caractéristiques du prêt est l'obligation du prêteur de transférer la propriété d'une chose fongible à l'emprunteur. Or, au vu du tableau ci-dessus, il apparaît que :

- l'Etat de Genève a souscrit à des actions nominatives et au porteur de la BCGE ;
- l'Etat de Genève a versé des fonds à la FondVal (avances pour les frais et versements pour couvrir les pertes) ;

mais que l'Etat n'a à aucun moment versé directement des fonds à la BCGE.

62. Le fait que l'Etat de Genève ait succédé à la FondVal dans ses droits et obligations à compter de sa liquidation au 31 décembre 2009 ne change rien à cette conclusion.

63. Il manque donc une condition essentielle pour admettre un contrat de prêt, à savoir le transfert de propriété d'une chose fongible du prêteur vers l'emprunteur.

64. Par voie de conséquence, le Conseil d'Etat parvient à la conclusion que l'IN 171 contient une erreur essentielle tant dans son titre que dans son contenu. S'il est certes vrai que le titre reflète bien la volonté des initiants, à savoir obtenir le remboursement d'un prêt allégué, il contient toutefois une prémisse, qui est d'ailleurs le fil conducteur qui se retrouve dans le corps même de l'IN 171, qui est fautive : l'Etat n'a jamais versé de l'argent directement à la BCGE, et partant, n'a jamais conclu un contrat de prêt avec la BCGE. Cela ressort d'ailleurs des bilans successifs tant de la BCGE que de l'Etat depuis l'assainissement de cette dernière, dans la mesure où un tel prêt aurait dû figurer au passif de l'un, et à l'actif de l'autre, ce qui n'a jamais été le cas.

65. Certes, dans ses explications, le comité d'initiative estime que le mécanisme de remboursement, et partant le prêt, ne déploierait en réalité ses effets qu'à compter de l'entrée en vigueur de l'IN 171. Cette conclusion est toutefois contradictoire avec l'interprétation littérale des passages précités (voir *supra* ch. XX), d'où il ressort clairement que les initiants estiment que les fonds ont déjà été « versés à la Banque », et que les 3,2 milliards ont déjà été « prêtés par l'Etat ».

66. Le Conseil d'Etat ne doute pas de la bonne foi des initiants quant à leur compréhension des différentes démarches effectuées pour assainir la BCGE et quant à leur volonté de permettre à l'Etat de Genève, par le biais de l'IN 171, de recevoir les montants qui lui seraient dus dans ce cadre. Il considère toutefois que cette erreur essentielle, qui a un impact déterminant sur l'issue de l'IN 171, comme cela sera exposé ci-après, est de nature à :

- induire les électeurs en erreur sur la réalité de la situation des relations entre la BCGE et l'Etat ;
- influencer la décision du citoyen de manière erronée; et partant
- d'empêcher les citoyens de pouvoir exprimer leur volonté de manière libre et éclairée.

67. De ce fait, le Conseil d'Etat considère que le titre de l'IN 171, et l'article 238 (nouveau), alinéas 1, 2, 3 et 4 viole la garantie de la liberté de vote au sens de l'article 34 Cst. féd.

Partant, l'article 238 (nouveau), alinéas 1, 2, 3 et 4 doit être invalidé. Le Conseil d'Etat arrive à la même conclusion sous l'angle du principe de la clarté, qui émane lui aussi de l'article 34 Cst. féd., comme cela sera exposé ci-après.

68. A toutes fins utiles, il sera indiqué qu'au vu du constat ci-dessus et de ce qui sera exposé ci-après, le Conseil d'Etat pourra laisser ouverte la question soulevée par la BCGE et le Comité d'initiative sur l'existence, ou pas, d'une obligation, de la part de la BCGE, de rembourser les pertes sur la base de l'article 12, alinéa 1 de la L 8194 et, de manière plus générale, la qualification des rapports et engagements des différentes parties entre elles.

vii. Des conséquences comptables de l'absence de versement de fonds et donc, de prêt

69. En cas de prêt, deux enregistrements sont touchés en comptabilité (BUCHELER, Abrégé de droit comptable, Articles 957ss CO et législation sur les sociétés et autres entités, 2^{ème} édition, Genève/Zürich 2018, p. 78) :

- une dette correspondant au montant à rembourser est enregistrée au passif ;
- les fonds reçus sont portés à l'actif.

Comme le montant à rembourser est nécessairement celui qui a été prêté, l'actif et le passif augmentent simultanément du même montant.

70. A défaut d'une contreprestation (versement de fonds) de l'Etat de Genève qui serait portée à l'actif du bilan, et donc, à défaut d'un prêt de sa part en faveur de la BCGE, l'engagement qui serait imputé à la BCGE en application du texte de l'IN 171 devrait être comptabilisé comme une dette de 3,2 milliards F au passif de son bilan.

viii. Des conséquences sous l'angle de la réglementation en matière de fonds propres

71. Comme indiqué plus haut, à certaines conditions, les « *prêts subordonnés* » peuvent être considérés comme des instruments de capital qualifiés de fonds propres de base supplémentaires (AT1) ou de fonds de base complémentaires (T2). La condition première est que les fonds propres de base doivent être versés intégralement ou générés par des activités internes à concurrence de leur prise en compte (art. 20, al. 1 OFR), et ne peuvent pas, à l'émission, être financés directement ou indirectement par octroi de crédit de la banque à des tiers, être compensés avec des créances de la banque, ou être couverts par des valeurs patrimoniales de la banque (art. 20, al. 2 OFR). Ces exigences doivent être impérativement remplies, tant pour un instrument de capital de type AT1 ou de type T2.
72. Or, en l'absence d'un versement de fonds de la part de l'Etat de Genève en faveur de la BCGE, passé ou à venir, ces conditions ne seraient à l'évidence pas remplies et un éventuel « *prêt subordonné* » ne pourrait de toute façon pas être considéré comme un instrument du capital à inscrire dans les fonds propres de la BCGE. Non seulement ces mêmes fonds propres ne seraient donc pas augmentés par l'effet de l'IN 171, mais l'inscription d'un « *prêt subordonné* » d'une valeur de 3,2 milliards F au bilan de la BCGE aurait des conséquences potentiellement désastreuses pour la BCGE, comme cela sera exposé ci-après.
73. En tout état de cause, même si par impossible il fallait admettre l'existence d'un versement de fonds de l'Etat à la BCGE, ce qui n'est pas le cas ici comme cela a été démontré, le prêt subordonné prévu par l'IN 171 devrait être inscrit dans les fonds étrangers de la BCGE et non dans les fonds propres de cette dernière, ce qui aboutirait à la même conclusion que celle exposée au chiffre précédent, et aux mêmes conséquences que celles qui seront exposées ci-après.

74. En effet, l'article 238 (nouveau), alinéa 7, déclare qu'il 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* ».
75. Par analogie avec la théorie de l'applicabilité directe en droit international public, l'applicabilité directe se définit comme l'aptitude d'une règle constitutionnelle à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits et des obligations dont ils peuvent se prévaloir devant les autorités où cette règle est en vigueur. Ne sont en revanche pas directement applicables les dispositions-programmes, qui ne confèrent pas directement des droits et des obligations aux particuliers, mais s'adressent à l'Etat en laissant une marge appréciable de liberté au législateur (Arrêt 4F 2007-184 de la Cour fiscale fribourgeoise, du 7 novembre 2008, consid. 3.c), faisant référence à AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. 1, Berne, 2006, ch. 1307). Dans le cadre de l'entrée en vigueur de la Constitution zurichoise, le 1er janvier 2006, CAMPRUBI exprime l'avis, dans son commentaire des dispositions finales, que les articles suffisamment précis et n'ayant pas de contenu programmatique doivent être appliqués par toutes les autorités dès l'entrée en vigueur. Cette position, bien que concernant la Constitution du Canton de Zürich, a été utilisée par la Cour fiscale fribourgeoise dans un cas qu'elle avait à trancher, considérant qu'il exposait un principe général (Arrêt 4F 2007-184 de la Cour fiscale fribourgeoise, du 7 novembre 2008, consid. 3.c) et la référence citée).
76. Il sied de préciser en préambule qu'une application directe ne se déclare pas, mais s'interprète au vu de ses effets. Quoi qu'il en soit, l'article 238 (nouveau) alinéa 7 contient des éléments contradictoires, dans la mesure où la seconde phrase prévoit « *tant qu'une loi cantonale d'application ne sera pas entrée en vigueur* ». La première phrase déclarant l'applicabilité directe de la disposition constitutionnelle – et partant, l'absence de législation d'application – est donc contradictoire par rapport à la seconde phrase qui envisage précisément cette même législation d'application. La question de l'applicabilité directe, ou pas, de l'article 238 (nouveau) peut néanmoins rester ouverte au vu des conclusions ci-après.
77. En effet, usuellement, la constitution est plus ouverte, moins déterminée que la loi. Les règles ouvertes doivent être concrétisées (par une législation d'application) plus qu'interprétées (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, op. cit., 3^{ème} édition, ch. 1483). Or, pour les dispositions constitutionnelles qui sont comparables, quant à leur densité, leur style et leur fonction, aux règles légales, il faut partir de l'équivalence méthodologique de l'interprétation des lois et de la constitution (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, op. cit., 3^{ème} édition, ch. 1483).
78. En l'espèce, force est de constater que l'article 238 (nouveau) contient des éléments très précis, qui ne laissent pas de place à une législation d'application ou que celle-ci risquerait de ne pas respecter le principe de la conformité au droit supérieur.
79. En effet, l'article 238 (nouveau) prévoit spécifiquement :
- l'octroi d'un « *prêt subordonné* » (al. 1) ;
 - une durée fixe dudit prêt de 30 ans, prolongeables de 10 ans supplémentaires (al. 4) ;
 - un remboursement par annuités dès l'entrée en vigueur de l'initiative, le 1^{er} janvier suivant une période de 3 mois après la date de son acceptation en votation populaire (al. 4 et 7 ; voir également exposé des motifs : « *Chaque année, la banque devra consacrer une part de ses bénéfices au paiement de sa dette tout en continuant à rémunérer ses actionnaires [...]* ») ;
 - un remboursement « *ferme* » sur 30 ans, comme cela ressort du titre de l'initiative et de l'article 238 (nouveau), alinéa 4 (voir également exposé des motifs : « *Notre*

initiative permettra le remboursement du coût de son sauvetage par la BCGE sur une période de 30 ans »).

80. Or, comme exposé ci-dessus, des conditions très restrictives doivent être remplies pour pouvoir admettre la qualification AT1 ou T2 pour un prêt subordonné.
81. Ainsi, au vu de ce qui précède, une éventuelle législation d'application ne pourrait pas prévoir, sans contrevenir à la disposition constitutionnelle par hypothèse adoptée :
 - une durée illimitée du prêt ;
 - le fait que la banque, à l'émission du prêt subordonné, ne susciterait aucun espoir de remboursement ;
 - que la BCGE serait autorisée à procéder à un remboursement cinq ans au plus tôt après l'émission.
82. Or, de ce fait, un ou plusieurs des conditions (cumulatives) des articles 27 et 29 OFR ne seraient pas remplies, sans qu'une éventuelle législation d'application puisse y remédier.
83. Cela aurait pour conséquence que sur la base de l'article 238 (nouveau), un « *prêt subordonné* » ne remplirait pas les conditions restrictives devant désormais être impérativement remplies pour être comptabiliser dans les fonds propres, en tant que fonds propres de base supplémentaires (AT1) ou en tant que fonds propres complémentaires (T2).
84. Un tel « *prêt subordonné* » serait donc considéré comme fonds étrangers de la BCGE, ce qui aurait pour conséquence que les fonds propres de la BCGE ne seraient pas augmentés.
85. A toutes fins utiles, il sera précisé ici que la conclusion ci-dessus et la qualification d'un « *prêt subordonné* » comme fonds étrangers est confirmée par le « *Plan de remboursement de la BCGE à l'Etat et de recapitalisation sur 30 ans* » annexé au projet de loi 12238 « *instituant un plan de régularisation permettant à la Banque cantonale de Genève (BCGE) de rembourser au canton de Genève le coût de son sauvetage au 31 décembre 2016* », dont le premier signataire est également remplaçant du mandataire du comité d'initiative, qui prévoit également l'octroi d'un prêt subordonné par l'Etat de Genève en faveur de la BCGE, prêt subordonné devant être inscrit dans les fonds étrangers de la BCGE.
86. Pour comprendre les conséquences de ce qui précède, il sied de rappeler que comme cela a été exposé ci-dessus, l'entrée en vigueur de l'IN 171 aurait pour effet l'inscription d'une dette d'environ 3,2 milliards au passif du bilan de la BCGE. Ce passif au bilan serait une charge au compte de résultat, qui grèverait celui-ci et résulterait en une perte d'un montant d'environ plus de 3 milliards (le bénéfice de la BCGE (maison-mère) selon le rapport annuel au 31 décembre 2018 s'élevant à 76 376 000 F; <https://www.bcge.ch/pdf/rapport-annuel-bcge-2017-fr.pdf> [consulté en ligne le 31 janvier 2019]).
87. Or, les pertes des établissements bancaires sont absorbées par les éléments de capital selon les principes suivants (art. 19 OFR) : (a) les pertes sont absorbées par les fonds propres de base durs avant de grever les fonds propres de base additionnels; (b) les pertes sont absorbées par les fonds propres de base supplémentaires avant de grever les fonds propres complémentaires.
88. Au 31 décembre 2018, le montant des fonds propres pris en compte de la BCGE (consolidé) s'élevait à 1 761 606 000 F (<https://www.bcge.ch/pdf/rapport-annuel-bcge-2017-fr.pdf> [consulté en ligne le 31 janvier 2019], p. 106), dont :
 - fonds propres de base durs (CET1) de 1 447 143 000 F ; et

- fonds propres de base (T1, soit fonds propres de base durs (CET1) et fonds propres supplémentaires (AT1)) de 1 645 533 000F.
89. Force est dès lors de constater que la BCGE ne couvrirait d'aucune façon les ratios de fonds propres exigés pour une banque de catégorie 3 qui ont été évoqués plus haut.
- ix. Des conséquences sous l'angle du code des obligations et de la réglementation en matière de fonds propres
90. S'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte, le conseil d'administration convoque immédiatement une assemblée générale et lui propose des mesures d'assainissement (art. 725 CO). L'article 725 CO distingue ainsi deux moments-clés qui font naître des obligations spécifiques à charge du conseil d'administration, respectivement (CR-CO I-PETER/CAVADINI 725 CO N 2) :
- lorsque le 50% des fonds propres imposés par la loi est consommé par des pertes (al. 1), ce que l'on a parfois appelé la « sonnette d'alarme » ; et
 - lorsque le 100% des fonds propres imposés par la loi est consommé par des pertes (al. 2), c'est-à-dire en cas de surendettement.
91. Dans la perspective de l'article 725 CO, il est utile de subdiviser les fonds propres en fonds propres non imposés par la loi et fonds propres imposés par la loi. Dans la terminologie de l'article 725 CO, le « capital » est synonyme de fonds propres imposés par la loi. Ceux-ci se décomposent en capital social et réserves légales (CR-CO I – PETER/CAVADINI 725 CO N 9-10).
92. En vertu du document « *Exigences de publication liées aux fonds propres* » publié par la BCGE (Déclaration Bâle III, pilier III, BCGE comptes consolidés au 31.12.2017 ; https://www.bcge.ch/pdf/BCGE_texte_Pilier_III_31_Dec_2017_V3.pdf [consulté en ligne le 31 janvier 2019]), les fonds propres de la BCGE s'élèvent à 1 447 143 000 F. S'il fallait comptabiliser une perte d'environ 3,2 milliards F, cela aurait pour conséquence de consommer entièrement les fonds propres de la BCGE, et d'entraîner un surendettement de celle-ci, au sens de l'article 725 CO.
93. En vertu de l'article 25, alinéa 3 LB, les dispositions relatives à la procédure concordataire (art. 293 à 336 LP2), à l'ajournement de la faillite des sociétés anonymes (art. 725 et 725a CO3) ainsi qu'à l'obligation d'aviser le juge (art. 728c, al. 3 CO) ne s'appliquent pas aux banques. En revanche, en vertu de l'article 25, alinéa 1 LB, s'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'une banque ne soit surendettée ou qu'elle ne souffre de problèmes de liquidité importants, ou si la banque n'a pas rétabli une situation conforme aux prescriptions en matière de fonds propres dans le délai imparti par la FINMA, cette dernière peut ordonner : (a) des mesures protectrices; (b) une procédure d'assainissement; (c) la faillite de la banque (faillite bancaire). Les mesures protectrices peuvent être ordonnées isolément ou conjointement à une procédure d'assainissement ou de faillite. A titre de mesures protectrices, la FINMA peut notamment limiter l'activité de la banque (art. 26, alinéa 1 let. e) LB), interdire à la banque d'opérer des paiements (art. 26, al. 1, let. e) LB), ou encore fermer la banque (art. 26, al. 1, let. f) LB). Par ailleurs, la FINMA peut décider d'ouvrir une procédure d'assainissement lorsqu'il paraît vraisemblable qu'un assainissement aboutira ou que certains services bancaires pourront être maintenus (art. 28, al. 1 LB).
94. En vertu de l'article 3 de l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur l'insolvabilité des banques et des négociants en valeurs mobilières, du 30 août 2012 ; Ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire, OIB ; RS 952.05), lorsqu'une procédure de faillite ou d'assainissement est ouverte, elle s'étend à tous les biens réalisables appartenant à la banque à ce moment-là, qu'ils se trouvent en Suisse ou à l'étranger. La perspective de l'assainissement de la banque ou du maintien de

certain services bancaires se justifie lorsqu'on peut valablement penser, au moment où la décision est prise (art. 40 OIB) : (a) que l'assainissement placera vraisemblablement les créanciers dans une meilleure position que la faillite; et (b) que la procédure d'assainissement est réalisable tant sur le plan des délais que sur le plan technique, étant précisé qu'il n'existe aucun droit à l'ouverture d'une procédure d'assainissement.

95. Il n'y a pas lieu ici de détailler plus avant les modalités des différentes mesures d'assainissement qui peuvent venir en sus des mesures protectrice susmentionnées (art. 41 OIB). Le Conseil d'Etat se contentera de relever que cela peut comprendre des mesures de capitalisation, plus spécifiquement, la conversion des fonds de tiers en fonds propres (sous réserve de certaines exceptions) ou une réduction de créance partielle ou totale.
96. Or, force est de constater qu'à l'instar de la conclusion du Tribunal fédéral dans les causes 1C_59/2018, 1C_60/2018, il est impossible au citoyen de se rendre compte des conséquences que pourrait avoir l'admission de l'IN 171 à la lecture de cette dernière. Au contraire, il y a un risque confinant à la certitude qu'au moment de voter, tout citoyen favorable à l'IN 171, croira de bonne foi aider l'Etat à récupérer son dû, sans se rendre compte que cette même initiative pourrait avoir l'effet inverse.
97. Et contrairement à ce qu'avait jugé le Tribunal fédéral dans le cadre de l'IN 150, on ne peut pas admettre que ces mêmes conséquences pourraient être exposées dans le message explicatif, ce qui aurait pour conséquence de pallier le défaut de clarté de l'IN 171 (Arrêt du Tribunal fédéral non publié 1C_659/2012, du 24 septembre 2013, consid. 5.2). En effet, il faut rappeler qu'en matière de votations, l'article 53 LEDP prévoit qu'en matière cantonale, le commentaire des autorités est rédigé par le Conseil d'Etat. Il comprend une synthèse brève et neutre de chaque objet soumis à votation, ce qui paraît difficilement conciliable avec la complexité des explications qui précèdent. Par ailleurs, contrairement à ce qui était le cas pour l'IN 150, ces conséquences touchent l'objectif même de l'initiative, dans la mesure où en l'acceptant, les citoyens pourraient sans se rendre compte obtenir l'effet inverse de ce qu'ils croyaient viser.
98. Au vu des explications qui précèdent, le Conseil d'Etat confirme sa première conclusion selon laquelle l'article 238 (nouveau), alinéas 1, 2, 3, et 4, viole le principe de la clarté, et partant, la garantie de la liberté du droit de vote. Pour cette raison, ces dispositions doivent être invalidées.

x. De l'article 189, alinéa 3 (nouveau)

99. Contrairement à l'article 238 (nouveau), l'article 189, alinéa 3 (nouveau) ne fait pas référence à un prêt ni à un versement, mais au « *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, la conclusion est malgré tout la même que pour l'article 238 (nouveau), alinéa 1, 2, 3 et 4.
100. En effet, l'interprétation littérale et univoque de cette disposition permet de comprendre qu'elle vise le remboursement, par la BCGE, de tout montant au titre de capital, intérêt ou frais qui a grevé l'Etat et ses comptes à compter de l'assainissement de la BCGE, soit à compter de l'année 2000 jusqu'à ce jour. Cela signifie que dès l'entrée en vigueur de l'IN 171, par supposition acceptée, soit le 1^{er} janvier suivant une période de 3 mois à compter de cette même acceptation, la BCGE devrait inscrire un engagement, une dette au passif de son bilan, et l'Etat, simultanément, une créance correspondante.
101. Or, pour déterminer le montant de cette dette, force est de constater que par voie :
 - d'interprétation systématique, en se référant au titre de l'IN 171 (« *la BCGE doit rembourser les 3,2 milliards prêtés par l'Etat* »); ou

- d'interprétation téléologique, en se référant à l'exposé des motifs de l'IN 171 (à titre d'exemples : « *La BCGE nous doit 3,2 milliards : les récupérer c'est possible* », « *3,2 milliards de dette pour sauver la BCGE* », « *Récupérer nos 3,2 milliards, c'est possible* », « *Récupérons les 3,2 milliards : Signez et faites signer l'initiative* ») ;

on arrive à la conclusion que le risque pour la BCGE s'élève à 3,2 milliards F, en vertu de ce qu'annonce le titre de l'IN 171 et le contenu de cette dernière.

102. D'ailleurs, la volonté du citoyen qui, par hypothèse accepterait l'initiative, s'exprimerait par un « oui » à la question « *Acceptez-vous l'initiative 171 « la BCGE doit rembourser les 3,2 milliards prêtés par l'Etat ? »* ». Même en lisant la disposition concernée par ce titre, il n'y a aucun élément qui pourrait l'amener à conclure que ce montant serait inférieur à 3,2 milliards.
103. Or, en application du principe de prudence (art. 958c, al. 1, ch. 5 CO), une dette est enregistrée au sein des capitaux étrangers sitôt qu'elle est probable. Si le montant doit pouvoir être estimé avec un degré de fiabilité suffisant, la certitude de la sortie de fonds n'a pas à être établie. La prudence commande en effet de « *voir le pire* » et donc, de tenir compte des possibilités de sorties de fonds (pour autant que leur montant puisse être estimé avec un degré suffisant de fiabilité) (BUCHELER, op. cit., p. 77).
104. Quelles seraient les conséquences possibles de l'inscription d'un montant de 3,2 milliards F ? Les mêmes que celles exposées ci-dessus d'un prêt subordonné sans contrepartie, à savoir le surendettement de la BCGE, les mesures protectrices de la banque pouvant aller jusqu'à la fermeture de cette dernière, les mesures d'assainissement et potentiellement les mesures de capitalisation impliquant potentiellement la conversion des fonds de tiers en fonds propres ou la réduction partielle ou totale de créances, ce que le citoyen n'a aucun moyen de savoir au moment où il exprime son vote.
105. Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat n'a pas d'autre choix que d'invalider également l'article 183, alinéa 3 (nouveau), pour violation du principe de la clarté et partant, de la garantie de la liberté de vote.

xi. De l'article 238 (nouveau), alinéas 5, 6, et 7

106. Comme déjà indiqué, à 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. 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. 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. Tel est le cas lorsque la partie restante de l'initiative forme un tout homogène qui suit la direction donnée par l'initiative complète, de sorte que l'initiative ne soit pas dépouillée de son contenu essentiel (ATF 130 I 185 consid. 5 ; ATF 125 I 21 consid. 7b ; Arrêt non publié 1C_302/2012 du 27 février 2013 du Tribunal fédéral, consid. 4.1).
107. Or, au vu de l'invalidité, constatée par le Conseil d'Etat ci-dessus, de l'article 189, alinéa 3 (nouveau), et de l'article 238 (nouveau), alinéas 1, 2, 3 et 4, force est de constater que les alinéas 5 à 7 de l'article 238 (nouveau) ne peuvent pas subsister indépendamment des dispositions invalidées. L'IN 171 sera donc entièrement invalidée et déclarée nulle.

xii. Quelques considérations supplémentaires à titre subsidiaire

De la caducité des conventions et de la modification des statuts

108. L'article 238 (nouveau), alinéa 5, prévoit que les conventions en cours entre l'Etat 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. L'article 238 (nouveau), alinéa 6, quant à lui, prévoit qu'en tant que de besoin, le Conseil d'Etat 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 dudit article. Or, comme cela a été exposé ci-dessus, les conventions visées par l'article 238 (nouveau), alinéa 5, sont déjà caduques.
109. En ce qui concerne les statuts, il sied de rappeler que la BCGE est une société anonyme de droit public selon l'article 763 CO (art. 1 LBCGE). Comme toute société anonyme, l'assemblée générale des actionnaires est un des organes de la banque (art. 10 LBCGE), plus spécifiquement l'organe suprême de cette dernière (art. 11, al. 1 LBCGE). En cette qualité, elle dispose notamment de la compétence d'adopter et modifier ses statuts sur propositions du Conseil d'administration ou du Conseil d'Etat, étant précisé que pour entrer en force lesdites modifications doivent être ratifiées par le Grand Conseil (art. 11, al. 2 LBCGE).
110. Par conséquent, il est certes possible au Conseil d'Etat de proposer à l'assemblée générale de modifier les statuts, et il est également possible à l'Etat de Genève et aux communes actionnaires d'accéder favorablement à cette proposition.
111. En revanche, en vertu de l'article 84 Cst-GE, alinéa 1, première phrase, « *Les membres du Grand Conseil exercent librement leur mandat.* ». Cette disposition fait écho à celle contenue dans la constitution fédérale (art. 161 Cst. ; « *Interdiction des mandats impératifs* »), selon laquelle « *Les membres de l'Assemblée fédérale votent sans instructions.* ». Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de juger, dans le cadre d'une initiative constitutionnelle, que si l'intention des auteurs de l'initiative « *devait être interprétée comme impartissant un mandat contraignant aux députés genevois (au niveau cantonal ou fédéral)* », elle violerait tant le droit constitutionnel cantonal (art. 84 Cst-GE) que fédéral (art. 161, alinéa 1 Cst. féd.) qui consacrent tous deux le principe de l'interdiction des mandats impératifs aux députés (ATF 125 I 227 consid. 6.d).
112. Il sied ainsi de conclure en l'espèce, que dans la mesure où l'IN 171 prévoit que le Grand Conseil a l'obligation de faire réaliser les modifications des statuts de la banque qui s'avèreraient nécessaires à l'exécution de l'IN 171, elle contreviendrait à l'interdiction des mandats impératifs aux députés, et partant, au droit constitutionnel tant cantonal que fédéral.

De l'interdiction de la rétroactivité et des droits acquis

113. L'examen de la validité d'une clause rétroactive ressort de l'analyse du respect du droit supérieur (GRODECKI, op. cit., p. 118). En règle générale, la loi applicable est celle qui est en vigueur au moment où les faits pertinents doivent être régis. Le principe est celui de l'interdiction de la rétroactivité des lois. Une norme a un effet rétroactif lorsqu'elle s'applique à des faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur (ACST 13/2017 du 3 août 2017 consid. 22-23 et les références citées). Il ne peut ainsi en principe être adopté de normes qui déploieraient des effets juridiques à des faits entièrement révolus avant leur entrée en vigueur, ceci pour des motifs de sécurité et de prévisibilité du droit,

immanents aux principes de la légalité, de la bonne foi et de l'interdiction de l'arbitraire découlant des art. 5 al. 3 et 9 Cst (ACST 13/2017 du 3 août 2017 consid. 22-23 et les références citées). À Genève, la plus ancienne des lois du recueil systématique cantonal, soit la loi sur les effets et l'application des lois, du 14 ventôse XI (5 mars 1803 ; LEAL ; A 2 10), pose dans son unique article que la loi ne dispose que pour l'avenir, et qu'elle n'a point d'effet rétroactif.

114. Si la rétroactivité d'une norme de droit matériel est directement contraire au principe de la sécurité et de la prévisibilité du droit, c'est parce qu'au moment où les faits pertinents se sont passés, les intéressés ne pouvaient connaître les conséquences qu'ils auraient (ACST 13/2017 du 3 août 2017 consid. 22-23 et les références citées). Il ne peut être dérogé qu'exceptionnellement au principe de la non-rétroactivité des normes, à des conditions cumulatives rigoureuses, et ce également en cas de rétroactivité en faveur des administrés ou citoyens. Une rétroactivité n'est possible que s'il existe un intérêt public important. Elle doit être expressément prévue par une loi et raisonnablement limitée dans le temps. Elle ne doit pas engendrer d'inégalités choquantes et elle ne doit pas porter atteinte à des droits acquis (ACST 13/2017 du 3 août 2017 consid. 22-23 et les références citées).
115. Il n'y a pas de rétroactivité proprement dite lorsque le législateur entend régler un état de chose qui, bien qu'ayant pris naissance dans le passé, se prolonge au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit. Autrement dit, il n'y a pas rétroactivité proprement dite lorsque le législateur entend régler, de façon nouvelle pour l'avenir, un état de fait qui a pris naissance dans le passé et perdure au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit ; ce dernier attache des conséquences juridiques à des faits ayant pu se produire antérieurement, mais uniquement pour la période future et en tant que leur survenance passée a créé une situation qui continue à déployer ses effets. Cette rétroactivité improprement dite, n'ayant en réalité que l'apparence d'une rétroactivité, est en principe admise, sous réserve du respect des droits acquis (ACST 13/2017 du 3 août 2017 consid. 22-23 et les références citées).
116. Des droits acquis, qui sont réservés dans les deux situations de rétroactivité évoquées ci-dessus, sont des droits que l'administré a envers l'État en vertu d'une garantie particulière que celui-ci lui a donnée, le prémunissant contre une atteinte future. Une telle garantie peut être conférée par la loi, lorsque celle-ci qualifie comme tels des droits qu'elle institue, garantit expressément leur pérennité, donne l'assurance qu'elle ne sera pas modifiée ou qu'une modification ultérieure ne les affectera pas. Elle peut aussi résulter d'assurances données par une autorité ; elle se trouve protégée aux conditions d'application du droit constitutionnel de toute personne d'être traitée par les organes de l'État conformément aux règles de la bonne foi (art. 9 Cst.) (ACST/23/2017 du 11 décembre 2017, consid. et les références citées). La catégorie la plus importante de droits acquis est constituée de ceux qui sont créés par un contrat entre l'Etat et les administrés. La stabilité particulière du droit est ici fondée sur le principe *pacta sunt servanda*. C'est ainsi qu'ont le caractère de droits acquis les droits fixés dans une concession – acte de nature mixte, dont le fondement ne réside pas dans la loi mais dans la libre convention des parties. Une concession ne saurait toutefois créer un droit acquis pour l'éternité, sauf à mettre en cause le principe de l'inaliénabilité de la puissance publique (TANQUEREL, op. cit., n° 762 et les références citées).
117. Le Tribunal fédéral admet que la protection des droits acquis peut découler aussi bien de la garantie de la propriété que du principe de la bonne foi. Selon que sont avant tout en cause, dans les relations juridiques considérées, la réglementation de droits réels (voire de droits analogues) ou des rapports de confiance entre l'administré et l'Etat, il faut considérer au premier chef comme décisif, soit la garantie de la propriété, soit le principe de la bonne foi, l'autre droit constitutionnel devant être pris en compte à titre secondaire (ATF 128 II 112 consid. 10). Les situations juridiques relatives à des droits acquis sont

régies entièrement par le droit public, sans être assimilables en quoi que ce soit à des relations de droit privé (MOOR/POLTIER, Droit administratif, Volume II, Les actes administratifs et leur contrôle, 3^{ème} édition, Berne, 2011, p. 22). Les droits acquis sont opposables aussi bien au législateur qu'à l'administration. Hormis le cas où ils s'éteignent en raison de la survenance du terme pour lequel ils ont été créés, ils ne peuvent donc être supprimés par la loi ou par la révocation d'une décision qu'aux conditions d'une restriction à la propriété : base légale, intérêt public prépondérant (qui doit être particulièrement important), proportionnalité. En outre, une indemnisation sera due lorsque l'atteinte aux droits acquis porte sur leur substance même, équivaut à une expropriation formelle ou matérielle, ou encore affecte une obligation contractuelle de l'Etat (TANQUEREL, op. cit., n° 763 et les références citées).

118. En l'espèce, le Conseil d'Etat arrive à la conclusion que l'IN 171 aurait pour effet une rétroactivité improprement dite, dans la mesure où les éventuelles obligations de la BCGE, quelles que soient leur qualification, leur portée et leurs modalités, continuent à porter leurs effets ce jour, la L 8194 étant toujours en vigueur. Partant, il s'agirait d'appliquer un nouveau droit à un état de choses durables, non entièrement révolues dans le temps.
119. Comme exposé ci-dessus, la rétroactivité improprement dite est admise, sous réserve de la protection des droits acquis. Or, à la lecture de la L 8194, toujours en vigueur, il n'apparaît nullement que cette dernière ne contient aucune mention qui pourrait laisser penser qu'elle souhaite pérenniser certains droits en faveur de la BCGE. Par ailleurs, indépendamment du fait de savoir si les conventions signées entre l'Etat, la BCGE et la FondVal sont de droit public ou privé, force est de constater que ces conventions sont désormais caduques.
120. Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat conclut donc, contrairement à la BCGE, que cette dernière ne dispose pas de droits acquis s'agissant de ces éventuels engagements vis-à-vis de l'Etat de Genève.
121. Il sera précisé ici, à toutes fins utiles, que la L 8194 réserve l'éventualité d'une évolution de la situation financière de la BCGE (le Conseil d'Etat ne qualifiera pas ici, cette notion ni ses éventuelles conséquences, qui dépassent le cadre du présent examen).

De la garantie de la propriété

122. Par ailleurs, indépendamment de la réponse à la question de savoir si la BCGE peut être titulaire de droits fondamentaux – question que le Conseil d'Etat peut laisser ouverte au vu des conclusions ci-après –, ce dernier ne partage pas la conclusion de la BCGE quant à la violation de la garantie de la propriété du fait de l'IN 171. En effet, le Conseil d'Etat ne comprend pas comment une distribution du bénéfice pourrait conduire à supprimer, partiellement ou totalement, le but lucratif de la BCGE – étant rappelé toutefois à toutes fins utiles que tant la constitution (art. 189 alinéa 1 CST-GE) que la loi *ad hoc* (art. 2, al. 1 LBCGE) rappellent que le but principal de cette dernière est de « *contribuer au développement économique du canton et de la région* » - et les droits à une part du bénéfice.
123. Dans sa dimension institutionnelle, qui concerne au premier chef le législateur, la garantie de la propriété protège l'existence même de la propriété privée, comprise comme une institution fondamentale de l'ordre juridique suisse, soit la possibilité d'acquérir tous éléments patrimoniaux – les droits réels, dont la propriété mobilière et immobilière au sens étroit du CC, les droits personnels ou obligationnels, les droits immatériels, les droits acquis –, d'en jouir et de les aliéner. Dans sa fonction individuelle, elle protège les 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 (ACST/23/2017 du 11 décembre 2017 consid. 8.b) et les références citées).

124. Le droit à une part du bénéfice résultant du bilan recouvre trois aspects distincts (CR-CO II-CHENAUUX/GACHET 660 CO N 3) : (a) le droit à la poursuite d'un but lucratif par la société ; (b) le droit à la distribution d'un dividende ; (c) le droit au paiement du montant du dividende décidé par l'assemblée générale.
125. S'agissant du but lucratif, l'actionnaire d'une société anonyme a ainsi un droit absolu à ce que cette dernière poursuive un tel but en vue de la réalisation d'un bénéfice. Ce droit est la contrepartie de l'investissement par lequel l'actionnaire manifeste sa volonté de percevoir, dans la mesure de participation au capital, les bénéfices futurs de la société.
126. La poursuite d'un but lucratif doit être considérée comme une activité durable et dictée par les intérêts de la société et des actionnaires. Elle n'impose pas la réalisation d'un bénéfice à court terme. Le droit à la poursuite d'un bénéfice par la société n'implique pas la recherche d'un profit tous azimuts. Pour les sociétés investies de tâches d'intérêt public, les statuts peuvent fixer une limite supérieure pour la distribution du bénéfice. En revanche, le principe est violé si la société poursuit une activité commerciale au service d'intérêts qui lui sont étrangers, en concédant notamment des avantages injustifiés à l'actionnaire majoritaire (CR-CO II-CHENAUUX/GACHET 660 CO N 4, 6 et 7, et les références citées). S'agissant du droit à la distribution d'un dividende, qui se définit comme le droit relatif de l'actionnaire à la distribution d'une part proportionnelle du bénéfice résultant du bilan – étant précisé que le dividende peut être prélevé non seulement sur le bénéfice résultant du bilan, mais également sur les réserves constituées à cet effet –, il est limité dans son contenu par les restrictions légales et statutaires. Il est surtout par la grande latitude dont dispose l'assemblée générale dans la politique de distribution des dividendes (CR-CO II-CHENAUUX/GACHET 660 CO N 8, 11 et 12 et les références citées). Enfin, en ce qui concerne le droit au versement du dividende décidé par l'assemblée, le versement d'un dividende peut être décidé si un bénéfice disponible résultant du bilan ou des réserves librement disponibles supérieures à la perte résultant du bilan le permettent. Sous ces conditions, un dividende peut être décidé même à l'issue d'un exercice déficitaire, ou encore sous la forme d'un dividende en nature si les liquidités de l'entreprise ne sont pas suffisantes (CR-CO II-CHENAUUX/GACHET 660 CO N 15 et les références citées).
127. Tant le conseil d'administration que l'assemblée générale et partant, l'actionnaire majoritaire disposent d'une large marge d'appréciation dans leur politique de distribution de dividendes. Les limites à ce pouvoir d'appréciation tiennent aux principes généraux qui gouvernent le droit de la société anonyme, en particulier les principes d'égalité de traitement et l'interdiction de l'abus de droit. Il est ainsi contraire au système légal d'exclure purement et simplement le droit au dividende pour une catégorie d'actionnaires. De plus, le droit relatif de l'actionnaire au dividende ne peut être restreint de manière arbitraire ou contraire au but de l'entreprise. La jurisprudence est réticente à qualifier d'abusives la politique de dividende de l'entreprise. Le Tribunal fédéral considère que l'assemblée générale est, en principe, libre de fixer le dividende comme elle l'entend ; il suffit que la « décision ne dépasse pas arbitrairement le cadre de réflexions raisonnables ». On peut en inférer qu'une politique de thésaurisation des bénéfices, qui ne s'accompagne pas d'une intention dommageable et d'un comportement arbitraire, ne constitue pas une atteinte au droit de l'actionnaire au dividende (CR-CO II-CHENAUUX/GACHET 660 CO N 22 et 24-25, et les références citées).
128. En l'espèce, il apparaît, à la lecture de l'IN 171, qu'elle prévoit qu' « 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 » (art. 238 (nouveau), al. 4.

129. L'application de cette disposition présuppose donc : (i) que la BCGE ait réalisé un bénéfice, (ii) qu'un dividende ait été pris en compte en premier lieu, et (iii) que l'utilisation du bénéfice brut plafonnée à 50%. Par conséquent, le Conseil d'Etat ne peut pas suivre la BCGE quand elle affirme que l'IN 171 supprimerait tant le but lucratif que le droit au dividende.
130. Même à considérer qu'une utilisation du bénéfice brut, plafonnée à 50% (et non, comme l'affirme la BCGE, la moitié du bénéfice brut annuel), après constitution des réserves et provisions indispensables sur la base du droit fédéral, et après distribution d'un dividende décidé par l'assemblée générale des actionnaires, pourrait éventuellement, en fonction du bénéfice réalisé exercice après exercice par la BCGE, réduire les expectatives de dividendes futurs, ce risque ne serait toutefois qu'éventuel, et dépendrait tant du bénéfice réalisé par la BCGE, que du dividende décidé par l'assemblée générale, que du pourcentage du bénéfice brut utilisé dans un montant à déterminer plafonné à 50%.
131. Au demeurant, on voit mal comment l'utilisation du bénéfice, dans le respect du droit fédéral, après distribution d'un dividende, en remboursement d'une créance, pourrait être comparée à l'exemple, cité par la BCGE de l'actionnaire majoritaire qui, par le versement de tantièmes, siphonnerait les bénéfices de la société.

De l'impôt

132. Parmi les contributions publiques, la jurisprudence et la doctrine distinguent traditionnellement les impôts, les contributions causales et les taxes d'orientation. Les impôts représentent la participation des citoyens aux charges de la collectivité ; ils sont dus indépendamment de toute contre-prestation spécifique de la part de l'État. Les contributions causales, en revanche, constituent la contrepartie d'une prestation spéciale ou d'un avantage particulier appréciable économiquement accordé par l'État. Elles reposent ainsi sur une contre-prestation étatique qui en constitue la cause (ACST/11/20174 du 30 juin 2017, consid. 19.a)).
133. Le Conseil d'Etat ne peut suivre la BCGE lorsqu'elle qualifie un éventuel remboursement d'impôt général et lorsqu'elle indique que l'IN 171 poursuit un but fiscal. En effet, elle indique pour ce faire que la BCGE ne profite plus d'une activité étatique, l'assainissement ayant été accompli il y a plus de 18 ans. Or, la L 8194 est toujours en vigueur, et les engagements qu'elle contient – sans qu'il soit nécessaire de les qualifier plus avant dans le cadre du présent examen – déploient toujours leurs effets. Il ressort par ailleurs clairement tant du titre, que du corps, que de l'exposé des motifs de l'IN 171, que cette dernière ne cherche pas à renflouer n'importe quel poste de la dette de l'Etat, mais bien celui relatif aux efforts consentis par ce dernier pour assainir, et partant, sauver la BCGE.

Par ces motifs,

ARRÊTE :

L'initiative populaire « la BCGE doit rembourser les 3,2 milliards prêtés par l'Etat » est déclarée nulle.

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.

Communiqué à :

- | | |
|-------------------------|-------|
| - Comité d'initiative | 1 ex. |
| - Grand Conseil | 2 ex. |
| - CHA/DAJ | 1 ex. |
| - FAO | 1 ex. |
| - Tous les départements | 1 ex. |



Certifié conforme,

La chancelière d'Etat :

