

Date de dépôt : 30 novembre 2011

Rapport du Conseil d'Etat

au Grand Conseil sur la validité et la prise en considération de l'initiative populaire 147 « Stop au retour des congés-ventes. Halte à la spéculation ! (Renforcement de la LDTR) »

- | | |
|---|--------------------------|
| 1. Arrêté du Conseil d'Etat constatant l'aboutissement de l'initiative, publié dans la Feuille d'avis officielle le | 12 septembre 2011 |
| 2. Dépôt du rapport du Conseil d'Etat au sujet de la validité et de la prise en considération de l'initiative, au plus tard le | 12 décembre 2011 |
| 3. Décision du Grand Conseil au sujet de la validité de l'initiative sur la base du rapport de la commission législative, au plus tard le | 12 juin 2012 |
| 4. Sur la base du rapport de la commission désignée à cette fin, décision du Grand Conseil sur la prise en considération de l'initiative et sur l'opposition éventuelle d'un contreprojet, au plus tard le | 12 mars 2013 |
| 5. En cas d'opposition d'un contreprojet, adoption par le Grand Conseil du contreprojet, au plus tard le | 12 mars 2014 |

PLAN DU RAPPORT

A. VALIDITE DE L'INITIATIVE.....	3
1. Recevabilité formelle.....	3
1.1 Unité de la matière.....	3
1.2 Unité de la forme	8
1.3 Unité du genre	9
1.4 Clarté	10
2. Recevabilité matérielle	12
2.1 Conformité au droit supérieur.....	12
2.1.1 Principes	12
2.1.2 Conformité au droit fédéral	14
2.1.2.1 La répartition des compétences en général	14
2.1.2.2 Le droit fédéral de l'aménagement du territoire et sa mise en œuvre au niveau cantonal.....	14
2.1.2.3 La garantie constitutionnelle de la propriété et de la liberté économique.....	17
2.1.2.4 Le droit fédéral en matière de logement	24
2.1.2.5 Le droit civil fédéral	25
2.1.2.6 Le droit pénal fédéral.....	26
2.1.2.7 Interdiction de la rétroactivité.....	27
2.1.3 Conformité au droit constitutionnel cantonal	29
2.1.4 Lien avec les autres normes du droit cantonal	29
2.1.5 Conclusion intermédiaire.....	29
2.2 Exécutabilité	30
3. Conséquences des violations constatées	30
4. Conclusions sur la recevabilité	32
B. PRISE EN CONSIDERATION DE L'INITIATIVE	33
1. Introduction	33
2. Restriction de démolitions (art. 6 LDTR).....	34
3. Changements d'affectation (art. 8 LDTR).....	36
4. Transformations (art. 9 LDTR).....	37
5. Surélévation d'immeubles (art. 9A LDTR)	38
6. Contrôle des loyers (art. 12 LDTR).....	39
7. Aliénation d'appartements (art. 39 LDTR).....	40
8. Conclusion sur la prise en considération	40
C. CONCLUSIONS.....	41

Mesdames et
Messieurs les Députés,

Le Conseil d'Etat a constaté l'aboutissement de l'initiative populaire 147 « Stop au retour des congés-ventes. Halte à la spéculation ! (Renforcement de la LDTR) » (ci-après : IN 147) par un arrêté du 7 septembre 2011, publié dans la Feuille d'avis officielle du 12 septembre 2011. De cette date courent une série de délais successifs qui définissent les étapes de la procédure en vue d'assurer le bon exercice des droits populaires.

Le premier de ces délais a trait au dépôt du présent rapport au Grand Conseil en vue de son traitement par la commission législative, dépôt qui doit intervenir dans un délai de 3 mois suivant la publication de la constatation de l'aboutissement de l'initiative, conformément à l'article 119, alinéa 2, de la loi portant règlement du Grand Conseil, du 13 septembre 1985 (B 1 01).

En l'espèce, ce délai parviendra à échéance le 12 décembre 2011.

A. VALIDITE DE L'INITIATIVE

1. Recevabilité formelle

1.1 Unité de la matière

L'exigence d'unité de la matière relève du droit fédéral¹; elle découle de la liberté de vote et, en particulier, du droit à la libre formation de l'opinion des citoyens et à l'expression fidèle et sûre de leur volonté, au sens de l'article 34, alinéa 2, de la Constitution fédérale². Cette exigence 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 globale, alors qu'il pourrait n'être d'accord qu'avec une partie des propositions qui lui sont soumises³. Il convient de noter que cette dernière formulation n'est pas entièrement satisfaisante, dès lors qu'elle est susceptible de condamner toute initiative munie de plus d'une proposition. Il apparaît dès lors plus exact de se référer, même si elles sont plus abstraites, aux notions d'unité de but et de rapport intrinsèque étroit entre les parties de l'initiative.

¹ Arrêt TF 1P.223/2006 du 12 septembre 2006, consid. 2.

² Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. féd.; RS 101).

³ Arrêt TF 1C_289/2008 du 9 mars 2009, consid. 2.1 (au sujet de l'IN 140); ATF 131 I 126 consid. 5.2; 130 I 185; 129 I 366 consid. 2, très complet au sujet des règles régissant l'unité de la matière.

En effet, selon la jurisprudence, il doit exister entre les diverses parties d'une initiative soumise au peuple un rapport intrinsèque ainsi qu'une unité de but, c'est-à-dire un rapport de connexité qui fasse apparaître comme objectivement justifiée la réunion de plusieurs propositions en une seule question soumise au vote⁴. Ce principe est rappelé à l'article 66, alinéa 2, de la constitution genevoise⁵.

Dans son arrêt du 9 mars 2009 relatif à l'IN 140 (« Stop aux loyers abusifs et à la pénurie de logements : 10 mesures urgentes »), le Tribunal fédéral a examiné de manière particulièrement attentive l'exigence d'unité de la matière. Il a notamment indiqué que « *la notion de "rapport intrinsèque" est commune aux droits constitutionnels genevois et fédéral, et doit s'interpréter de la même manière : le principe d'unité de la matière est inhérent à la notion même d'initiative, celle-ci devant poser une question claire aux citoyens au moment du vote. Le critère déterminant est donc de savoir si, telle qu'elle est proposée, l'initiative permet aux citoyens d'exprimer librement leur véritable volonté.* »⁶

L'unité de la matière est cependant une notion relative, et elle doit faire l'objet d'un examen différencié selon le type de projet. Dans son arrêt relatif à l'IN 140, le Tribunal fédéral a rappelé, certes brièvement, sa jurisprudence à ce sujet : « *Une initiative se présentant comme un ensemble de propositions diverses, certes toutes orientées vers un même but, mais recouvrant des domaines aussi divers qu'une politique économique, une réforme fiscale, le développement de la formation, la réduction du temps de travail, la réinsertion des sans-emploi, etc., viole la règle de l'unité de la matière [références]. En revanche, une initiative populaire peut mettre en œuvre des moyens variés, pour autant que ceux-ci sont rattachés sans artifice à l'idée centrale défendue par les initiants [référence]. L'unité de la matière fait ainsi défaut lorsque l'initiative présente en réalité un programme politique général [référence], lorsqu'il n'y a pas de rapport suffisamment étroit entre les différentes propositions, ou encore lorsque celles-ci sont réunies de manière artificielle ou subjective [référence]* »⁷.

⁴ Arrêt TF 1P.223/2006 du 12 septembre 2006, consid. 2; ATF 130 I 185 consid. 3 et 129 I 381 consid. 2.1, avec références.

⁵ Constitution de la République et canton de Genève, du 24 mai 1847 (Cst-GE; RS/GE A 2 00).

⁶ Arrêt TF 1C_289/2008 du 9 mars 2009, consid. 2.1.

⁷ Arrêt TF 1C_289/2008 du 9 mars 2009, consid. 2.3.

Par ailleurs, s'agissant des initiatives, notamment genevoises, qui ont été examinées sous l'angle de l'unité de la matière, le Tribunal fédéral a par exemple traité de :

- l'initiative populaire IN 136 « *Touche pas à mon hôpital et aux services publics* » (unité de la matière non respectée, initiative invalidée)⁸;
- l'initiative populaire IN 120 « *Pour la sauvegarde et le renforcement des droits des locataires et des habitant-e-s de quartiers* » (unité de la matière non respectée, initiative partiellement invalidée)⁹;
- l'initiative populaire IN 119 « *Pour une caisse d'assurance maladie publique à but social et la défense du service public* » (unité de la matière non respectée, initiative invalidée)¹⁰;
- l'initiative populaire IN 109 « *Genève, République de paix* » (unité de la matière respectée)¹¹;
- l'initiative populaire IN 105 « *Pour l'emploi, contre l'exclusion* » (unité de la matière non respectée, initiative invalidée)¹².

De plus, les exigences sont plus strictes pour un projet rédigé et pour une révision constitutionnelle que, respectivement, pour un projet sous forme de vœu et pour une révision législative¹³.

En l'espèce, l'IN 147 est un texte modifiant ou ajoutant une dizaine de dispositions légales dans 3 textes différents :

- la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi), du 25 janvier 1996 (LDTR; L 5 20);
- la loi sur l'énergie, du 18 septembre 1986 (LEn; L 2 30);
- la loi sur les constructions et les installations diverses, du 14 avril 1988 (LCI; L 5 05).

L'IN 147 est un texte long et dense, de plus d'une dizaine d'articles, s'étendant sur 9 pages (dans le format « rapport au Grand Conseil »). Son titre est « *Stop au retour des congés-ventes. Halte à la spéculation!* »

⁸ Arrêt TF 1P.52/2007 du 4 septembre 2007, consid. 2.

⁹ ATF 130 I 185 consid. 3-5.

¹⁰ ATF 129 I 381 consid. 2.

¹¹ ATF 125 I 227, 230-231 consid. 3.

¹² ATF 123 I 63.

¹³ Arrêt TF 1C_289/2008 du 9 mars 2009, consid. 2.1 (au sujet de l'IN 140); arrêt TF 1P.52/2007 du 4 septembre 2007, consid. 2.1.

(*Renforcement de la LDTR*) ». Elle est accompagnée d'un exposé des motifs, lequel présente les 10 buts de l'initiative.

L'initiative a notamment le contenu suivant :

- fixation du principe de la démolition exceptionnelle d'un bâtiment d'habitation (art. 1, al. 3, LDTR);
- nouvelle définition du changement d'affectation (art. 3, al. 3, lettres a et b, LDTR);
- limitation temporelle de la durée pendant laquelle un local commercial utilisé comme habitation peut redevenir un local commercial sans que cela soit considéré comme un changement d'affectation (art. 3, al. 5, LDTR);
- définition de la pénurie de logements (art. 3, al. 6, et art. 25, al. 2, LDTR);
- nouvelle définition (restrictive) de la dérogation d'intérêt général permettant de démolir un bâtiment (art. 6, al. 1, lettre c, LDTR) et nouveau cas dans lequel une dérogation est possible (art. 6, al. 2, lettre e, et art. 6, al. 4, LDTR);
- suppression des règles en matière de mesures énergétiques permettant d'accorder une dérogation en vue de la démolition d'un bâtiment (art. 6, al. 3, LDTR);
- nouvelle définition de la dérogation permettant de changer l'affectation d'un bâtiment (art. 8, al. 1, LDTR);
- précision concernant les surfaces obtenues par des surélévations s'agissant du changement d'affectation d'un bâtiment (art. 8, al. 3, LDTR);
- modification d'un cas d'intérêt général permettant de délivrer une autorisation de transformation : remplacement du maintien ou du développement du commerce et de l'artisanat par la surélévation (art. 9, al. 1, lettre d, LDTR);
- modification des éléments définissant les besoins prépondérants de la population en cas d'autorisation de transformation (art. 9, al. 3, LDTR), s'agissant de la surface de plancher (lettre a), du prix de revient (lettre b), du volume de l'appartement (lettre c) et de la collaboration avec les communes pour la préservation du patrimoine (lettre e);
- modification des règles relatives à la fourchette des loyers admissibles en cas de transformation, y compris sous l'angle énergétique (art. 9, al. 4 à 6, LDTR);

- règles supplémentaires pour la surélévation d'immeubles, y compris sous l'angle procédural avec notamment l'accord du conseil administratif de la Ville de Genève (art. 9A LDTR; art. 23, al. 3, et 27, al. 3, LCI);
- renforcement des règles relatives au contrôle des loyers (art. 12 LDTR), en prolongeant les périodes de contrôle (art. 12, al. 1, LDTR) et en fixant la procédure d'information des locataires (art. 12, al. 2 et 3, LDTR);
- annualisation du crédit d'investissement de 20 millions de francs pour encourager la rénovation des bâtiments (art. 17, al. 1, LDTR), avec augmentation du pourcentage du coût des travaux pouvant donner lieu à subvention (art. 21, al. 3, LDTR);
- fixation des loyers par le département pour le logement dont le propriétaire a reçu une subvention (art. 18, 2^e phrase LDTR) et fixation d'un montant maximal par pièce par an (art. 21, al. 1, lettre c, LDTR);
- extension des cas d'expropriation des appartements locatifs laissés abusivement vides (art. 28A LDTR);
- modification des règles relatives à l'aliénation des appartements destinés à la location (art. 39 LDTR);
- ajout d'un lien procédural entre l'autorisation de démolir et l'autorisation définitive de construire (art. 42A, al. 2, LDTR);
- contrôle par l'Etat et les communes de l'affectation des locaux d'habitation, avec devoir d'information par l'office de la population (art. 44, al. 4, LDTR);
- octroi, à certaines conditions, aux associations de quartier d'habitants (art. 45, al. 6, LDTR) et aux communes (art. 45, al. 7, LDTR) de la qualité pour recourir devant les juridictions administratives;
- fixation d'un montant maximal pour les émoluments et les dépens devant les juridictions administratives, lorsque le recours est déposé par une association d'importance cantonale ou une association de quartier d'habitants (art. 45, al. 8, LDTR);
- abrogation de plusieurs dispositions introduites par la loi 10258, du 7 mars 2010, en matière d'énergie (art. 49, al. 3, LDTR);
- modification des règles en matière de répercussion du coût des travaux sur les loyers en cas de mesures énergétiques de rénovation (art. 15, al. 11, LEn).

Les mesures proposées visent ainsi le droit des constructions (changement d'affectation, rénovation, démolition), le contrôle de certains loyers, le droit de la propriété privée, les subventions étatiques, les rénovations pour motifs énergétiques et la qualité pour recourir devant les juridictions administratives.

L'IN 147 comprend donc bien plus que les 10 mesures concrètes annoncées par les initiants dans leur exposé des motifs.

Toutes les mesures proposées ont certes un lien avec la construction de logements et l'utilisation des bâtiments pour le logement, mais le nombre de modifications proposées est très important. L'augmentation de la subvention étatique aux rénovations (montant annuel de 20 millions au lieu d'un montant total de 20 millions) n'a ainsi pas de lien direct avec la qualité pour recourir d'une association d'habitants du quartier, de même que l'expropriation des logements vides n'en a pas avec la fourchette de loyers admissibles en cas de transformation. L'intervention du Conseil administratif de la Ville de Genève en cas de surélévation d'un immeuble sur son territoire n'a pas non plus de lien direct avec les règles sur l'aliénation des appartements locatifs.

L'initiative 147 comprend ainsi un véritable programme politique en matière de rénovations et de transformations de logements, tout en touchant des aspects de procédure judiciaire et de subventions. De ce point de vue, l'IN 147 se rapproche de l'initiative populaire 140, invalidée par le Grand Conseil notamment pour violation de l'unité de la matière. La jurisprudence du Tribunal fédéral, résumée ci-dessus, appliquée directement ne peut que conduire au constat que les différentes composantes de l'IN 147 ne contiennent pas le lien intrinsèque permettant d'aboutir au constat du respect de l'unité de la matière.

Il faut par conséquent en conclure que l'IN 147 ne respecte pas l'unité de la matière. Les conséquences en seront examinées plus loin.

1.2 Unité de la forme

En vertu de l'article 66, alinéa 1, Cst-GE, le Grand Conseil déclare nulle l'initiative qui ne respecte pas l'unité de la forme.

Les initiants doivent ainsi choisir la voie de l'initiative non formulée (article 65 Cst-GE) ou de l'initiative rédigée de toutes pièces (articles 65A et 65B Cst-GE), mais ne peuvent mélanger ces deux types d'initiatives¹⁴.

En l'espèce, l'IN 147 se présente comme un texte modifiant 3 lois : la LDTR (article 1), l'article 15 LEn (article 2) et les articles 23 et 27 LCI (article 2). Il s'agit ainsi d'une initiative rédigée de toutes pièces.

Par conséquent, l'IN 147 respecte l'unité de la forme.

¹⁴

Voir à ce sujet l'arrêt TF 1P.531/2006 du 8 novembre 2006, en particulier le consid. 4.

1.3 Unité du genre

Le principe de l'unité du genre, ou unité de rang, est posé par l'article 66, alinéa 1, Cst-GE, et veut que l'initiative soit de rang législatif (article 65B Cst-GE) ou constitutionnel (article 65A Cst-GE), mais ne mélange pas ces deux échelons normatifs.

Selon le Tribunal fédéral, cette règle découle du principe de la liberté de vote : le citoyen doit en effet 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 questions¹⁵.

En l'espèce, l'IN 147 modifie 3 lois. L'IN 147 ne modifie pas la Constitution. Il n'y a donc pas de mélange des niveaux normatifs.

Une initiative législative formulée acceptée par le Grand Conseil n'est pas soumise au vote du peuple (art. 68, al. 1, Cst-GE *a contrario*). Tel a été le cas avec l'initiative populaire 145 « *Pour des allocations familiales dignes de ce nom* », acceptée par le Grand Conseil le 23 juin 2011. Un vote populaire n'aurait été possible que si un référendum facultatif avait été déposé par 7 000 citoyens (art. 53 Cst-GE).

Comme la Constitution genevoise connaît un référendum obligatoire en matière de logement (art. 53A, al. 2, et art. 160F Cst-GE), si l'initiative 147 devait être acceptée par le Grand Conseil, un vote populaire serait néanmoins nécessaire, puisque la LDTR – visée par l'article 160F, lettre d, Cst-GE – est touchée.

Cet élément conduit à une question supplémentaire : dès lors que l'initiative touche une loi soumise au référendum obligatoire et quelques dispositions d'autres lois (LEn, LCI) soumises au référendum facultatif, cela a-t-il un impact sur l'unité de genre ?

Même en cas d'acceptation de l'initiative par le Grand Conseil, l'IN 147 serait soumise au référendum obligatoire dans sa totalité. Les modifications de la loi sur l'énergie et de la loi sur les constructions et installations diverses, figurant à l'article 2, sont en effet mineures par rapport à l'article 1, modifiant la LDTR. D'ailleurs, dans sa jurisprudence relative à la loi 10258 sur l'énergie, le Tribunal fédéral a confirmé que « *soumettre au référendum obligatoire une disposition qui, prise isolément, aurait été soumise au référendum facultatif n'est pas en soi préjudiciable aux droits populaires,*

¹⁵ ATF 130 I 185 consid. 2.1, avec références.

dans la mesure où le peuple est finalement appelé à se prononcer sur celle-ci ». ¹⁶.

Si l'IN 147 devait être acceptée par le Grand Conseil, le peuple serait appelé à se prononcer. La soumission – dans cette hypothèse – au référendum obligatoire de l'IN 147 ne la transforme pas en une initiative constitutionnelle.

Les considérations relatives au référendum facultatif et obligatoire n'ont pas d'impact sur l'appréciation de l'unité de genre.

Par conséquent, il faut en conclure que l'IN 148 respecte l'unité de genre.

1.4 Clarté

L'exigence de clarté du texte d'une initiative populaire ne fait pas partie des conditions de validité des initiatives traditionnellement étudiées ¹⁷.

Il s'agit néanmoins, d'une part, d'un postulat qui découle naturellement de la liberté de vote telle que garantie par l'article 34, alinéa 2, Cst. féd. et définie par le Tribunal fédéral, à l'instar de la clarté de la formulation des questions posées à l'électeur : celui-ci doit pouvoir inférer quelles seront les conséquences pratiques de son vote, ce qui n'est pas possible si le texte d'une initiative est équivoque, ou par trop imprécis.

Cette exigence de clarté a fait, d'autre part, l'objet de développements importants dans des arrêts du Tribunal fédéral concernant la recevabilité des initiatives. Dans l'arrêt du 4 septembre 2007 concernant l'IN 136, le Tribunal fédéral a ainsi jugé que « [...] *l'initiative pêche aussi 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* », concluant après une analyse des différentes dispositions 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'art. 34 al. 2 Cst.* » et pouvait être

¹⁶ Arrêt TF 1C_28/2010 du 9 novembre 2010, consid. 3.2

¹⁷ Bien qu'il existe un précédent ancien d'invalidation d'une initiative par le Tribunal fédéral pour ce motif, ATF in ZBl 1951 22; voir aussi le raisonnement du Tribunal fédéral – mais dans le cadre de l'examen de l'unité de la matière – dans l'ATF 123 I 63 consid. 6c, dans lequel il est dit en outre que « *l'exigence de clarté a une importance particulière dans le système du droit genevois, le Grand Conseil devant traiter rapidement les initiatives populaires* ».

invalidé aussi pour ce motif¹⁸. L'exigence de clarté en tant que condition indépendante de validité des initiatives populaires semble également émerger au sein de la doctrine¹⁹.

La doctrine considère que la clarté et la cohérence doivent être satisfaites « *quant à la forme, mais aussi et surtout quant au contenu* »²⁰. Elle mentionne la cohérence formelle et la cohérence matérielle du texte.

En l'espèce, l'IN 147 porte sur des domaines très techniques et complexes, mais cela n'est pas en soi problématique du point de vue de la liberté de vote. Encore plus longue que l'IN 140, l'IN 147 comprend néanmoins des articles et des alinéas très denses.

De plus, l'IN 147 comprend certaines dispositions difficiles à comprendre :

- L'article 6, alinéa 4, LDTR est rédigé de manière compliquée : quel est le lien entre le montant des loyers calculé selon la fourchette de l'article 6, alinéa 3, LDTR (première partie de la phrase) et les surfaces de plancher de logements supplémentaires (deuxième partie de la phrase) ?
- L'article 9, alinéa 4, LDTR fait référence à la surface brute locative d'une pièce supérieure à 25m², alors que le même article prévoit que les pièces ne peuvent dépasser 20m² par pièce (art. 9, al. 2, lettre d, LDTR). Il y a donc une contradiction interne.
- L'article 26A LDTR fait référence aux « communes urbaines ». Il s'agit d'une disposition inconnue du droit genevois. Elle devra être interprétée.
- L'article 39A, alinéa 4, LDTR prévoit la possibilité d'inscrire une seule part de copropriété au registre foncier. Cette disposition ne prévoit pas de règle en cas de division forcée, notamment en cas d'héritage et de partage. Elle devra être interprétée.
- L'article 49, alinéa 3, LDTR propose l'abrogation de plusieurs dispositions soit,
 - l'article 6, alinéa 1, lettre c, LDTR;
 - l'article 6, alinéa 3, paragraphes 4, 5, 6 et 7 « nouveaux émanant de la loi ad hoc 10258, adoptée le 7 mars 2010 »

¹⁸ Arrêt TF 1P.52/2007 du 4 septembre 2007, consid. 3.3; voir aussi l'ATF 133 I 110 consid. 8.

¹⁹ Voir Bénédicte TORNAY, *La démocratie directe saisie par le juge – L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse*, Zurich 2008, p. 115-116.

²⁰ TORNAY (2008), p. 117.

- l'article 10, alinéa 2, LDTR;
- l'article 17, alinéas 2 et 3, LDTR;
- l'article 25, alinéa 3, LDTR.

Or, l'initiative propose une nouvelle teneur de l'article 6, alinéa 1, lettre c, LDTR. La nouvelle teneur remplace automatiquement la teneur actuelle, de sorte que la mention de cette abrogation est superflue.

L'article 6, alinéa 3, LDTR est modifié, dans le sens où les quatre premiers paragraphes sont maintenus, les suivants étant supprimés. Or, à l'article 49, alinéa 3, LDTR, il est prévu de supprimer les paragraphes 4, 5, 6 et 7 de l'article 6, alinéa 3. S'il y a doublon pour les paragraphes 5, 6 et 7, la situation du paragraphe 4 de l'article 6, alinéa 3, LDTR n'est pas claire. Ce dernier est-il maintenu ou supprimé ?

Le sens des articles 26A LDTR et 39A, alinéa 4, LDTR pourra être résolu par l'interprétation.

En revanche, les articles 6, alinéa 4, et 9, alinéa 4, LDTR comprennent une formulation incompréhensible, de sorte qu'ils ne respectent pas l'exigence de clarté.

2. Recevabilité matérielle

2.1 Conformité au droit supérieur

2.1.1 Principes

A teneur de l'article 66, alinéa 3, Cst-GE, le Grand Conseil déclare partiellement nulle l'initiative dont une partie est manifestement non conforme au droit si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides; à défaut, il déclare l'initiative nulle.

Cette disposition codifie les principes généraux en matière de droits politiques tels que dégagés par la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour lequel les initiatives populaires cantonales ne doivent rien contenir de contraire au droit supérieur, qu'il soit international, fédéral ou intercantonal²¹. Cette règle découle notamment du principe de la primauté du droit fédéral

²¹ Pour des cas d'application, voir les arrêts TF 1C_357/2009 du 8 avril 2010 (IN 142 « Pour le droit à un salaire minimum »); 1P.387/2006 du 19 septembre 2007 (IN 128 « 15 000 logements pour Genève »); 1P.451/2006 du 28 février 2007 (IN 132 « Pour la réalisation du projet RHINO en Ville de Genève »); 130 I 134 (initiative cantonale appenzelloise « Pour 12 dimanches sans voitures ») et 1P.383/2004 du 23 décembre 2004 (initiative cantonale vaudoise « Pour une caisse vaudoise d'assurance maladie de base »).

prévue à l'article 49 Cst. féd., ainsi que du principe de la hiérarchie des normes.

Toujours selon la jurisprudence, l'autorité appelée à statuer sur la validité matérielle d'une initiative doit en interpréter les termes dans le sens le plus favorable aux initiants. Lorsque, à l'aide des méthodes reconnues, le texte d'une initiative se prête à une interprétation la faisant apparaître comme conforme au droit supérieur, l'initiative doit être déclarée valable et être soumise au peuple. L'interprétation conforme doit permettre d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidité, conformément à l'adage *in dubio pro populo*²².

De manière plus générale, pour juger de la validité matérielle d'une initiative, il convient d'interpréter son texte sur la base des principes d'interprétation reconnus. On doit se fonder au premier chef sur la teneur littérale de l'initiative, sans toutefois écarter complètement la volonté subjective des initiants. Une motivation éventuelle de la demande d'initiative ainsi que des déclarations des initiants peuvent en effet être prises en considération. Parmi les diverses méthodes d'interprétation, on doit privilégier celle qui, d'une part, correspond le mieux au sens et au but de l'initiative et conduit à un résultat raisonnable et, d'autre part, apparaît, dans le cadre de l'interprétation conforme, la plus compatible avec le droit supérieur fédéral et cantonal²³.

Enfin, conformément au texte de l'article 66, alinéa 3, Cst-GE, ce n'est que lorsque la non-conformité avec le droit supérieur est manifeste que le Grand Conseil est tenu de déclarer une initiative invalide²⁴. Dans le cas de l'IN 142 (« Pour le droit à un salaire minimum »), le Tribunal fédéral a rappelé les travaux préparatoires à l'origine de l'article 66, alinéa 3, Cst-GE. Le texte constitutionnel genevois faisait suite à un avis de droit du Professeur Andreas Auer²⁵. Le Tribunal fédéral a considéré que « *ce n'est que dans l'hypothèse où l'inconstitutionnalité "saute aux yeux et ne peut*

²² Arrêt TF 1C_357/2009 du 8 avril 2010, consid. 2.2; 1P.541/2006 du 28 mars 2007, consid. 2.5; 1P.451/2006 du 28 février 2007, consid. 2.1; 1P.129/2006 du 18 octobre 2006, consid. 3.1; ATF 128 I 190 consid. 4; 125 I 227 consid. 4a.

²³ ATF 129 I 392 consid. 2.2 (traduction libre).

²⁴ ATF 132 I 282 consid. 1.3; arrêt TF 1P.387/2006 du 19 septembre 2007, consid. 2.4; 1P.541/2006 du 28 mars 2007, consid. 2.4; 1P.451/2006 du 28 février 2007, consid. 2.2 *in fine*.

²⁵ Andreas AUER, *Problèmes et perspectives du droit d'initiative à Genève*, Lausanne 1987, en particulier p. 40 et p. 49.

raisonnablement être niée" que le Grand Conseil est tenu de [...] déclarer [l'initiative populaire] invalide »²⁶.

En l'espèce, l'IN 147 touche des questions de législation en matière de droit de la propriété, de logement et de droit des constructions.

2.1.2 Conformité au droit fédéral

2.1.2.1 La répartition des compétences en général

Conformément à l'article 3 Cst. féd., les cantons « *exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération* ». L'article 42, alinéa 1, Cst. féd. complète le principe de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en indiquant que « *la Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution* ». L'article 43 Cst. féd., selon lequel « *les cantons définissent les tâches qu'ils accomplissent dans le cadre de leurs compétences* », n'apporte rien de plus aux articles précités²⁷.

2.1.2.2 Le droit fédéral de l'aménagement du territoire et sa mise en œuvre au niveau cantonal

Selon l'article 75, alinéa 1, Cst. féd., « *la Confédération fixe les principes applicables à l'aménagement du territoire. Celui-ci incombe aux cantons et sert une utilisation judicieuse et mesurée du sol et une occupation rationnelle du territoire* ». La jurisprudence reconnaît une grande autonomie aux cantons en matière d'aménagement et de constructions²⁸. Même s'il s'agit d'une tâche

²⁶ Arrêt TF 1C_357/2009 du 8 avril 2010, consid.2.3. Cet arrêt a été critiqué en doctrine, notamment au motif que la portée donnée par le Tribunal fédéral à l'expression « *manifestement non conforme au droit* » était en contradiction avec l'esprit de l'article 68, alinéa 3, Cst-GE et la pratique antérieure du Grand Conseil et du Tribunal fédéral. Cette interprétation irait au-delà du rappel du principe « *in dubio pro populo* » (Stéphane GRODECKI, *L'invalidation des initiatives populaires en droit genevois – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 8 mars 2010 dans la cause 1C_357/2009*, RDAF 2010 I p. 252-262, en particulier p. 260-262).

²⁷ Rainer J. SCHWEIZER, « Art. 43 », in : Bernhard EHRENZELLER / Philippe MASTRONARDI / Rainer J. SCHWEIZER / Klaus A. VALLENDER (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, 2^e éd., St-Gall 2008 (ci-après : *Commentaire saint-gallois*), §6 ad art. 43 Cst.

²⁸ ATF 135 II 30, 37 consid. 1.3.5.

conjointe, les compétences respectives de la Confédération et des cantons sont délimitées²⁹.

La compétence fédérale en matière d'aménagement a été concrétisée par une loi fédérale³⁰, dont le but est que « *La Confédération, les cantons et les communes veillent à assurer une utilisation mesurée du sol. Ils coordonnent celles de leurs activités qui ont des effets sur l'organisation du territoire et ils s'emploient à réaliser une occupation du territoire propre à garantir un développement harmonieux de l'ensemble du pays. Dans l'accomplissement de leurs tâches, ils tiennent compte des données naturelles ainsi que des besoins de la population et de l'économie* » (art. 1, al. 1, LAT).

Le droit fédéral de l'aménagement du territoire impose aux cantons 2 types d'instruments de planification³¹ :

- Les plans directeurs cantonaux (art. 6 à 12 LAT)³², qui définissent au moins la façon de coordonner les activités qui ont des effets sur l'organisation du territoire (art. 8, al. 1, lettre a, LAT) et l'ordre dans lequel il est envisagé d'exercer ces activités et les moyens à mettre en œuvre (art. 8, al. 1, lettre b, LAT) ont force obligatoire pour les autorités (art. 9, al. 1, LAT).
- Les plans d'affectation (art. 14 à 27a LAT), qui règlent le mode d'utilisation du sol (art. 14, al. 1, LAT). Ils délimitent notamment les zones à bâtir, les zones agricoles et les zones à protéger (art. 14, al. 2, LAT). Ils ont force obligatoire tant pour les autorités que pour les citoyens (art. 21, al. 1, LAT)³³.

Les autorités chargées de l'aménagement du territoire disposent d'une importante liberté d'appréciation dans l'accomplissement de leur tâches (art. 2, al. 3, LAT). Le Tribunal fédéral a cependant rappelé que cette liberté d'appréciation n'était pas totale³⁴.

²⁹ Martin LENDI, *Art. 75 Cst. féd.*, in : Bernhard EHRENZELLER / Philippe MASTRONARDI / Rainer J. SCHWEIZER / Klaus A. VALLENDER (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2008, §24 ad art. 75 Cst féd..

³⁰ Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 22 juin 1979 (LAT; RS 700).

³¹ Sur le rapport entre ces deux instruments de planification, voir ATF 137 II 254, 257-261 consid. 3.

³² Sur la portée des plans directeurs, voir ATF 137 II 254, 258-259 consid. 3.2.

³³ Arrêt TF 1P.387/2006 du 19 septembre 2007, consid. 3.2.

³⁴ Arrêt TF 1P.387/2006 du 19 septembre 2007, consid. 3.2. Voir aussi ATF 137 II 254.

Le Tribunal fédéral a ainsi invalidé une initiative populaire genevoise (l'IN 128, proposant le classement en zone à bâtir de terrains non constructibles afin d'y construire 15 000 logements) qui ne respectait pas le processus de planification mis en place par le droit fédéral³⁵. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a expliqué que « *la délimitation des zones à bâtir ne peut se faire uniquement en fonction de la demande en terrains constructibles liés aux besoins en logement de la population. La réflexion doit être menée d'une manière plus large, en tenant compte de l'ensemble des circonstances et des intérêts publics et privés en présence [...]. La pénurie de logements qui sévit à Genève est certes un élément important dans la pesée des intérêts à laquelle doit procéder l'autorité chargée de l'aménagement du territoire. Toutefois, cette pénurie doit être mise en balance avec les autres activités requérant des parcelles constructibles* »³⁶.

S'agissant plus particulièrement de l'IN 128, le Tribunal fédéral a encore estimé que « *l'initiative litigieuse impose ainsi de manière unilatérale et sans autre mesure de compensation une affectation déterminée – l'habitat – à une portion importante du territoire cantonal alors que d'autres affectations pourraient aussi répondre à des besoins de la population* »³⁷.

Dans un arrêt de mars 2011, le Tribunal fédéral a rappelé qu'il « *n'est possible de s'écarter du plan directeur cantonal que dans certaines conditions : il doit s'agir d'écarts de peu d'importance, objectivement justifiés, et il apparaîtrait déraisonnable au vu des circonstances de modifier préalablement de façon formelle le plan directeur. En outre, de nouvelles circonstances peuvent justifier de petits écarts; ceux-ci se justifient aussi lorsque le contenu du plan directeur se révèle être contraire au droit ou impossible à réaliser, d'autant que les propriétaires touchés n'ont pas de moyen de défense contre un plan directeur (référence). Ceci ne s'applique certainement pas aux grands projets à incidence spatiale, lesquels peuvent, par définition, affecter de manière importante l'organisation du territoire. Ces derniers doivent en effet au préalable faire l'objet d'un examen global et complet qui ne peut être garanti que par un processus d'élaboration du plan directeur* »³⁸.

³⁵ Arrêt TF 1P.387/2006 du 19 septembre 2007, consid. 3.

³⁶ Arrêt TF 1P.387/2006 du 19 septembre 2007, consid. 3.3.

³⁷ Arrêt TP 1P.387/2006 du 19 septembre 2007, consid. 3.3.

³⁸ ATF 137 II 254, 260 consid. 3.3.

A Genève, les règles d'aménagement font l'objet de plusieurs lois d'application, la principale étant la LaLAT³⁹. La proposition d'adoption du plan directeur cantonal (art. 3-8 LaLAT) et de modification des limites de zones (art. 15-16 LaLAT)⁴⁰ y sont notamment régies.

En l'espèce, l'IN prévoit des règles contraignantes en matière de dérogations permettant une démolition (art. 6, al. 1, lettre c, LDTR). En effet, selon l'article 6, alinéa 1, lettre c, LDTR, « [...] *une dérogation exceptionnelle peut être accordée, pour autant que la reconstruction permette de réaliser le double de la surface de plancher du bâtiment actuel* [...] ». Il s'agit d'une exigence très stricte, sans possibilité d'exception. Il faut se demander si cette exigence peut être décrétée par voie législative pour toute démolition-reconstruction dans les zones ordinaires 1 à 4.

De ce point de vue, l'article 6, alinéa 1, lettre c, LDTR pourrait être contraire aux règles fédérales en matière d'aménagement du territoire.

Par conséquent, il est douteux que l'article 6, alinéa 1, lettre c, LDTR soit conforme au droit fédéral de l'aménagement du territoire. Il y sera revenu ci-dessous.

2.1.2.3 *La garantie constitutionnelle de la propriété et de la liberté économique*

Selon l'article 26, alinéa 1, Cst. féd., « *la propriété est garantie* ». Selon l'article 26, alinéa 2, Cst. féd., « *une pleine indemnité est due en cas d'expropriation ou de restriction de la propriété qui équivaut à une expropriation* ».

L'article 26 Cst. féd. est notamment concrétisé par la loi fédérale sur l'expropriation⁴¹ et par la loi cantonale sur l'expropriation⁴².

La garantie de la propriété s'étend – outre à la propriété des biens meubles et immeubles – aux droits réels restreints, aux droits contractuels,

³⁹ Loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 4 juin 1987 (LaLAT; L 1 30).

⁴⁰ Pour une synthèse, voir Stéphane GRODECKI / Valérie DEFAGO GAUDIN, *La jurisprudence genevoise en matière d'aménagement du territoire et de droit public des constructions rendue en 2010*, RDAF 2011 I p. 1-47, en particulier p. 5.

⁴¹ Loi fédérale sur l'expropriation, du 20 juin 1930 (LEx; RS 711).

⁴² Loi (genevoise) sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, du 10 juin 1933 (LEx-GE; L 7 05)

aux droits de la propriété intellectuelle, à la possession, ainsi qu'aux droits acquis des citoyens face à la collectivité⁴³.

Il est admis que la garantie de la propriété comprend une triple dimension : une fonction individuelle, une fonction institutionnelle et une fonction compensatrice⁴⁴. La doctrine spécialisée déduit de la garantie de la propriété une liberté de construire (« Baufreiheit »⁴⁵).

Selon la jurisprudence, dans sa fonction individuelle, la garantie de la propriété protège les droits patrimoniaux concrets du propriétaire : celui de conserver sa propriété, d'en jouir et de l'aliéner⁴⁶. Les mesures de contrôle des loyers⁴⁷, d'affectation forcée au logement, d'expropriation du droit d'habitation⁴⁸, d'autorisation d'aliénation, de démolir ou de transformer un immeuble⁴⁹ portent toutes atteinte à l'une des prérogatives découlant du droit de propriété⁵⁰.

Selon l'article 27, alinéa 1, Cst. féd., « *la liberté économique est garantie* ». Selon l'article 27, alinéa 2, Cst. féd., « *elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice* ».

Les atteintes à une liberté sont cependant admissibles si elles respectent les trois conditions de la base légale (art. 36, al. 1, Cst. féd.), de l'intérêt public (art. 36, al. 2, Cst. féd.) et de la proportionnalité (art. 36, al. 3, Cst. féd.).

De jurisprudence constante, la lutte contre la pénurie de logements présente un intérêt public suffisant pour restreindre la liberté économique et/ou la garantie de la propriété⁵¹.

⁴³ ATF 128 I 295, 311 consid. 6a.

⁴⁴ RHINOW / SCHEFER (2009), p. 345, §1791; HÄNNI (2008), p. 17; HÄFELIN / HALLER / KELLER (2008), p. 177-178; Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, volume II : Les droits fondamentaux*, 2^e éd., Berne 2006, p. 379-382, §800-808; Regina KIENER / Walter KÄLIN, *Grundrechte*, Berne 2007, p. 286-288. HÄNNI (2008), p. 26.

⁴⁵ ATF 131 I 333, 338 consid. 3.1.

⁴⁶ ATF 131 I 333, 338 consid. 3.1; ATF 116 Ia 401.

⁴⁷ ATF 131 I 333, 338 consid. 3.1; ATF 119 Ia 348.

⁴⁸ ATF 131 I 333, 338 consid. 3.1; ATF 113 Ia 126, 132 consid. 6.

⁴⁹ ATF 131 I 333, 338 consid. 3.1.

⁵⁰ Parmi beaucoup : SJ 2011 I 357, 362, consid. 3.2 (TF, 14.7.2011); ATF 131 I 333, 336-337, consid. 2.2; ATF 119 Ia 348, 356 consid. 3b; ATF 116 Ia 401, 415 consid. 9c; ATF 113 Ia 126, 133 consid. 7a.

En l'espèce, l'IN 147 comporte de nombreuses *atteintes* à la garantie de la propriété. Il reste à savoir si ces atteintes sont admissibles ou si elles constituent une *violation* de ladite garantie. L'initiative comprend différents éléments :

- l'exigence du doublement de la surface de plancher en cas de démolition-reconstruction (art. 6, al. 1, lettre c, LDTR);
- le contrôle des loyers pendant une longue période (art. 12 LDTR);
- l'expropriation d'immeubles délaissés (art. 28A LDTR);
- la limitation du droit d'aliéner des appartements locatifs (art. 39 LDTR);
- la limitation du nombre de pièces à 6 par appartement (art. 6, al. 2, lettre c; art. 9, al. 2, lettre d, LDTR).

Du doublement obligatoire de la surface de plancher

L'exigence du doublement obligatoire de la surface de plancher en cas de démolition-reconstruction (art. 6, al. 1, lettre c, LDTR) remplit la condition de l'intérêt public, soit la lutte contre la pénurie de logements.

Cela étant, il est douteux que cette règle respecte l'exigence de la proportionnalité. En effet, elle ne prévoit pas d'exceptions. De par son caractère absolu et difficile à réaliser (doublement obligatoire de la surface de plancher), elle ne remplit pas la sous-condition de la nécessité permettant de restreindre la garantie de la propriété et la liberté économique. Il y aurait assurément d'autres règles moins contraignantes envisageables en matière de dérogations permettant d'autoriser des démolitions-reconstructions. Ainsi, cette disposition provoque une violation de la garantie de la propriété et de la liberté économique.

Du contrôle des loyers

Dans son arrêt *Chambre genevoise immobilière* du 20 décembre 1990⁵², le Tribunal fédéral a examiné diverses dispositions de la LDTR genevoise, notamment les règles relatives à la transformation des maisons d'habitation et celles concernant le contrôle des loyers. Le Tribunal fédéral a constaté que la LDTR n'instituait pas un contrôle général des loyers, mais permettait à l'autorité de fixer, pour des motifs raisonnables et pertinents d'intérêt général, le montant des loyers d'un appartement transformé ou rénové⁵³.

⁵² ATF 116 Ia 401.

⁵³ ATF 116 Ia 401, 412 consid. 6a.

Précédemment, le Tribunal fédéral n'avait pas jugé contraire au droit fédéral le fait d'assortir l'octroi de l'autorisation de rénover des appartements soumis au régime de la loi vaudoise du 4 mars 1985 concernant la démolition, la transformation et la rénovation de maisons d'habitation à un *contrôle des loyers* durant une période maximale de *dix ans* au regard du but d'intérêt public poursuivi par la loi⁵⁴.

Dans l'arrêt *Righi* du 4 avril 1973⁵⁵, le Tribunal fédéral a déjà été saisi d'un litige genevois en matière d'aménagement et de constructions. Parmi de nombreux griefs, le Tribunal fédéral a notamment examiné une disposition prévoyant une limitation du loyer pendant 10 ans pour certains logements. Il a d'ores et déjà constaté que les mesures visant à combattre la pénurie de logements présentent un intérêt public évident⁵⁶. De manière simplifiée, le Tribunal fédéral a admis un contrôle des loyers pendant une durée de 10 ans pour certains logements construits au bénéfice de normes (simplifiées) d'aménagement du territoire; le contrôle des loyers représentait en quelque sorte le pendant des facilités accordées pour construire⁵⁷.

En l'espèce, l'initiative renforce les règles de contrôle des loyers en cas de démolition ou de transformation (art. 12 LDTR). Elle prévoit également qu'en cas d'octroi d'une subvention par l'Etat pour une rénovation, les loyers sont soumis au contrôle de l'Etat pendant 10 ans (art. 18 LDTR).

Ce contrôle des loyers ne dépasse pas 10 ans pour les constructions nouvelles, ce qui a été admis par la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Par ailleurs, l'article 12, alinéa 2, LDTR prévoit que le loyer doit être notifié sur formule officielle « *émise par le département* », alors que l'article 269d CO, alinéa 1 *in fine*, CO prévoit que ladite formule est « *agrée par le département* ». La jurisprudence considère que l'exigence de la formule officielle vise à protéger le locataire⁵⁸.

Malgré le renforcement des règles de contrôle des loyers, les dispositions prévues restent dans le cadre autorisé. De ce point de vue, cela ne constitue pas une violation de la garantie de la propriété.

⁵⁴ ATF 101 Ia 502, 508 consid. 2d, confirmé dans l'ATF 137 I 135, 140 consid. 2.5.2.

⁵⁵ ATF 99 Ia 604.

⁵⁶ ATF 99 Ia 604, 620 consid. 5a.

⁵⁷ ATF 99 Ia 604, 620 consid. 5a.

⁵⁸ ATF 121 III 214, 217-218 consid. 3b, confirmé dans l'ATF 135 III 220, 222 consid. 1.2.

De l'expropriation d'immeubles délaissés

Dans son arrêt *Chambre genevoise immobilière* du 17 novembre 1993⁵⁹, le Tribunal fédéral a notamment examiné la constitutionnalité des règles genevoises prévoyant l'expropriation de l'usage des logements laissés abusivement vides. Il s'agissait des articles 8A à 8N de la LDTR du 22 juin 1989, qui figurent actuellement aux articles 25 à 38 LDTR (1996)⁶⁰. Le Tribunal fédéral a considéré que l'expropriation de l'usage des logements laissés abusivement vides est justifiée par un intérêt public suffisant⁶¹, et que les règles genevoises étaient conformes à la garantie de la propriété⁶².

En l'espèce, l'initiative prévoit qu'à défaut d'un motif légitime, le droit d'expropriation s'étend à des bâtiments, qui sont délaissés par l'absence de travaux nécessaires et se dégradent quant aux exigences d'habitabilité, notamment en matière de sécurité et d'hygiène (art. 28A LDTR).

Vu la jurisprudence précitée, il est inutile d'argumenter sur l'intérêt public, qui est donné. S'agissant de la proportionnalité, l'article 28A LDTR est apte à permettre de lutter contre la pénurie de logement, à condition évidemment que la collectivité remette en état les logements concernés. S'agissant de la nécessité, l'article 28A LDTR est expressément subsidiaire à l'article 28 LDTR qui vise le motif légitime permettant de laisser un appartement vide. S'agissant enfin de la pesée des intérêts, elle penche probablement en faveur de la lutte contre la pénurie de logements.

Par conséquent, l'article 28A ne constitue pas une violation de la garantie de la propriété.

⁵⁹ ATF 119 Ia 348.

⁶⁰ Voir l'exposé des motifs du Conseil d'Etat du PL 7292, présenté au Grand Conseil en préconsultation le 21 septembre 1995 : MGC 1995 V 4573-4574; les articles 8A à 8N sont devenus 16 à 29 du projet de loi du Conseil d'Etat; à l'issue des travaux de la commission du logement, ils sont devenus les articles 25 à 38.

⁶¹ ATF 119 Ia 348, 355-356 consid. 3b.

⁶² ATF 119 Ia 348, 356-362 consid. 4.

De la limitation du droit d'aliéner

Dans son arrêt *Giovanna Armengol* du 1^{er} avril 1987⁶³, le Tribunal fédéral a notamment examiné la constitutionnalité des règles genevoises soumettant à autorisation la vente d'appartements dont le marché locatif est affecté par la pénurie. Il s'agissait de l'article 9A de la LDTR du 26 juin 1983, qui figure actuellement, de manière remaniée, à l'article 39 LDTR (1996)⁶⁴.

Le Tribunal fédéral avait reconnu que l'hypothèse du locataire qui désire acquérir l'appartement qu'il occupe, sans qu'il soit mis devant l'alternative d'acheter ou de s'en aller, sans que le prix de vente soit abusif « *peut être non seulement dans l'intérêt bien compris des parties – propriétaire et locataire – , mais aussi dans celui de la collectivité, car, sinon, on comprendrait mal les dispositions de la législation fédérale destinée à favoriser l'accession à la propriété* »⁶⁵. Il en a conclu que l'article 9A, alinéa 2, LDTR-1985, qui énumérait des motifs de refus d'autorisation sans pesée des intérêts, était inconstitutionnel⁶⁶.

Le Tribunal fédéral a préalablement considéré que « *l'intérêt du propriétaire ou de ses ayants droit à aliéner sous forme de propriété par étages, comme celui de l'acquéreur à se rendre propriétaire d'un logement et non de tout l'immeuble, peuvent faire apparaître une interdiction absolue de procéder à cette opération comme étant excessive par rapport au but auquel tend l'art. 9A* »⁶⁷. Il en a conclu que l'autorité doit disposer d'un « *certain pouvoir d'appréciation qui lui permette de tenir compte, dans chaque cas, de tous les intérêts en présence* »⁶⁸.

Dans une série d'arrêts, tous non publiés, du 14 juillet 2011⁶⁹ et concernant des dossiers concrets, le Tribunal fédéral a examiné la pesée des intérêts en matière de vente d'appartements en bloc. Il a rappelé qu'il considérait qu'une « *diminution de la taille des lots et, parallèlement, une multiplication du nombre des propriétaires tend[ai]ent [...] indéniablement à mettre en péril le maintien de l'affectation locative des appartements loués*

⁶³ ATF 113 Ia 126.

⁶⁴ Voir l'exposé des motifs du Conseil d'Etat du PL 7292, présenté au Grand Conseil en préconsultation le 21 septembre 1995 : MGC 1995 V 4575-4576; c'était l'article 30 du projet de loi du Conseil d'Etat; à l'issue des travaux de la commission du logement, il est devenu l'article 39.

⁶⁵ ATF 113 Ia 126, 135 consid. 7b/aa.

⁶⁶ ATF 113 Ia 126, 135-137 et 145-146 consid. 7b/aa et 11.

⁶⁷ ATF 113 Ia 126, 135 consid. 7b/aa.

⁶⁸ ATF 113 Ia 126, 135 consid. 7b/aa.

⁶⁹ Arrêt TF 1C_141/2011 du 14 juillet 2011, publié in SJ 2011 I 357; arrêt TF 1C_137/2011, TF 1C_139/2011 et TF 1C_143/2011 du 14 juillet 2011.

ainsi que la préservation de loyers bon marché »⁷⁰. Pour des raisons relatives à la motivation du recours, le Tribunal fédéral n'a en revanche pas examiné plus avant la question de l'acquisition par le locataire de son propre logement.

En l'espèce, l'initiative renforce les règles relatives aux restrictions à l'aliénation des appartements destinés à la location (art. 39 LDTR).

Par rapport au texte actuel, validé par le Tribunal fédéral, elle limite tout d'abord les possibilités d'aliénation d'un appartement (art. 39, al. 1, LDTR). En effet, alors qu'actuellement l'aliénation est soumise à autorisation si l'appartement concerné se trouve dans une catégorie où sévit la pénurie, le projet prévoit que l'autorisation d'aliéner n'est pas donnée « *tant que sévit la pénurie d'appartements* », celle-ci étant définie par un nouvel article 1, alinéa 6, LDTR. Actuellement, la pénurie est définie par catégorie; selon l'initiative, elle sera définie de manière globale. En application du principe de proportionnalité – et même si cela est purement théorique dans la situation actuelle du logement à Genève –, il est difficile de comprendre ce qui conduit les initiants à renoncer à la règle actuelle de la détermination de la pénurie par catégorie.

L'initiative supprime ensuite l'article 39, alinéa 3 actuel, LDTR qui permet, certes à des conditions strictes, au locataire d'acheter son propre appartement. La jurisprudence de 2011 ne permet pas d'aiguiller le raisonnement, ni dans un sens, ni dans un autre.

L'initiative réduit à l'article 39, alinéa 3, LDTR (alinéa 4 actuel) les possibilités d'aliénation des appartements faisant partie d'un bloc. Dans un tel cas, le bloc d'appartements doit être vendu en entier, alors qu'actuellement une autorisation de vente individualisée pourrait être délivrée (al. 4 actuel renvoyant à l'al. 1).

L'initiative limite à l'article 39, alinéa 4, LDTR, encore d'une autre manière la vente d'un bloc d'appartements. Dans certains cas, l'aliénation n'est possible que si tous les appartements continuent à faire partie dudit bloc (2^e et 3^e phrases).

De ce point de vue, l'article 39 LDTR proposé par l'IN 137 ne respecte pas la jurisprudence *Giovanna Armengol* précitée. Il restreint de plusieurs manières les (rares) possibilités d'acquisition d'un logement par le locataire et limite considérablement, pour un propriétaire, les possibilités de vendre. Ainsi, il limite les exceptions sur le principe desquelles le Tribunal fédéral insistait beaucoup.

⁷⁰

SJ 2011 I 357, 364 consid. 4.3 (TF, 14.7.2011).

Il en découle que l'article 39 LDTR proposé par l'IN 137 est problématique du point de vue de la proportionnalité. Les reformulations, accompagnées de nouvelles restrictions pour le propriétaire et le locataire rendent la disposition moins compatible avec l'article 26 Cst. féd. Ces restrictions visent les alinéas 1, 3 et 4 nouveaux, de même que la disparition de l'exception de l'alinéa 3 actuel.

Par conséquent, les alinéas 1, 3 et 4 nouveaux sont contraires au droit fédéral.

De la limitation du nombre de pièces à 6 par appartement

L'article 6, alinéa 2, lettre e, LDTR prévoit que le volume de l'appartement à reconstruire ne doit pas dépasser 6 pièces. L'article 9, alinéa 2, lettre d, LDTR prévoit la même règle pour la transformation de l'appartement.

Il est douteux que ces limitations du nombre de pièces à 6, sans exception, respectent l'exigence du principe de la proportionnalité. En effet, il faut admettre que tant le propriétaire au bénéfice de la protection de l'article 26 Cst. féd. que le constructeur et le courtier au bénéfice de la protection de l'article 27 Cst. féd. devraient pouvoir construire ou transformer des appartements de plus de 6 pièces. Le caractère absolu de ces dispositions est problématique du point de vue des droits fondamentaux.

Il est donc douteux que ces dispositions soient conformes au droit fédéral.

2.1.2.4 *Le droit fédéral en matière de logement*

En matière de *logement*, la Confédération dispose d'une compétence en matière d'encouragement de la construction de logements et de l'accession à la propriété (art. 108, al. 1, Cst. féd.). Elle peut légiférer sur l'équipement des terrains et sur la rationalisation de la construction (art. 108, al. 3, Cst. féd.), ce que la Confédération n'a effectué que de manière prudente et partielle⁷¹ dans la loi fédérale sur le logement⁷².

⁷¹ La compétence en matière d'équipement a été utilisée de manière « *eherrückhaltend* », celle en matière de rationalisation « *nur am Rande* » : ALVAREZ (St-Galler Kommentar 2008), §26 et 27 ad art. 108 Cst. féd.

⁷² Loi fédérale encourageant le logement à loyer ou à prix modérés (loi sur le logement), du 21 mars 2003 (LOG; RS 842). Voir l'article 5, lettre a, LOG : « *Les mesures d'encouragement sont régies par les principes suivants : a) les ressources comme l'énergie ou le terrain doivent être utilisées de façon économe et rationnelle* ».

Dans le contexte de la construction excessive de résidences secondaires inoccupées pendant la plus grande partie de l'année, le Tribunal fédéral a considéré que « *la fixation de contingents de logements de grandes surfaces ou l'obligation de réserver une surface minimum des surfaces brutes de plancher aux résidences principales, constituent des mesures d'aménagement compatibles avec l'art. 26 Cst.* »⁷³. D'une manière générale, le Tribunal fédéral a reconnu que la politique du logement relève de l'intérêt public⁷⁴.

De ce point de vue, le droit public fédéral en matière de logement ne contient pas de normes qui primeraient sur les dispositions de l'initiative 147.

Par conséquent, l'IN 147 ne pose pas de problème en lien avec les dispositions fédérales en matière de logement.

2.1.2.5 *Le droit civil fédéral*

Selon l'article 122, alinéa 1, Cst. féd., déjà cité, « *la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération* ».

C'est sur cette base que l'Assemblée fédérale a adopté le Code civil et le Code des obligations. Le CO contient notamment des règles en matière de bail à loyer (art. 253 et suivants CO) et de bail à ferme (art. 275 et suivants CO).

En principe, la réglementation de droit civil est exclusive et les cantons ne peuvent adopter des règles de droit *privé* dans les domaines régis par le droit fédéral que si ce dernier leur en réserve la possibilité (art. 5, al. 1, CC). En matière de bail, la réglementation fédérale est exhaustive, sous réserve de la compétence laissée aux cantons d'édicter certaines règles de droit privé complémentaires (art. 257e, al. 4; art. 270, al. 2, CO). A défaut d'une telle réserve, il est interdit aux cantons d'intervenir dans les rapports directs entre les parties au contrat de bail⁷⁵.

Une seule et même matière peut toutefois être saisie à la fois par des règles de droit privé fédéral et par des règles de droit *public cantonal*. Dans les domaines régis par le droit civil fédéral, les cantons conservent en effet la compétence d'édicter des règles de droit public en vertu de l'article 6 CC à condition toutefois que le législateur fédéral n'ait pas entendu régler une matière de façon exhaustive (en ce sens qu'il n'entendait laisser aucune place pour du droit public cantonal sur la même matière), que les règles cantonales

⁷³ ATF 135 I 233, 247 consid. 3.3. Voir aussi ATF 117 Ia 141, 144 consid 2b.

⁷⁴ Voir déjà : ATF 111 Ia 23, 26 consid. 3a et les références citées.

⁷⁵ ATF 137 I 135, 139-140 consid. 2.5.1 et les références citées.

soient motivées par un intérêt public pertinent et qu'elles n'échappent pas au droit civil, ni n'en contredisent le sens ou l'esprit⁷⁶.

De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a admis que les cantons demeurent par exemple libres d'édicter des mesures destinées à combattre la pénurie dans le secteur locatif dans la mesure où leur finalité n'est pas d'intervenir dans les rapports entre bailleur et preneur⁷⁷.

En l'espèce, l'IN 147 contient des règles de droit public (et non de droit privé). Mais les règles en matière de contrôle des loyers (art. 12 LDTR) n'ont pas pour objectif d'intervenir dans les rapports directs entre les parties au contrat de bail; ce sont des mesures de droit public, admissibles dans le contexte des relations entre le droit privé fédéral et le droit public cantonal⁷⁸, pour autant évidemment qu'elles ne soient pas contraires à d'autres dispositions constitutionnelles ou légales.

Par conséquent, l'IN 147 ne pose pas de problème de compatibilité avec le droit privé fédéral.

2.1.2.6 *Le droit pénal fédéral*

Selon l'article 123, alinéa 1, Cst. féd., « *la législation en matière de droit pénal et de procédure pénale relève de la compétence de la Confédération* ». Il s'agit d'une compétence fédérale non limitée aux principes⁷⁹, que la Confédération a épuisée en adoptant le Code pénal⁸⁰.

Le Code pénal connaît trois types d'infractions (art. 10 et 103 CP) : les crimes, les délits et les contraventions. Les règles relatives aux contraventions sont brèves dans le Code pénal (art. 103-109 CP). Sous réserve de règles spéciales, il est prévu que la partie générale du Code pénal s'applique aussi aux contraventions (art. 104 CP).

Selon l'article 47, alinéa 1, CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur; il prend en considération les antécédents et la situation

⁷⁶ Parmi beaucoup : ATF 137 I 135, 140 consid. 2.5.2; ATF 135 I 233, 253 consid. 8.2; ATF 131 I 333, 336 consid. 2.1.

⁷⁷ ATF 137 I 135, 140 consid. 2.5.2; ATF 135 I 233, 253 consid. 8.2.

⁷⁸ ATF 131 I 333, 336 consid. 2.2.

⁷⁹ VEST (St-Galler Kommentar 2008), §2 ad art. 123 Cst.; AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, vol. I (2006), p. 360, §1017.

⁸⁰ Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (CP; RS 311.0).

personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir. Il en découle le principe de l'individualisation de la peine⁸¹.

Selon l'article 335, alinéa 1, CP, « les cantons conservent le pouvoir de légiférer sur les contraventions de police qui ne sont pas l'objet de la législation fédérale ».

En l'espèce, l'article 44, alinéa 4 *in fine*, LDTR prévoit que « le département doit ordonner au propriétaire de restituer les locaux à leur affectation d'habitation et lui infliger une amende d'une fois et demie le trop perçu du loyer obtenu ». La question de savoir si cette disposition consacre une sanction administrative ou pénale peut rester ouverte.

S'il s'agit d'une sanction pénale, alors le principe de l'article 47 CP, applicable par renvoi de l'article 104 CP, n'est pas respecté.

S'il s'agit d'une sanction administrative, le principe général de proportionnalité s'applique⁸². La fixation, dans la loi, d'une relation entre le loyer et l'amende, sans possibilité de pondération (ni à la hausse, ni à la baisse) est contraire à ce principe.

Par conséquent, la fin de la phrase de l'article 44, alinéa 4, LDTR est contraire au droit fédéral.

2.1.2.7 Interdiction de la rétroactivité

La rétroactivité vise l'application du nouveau droit à des événements passés. La doctrine et la jurisprudence distinguent la rétroactivité proprement dite et la rétroactivité improprement dite⁸³.

La rétroactivité *proprement dite* concerne un état de fait qui a eu lieu entièrement sous l'ancien droit et qui est désormais achevé. Elle n'est en

⁸¹ Nicolas QUELOZ / Valérie HUMBERT, *Art. 47 CP*, in : Robert ROTH / Laurent MOREILLON (éd.), *Code pénal I, Art. 1-110 CP (Commentaire romand)*, Bâle 2009, §3 ad art. 47 CP; José HURTADO POSO, *Droit pénal – partie générale*, Zurich 2008, p. 489, §1518ss; Günter STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil II : Strafen und Massnahmen*, 2^e éd., Berne 2006, p. 174, §6.1ss.

⁸² Ulrich HÄFELIN / Georg MÜLLER / Felix UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^e éd., Zurich 2010, p. 264, §1148; Pierre TSCHANNEN / Ulrich ZIMMERLI / Markus MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3^e éd., Berne 2009, p. 304, §32.14.

⁸³ HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (2010), p. 71-76, §329-345a; TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER (2009), p. 191-193, §24.21-24.28.

principe pas admissible⁸⁴, sauf si elle est favorable aux intéressés⁸⁵. A titre exceptionnel, la jurisprudence tolère la rétroactivité proprement dite si cinq conditions cumulatives sont remplies⁸⁶ :

- la rétroactivité est expressément prévue par l'acte normatif ou découle clairement du sens de celui-ci;
- elle s'applique à une période passée limitée;
- elle n'engendre pas d'inégalités de traitement choquantes;
- elle se justifie par des motifs pertinents;
- elle ne porte pas atteinte à des droits acquis.

Il y a rétroactivité *improprement dite*, si la nouvelle règle s'applique à un état de choses durable, non entièrement révolu dans le temps; il s'agit d'une rétroactivité impropre, qui est en principe admise si elle ne porte pas atteinte à des droits acquis⁸⁷. En cas d'application de nouvelles règles à une procédure pendante, il s'agit de rétroactivité improprement dite⁸⁸.

La rétroactivité improprement dite est en principe admissible⁸⁹, sauf si elle porte atteinte à des droits acquis⁹⁰.

En l'espèce, l'article 3, alinéa 2, prévoit que le texte de l'IN 147 s'applique aux demandes d'autorisations pendantes. Dès lors où les demandes d'autorisation sont pendantes, cela signifie qu'une autorisation n'a pas encore été délivrée et qu'elle est encore moins entrée en force de chose décidée. Par conséquent, il ne s'agit pas d'un cas de rétroactivité proprement dite. Il pourrait en revanche s'agir d'un cas de rétroactivité improprement dite, qui est admissible si elle ne porte pas atteinte à des droits acquis.

Par conséquent, l'article 3, alinéa 2, n'est pas contraire aux règles en matière de rétroactivité.

⁸⁴ Arrêt TF 2C_719/2010 du 27 mai 2011, consid. 4.2 (destiné à publication); HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (2010), p. 72, §330; TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER (2009), p. 192, §24.26.

⁸⁵ HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (2010), p. 73, §334; TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER (2009), p. 192, §24.26.

⁸⁶ ATF 125 I 182, 186 consid. 2b/cc; ATF 122 V 405, 408 consid. 3b/aa.

⁸⁷ ATF 122 V 405, 408 consid. 3b/aa.

⁸⁸ ATF 130 I 185, 205 consid. 5.5.

⁸⁹ TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER (2009), p. 193, §24.28.

⁹⁰ HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (2010), p. 75, §342; arrêt TF 2C_719/2010 du 27 mai 2011, consid. 4.2 (destiné à publication); ATF 133 II 97, 101-102 consid. 4.1.

2.1.3 Conformité au droit constitutionnel cantonal

S'agissant d'une initiative législative, l'IN 147 doit être conforme au droit constitutionnel cantonal.

En l'espèce, l'article 6 Cst-GE⁹¹ garantit certes la propriété. Cette disposition ne confère cependant pas une protection plus étendue que la Constitution fédérale⁹², de sorte qu'il n'est pas nécessaire de l'examiner.

Par conséquent, l'IN 147 ne pose pas de problème de compatibilité avec le droit constitutionnel cantonal.

2.1.4 Lien avec les autres normes du droit cantonal

En vertu des règles générales de conflit (*lex posterior derogat anteriori*; *lex specialis derogat generali*⁹³), une initiative législative cantonale formulée peut contredire, directement ou indirectement, d'autres dispositions législatives cantonales. De ce point de vue, une initiative législative cantonale ne pourrait être invalidée en raison de sa contrariété aux autres textes législatifs cantonaux.

En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner la conformité de l'IN 147 avec le reste du droit cantonal.

2.1.5 Conclusion intermédiaire

Au vu de ce qui précède, plusieurs dispositions de l'IN 147 sont problématiques :

- l'article 6, alinéa 1, lettre c, LDTR est contraire à l'article 26 Cst. féd et probablement contraire aux règles d'aménagement;
- l'article 39 LDTR est, en partie (al. 1, 3 et 4 nouveaux, suppression de l'alinéa 3), contraire à l'article 26 Cst. féd.;
- l'article 44, alinéa 4 *in fine*, est probablement contraire à l'article 47 CP, s'il s'agit d'une sanction pénale.

⁹¹ Constitution de la République et canton de Genève, du 24 mai 1847 (Cst-GE; A 2 00).

⁹² ATF 98 Ia 194, 199 consid. 1. De manière générale : AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, vol. II (2006), p. 378, §797.

⁹³ ATF 136 I 149, 157 consid. 7.4.

2.2 Exécutabilité

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, 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'initiative⁹⁴.

En l'espèce, il n'y a pas d'obstacle matériel et concret à mettre en œuvre de nouvelles définitions du changement d'affectation, un contrôle des loyers, une interdiction d'aliéner, la suppression du concept énergétique ou des règles procédurales.

Par ailleurs, l'article 17, alinéa 1, LGL prévoit un minimum de 20 millions de francs par an au titre de subvention cantonale d'investissement. Cela ne signifie encore pas que le montant supplémentaire puisse être utilisé.

Enfin, la clause d'entrée en vigueur (article 3) qui prévoit une rétroactivité *improprement dite* en déclarant l'initiative applicable aux demandes d'autorisations pendantes devant le département et les juridictions cantonales créerait des difficultés pratiques importantes. En effet, tous les projets autorisés – mais où le délai de recours n'aurait pas encore expiré – devraient être revus; il en serait de même des projets devant les juridictions administratives cantonales. Il n'est cependant pas certain que ces difficultés importantes soient suffisantes vis-à-vis des exigences très strictes du Tribunal fédéral pour admettre l'inexécutabilité d'une initiative populaire.

De ce point de vue, en application du principe *in dubio pro populo*, il faut considérer que l'initiative n'est pas inexécutable.

3. Conséquences des violations constatées

Il convient d'examiner quelles sont les conséquences des violations constatées des principes de l'unité de la matière, de la clarté et, en partie, de la conformité au droit supérieur.

⁹⁴

Arrêt TF 1P.52/2007 du 4 septembre 2007, consid. 3.1; on notera que, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral, bien que rappelant ces principes, a estimé que le Grand Conseil, qui avait considéré l'IN 136 inexécutable, n'avait pas abusé de son pouvoir d'appréciation en estimant que l'application de l'un des articles proposés par l'initiative « *serait propre à entraver la gestion de l'Etat* », ce qui pourrait constituer une extension de la notion d'inexécutabilité.

Selon l'article 66, alinéa 2, Cst-GE, le Grand Conseil scinde ou déclare partiellement nulle l'initiative qui ne respecte pas l'unité de la matière, selon que ses différentes parties sont elles-mêmes valides ou non; à défaut il déclare l'initiative nulle.

Selon l'article 66, alinéa 3, Cst-GE, le Grand Conseil déclare partiellement nulle l'initiative dont une partie est manifestement non conforme au droit si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides; à défaut, il déclare l'initiative nulle.

La jurisprudence a précisé que les auteurs d'une initiative ne sauraient revendiquer la scission d'une initiative ne respectant pas l'unité de la matière⁹⁵. La scission a notamment été refusée dans les cas suivants :

- l'initiative populaire IN 140 « *Stop aux loyers abusifs et à la pénurie de logements : 10 mesures urgentes* »⁹⁶;
- l'initiative populaire IN 136 « *Touche pas à mon hôpital et aux services publics* »⁹⁷;
- l'initiative populaire IN 119 « *Pour une caisse d'assurance maladie publique à but social et la défense du service public* »⁹⁸;
- l'initiative populaire IN 105 « *Pour l'emploi, contre l'exclusion* »⁹⁹.

En revanche, le Tribunal fédéral a considéré au sujet de l'initiative populaire IN 120 « *Pour la sauvegarde et le renforcement des droits des locataires et des habitant-e-s de quartiers* » que l'article 160F Cst-GE, instituant un référendum obligatoire constituait l'objectif principal poursuivi par les initiants¹⁰⁰.

En l'espèce, dès lors que l'IN 147 ne respecte pas l'unité de la matière, il convient d'appliquer l'article 66, alinéa 2, Cst-GE. La violation de l'unité de la matière affecte en effet l'ensemble du texte, alors que les violations du principe de la conformité au droit supérieur et du principe de la clarté n'affectent qu'une partie de l'initiative.

Du point de vue de l'unité de la matière, la violation de son principe devrait conduire à l'invalidation de l'IN 147. En effet, une scission ne peut être raisonnablement exigée de la part des initiants, car le texte comporte de

⁹⁵ Arrêt TF 1C_289/2008 du 9 mars 2009, consid. 3.1; ATF 130 I 185 consid. 4.1; ATF 123 I 63, 75 consid. 6.

⁹⁶ Arrêt TF 1C_289/2008 du 9 mars 2009, consid. 3.

⁹⁷ Arrêt TF 1P.52/2007 du 4 septembre 2007, consid. 4.

⁹⁸ ATF 129 I 381 consid. 4.

⁹⁹ ATF 123 I 63.

¹⁰⁰ ATF 130 I 185 consid. 5.2.

très nombreuses thématiques, 10 selon l'exposé des motifs des initiants, plus d'une vingtaine selon l'énumération ci-dessus.

Cela étant, en application du principe *in dubio pro populo* et du principe de la proportionnalité, il faut examiner si l'une ou l'autre disposition ne pourrait néanmoins pas être conservée.

Il convient dans tous les cas d'invalider les dispositions contraires au droit supérieur et/ou au principe de la clarté, c'est-à-dire :

- l'article 6, alinéa 1, lettre c, LDTR;
- l'article 9, alinéa 4, LDTR;
- l'article 39, alinéas 1, 3 et 4, LDTR.

La conformité de l'article 6, alinéa 3, LDTR et de l'article 44, alinéa 4, in fine LDTR est douteuse.

Il resterait néanmoins de nombreuses thématiques visant notamment les thèmes suivants : définition du changement d'affectation, suppression des règles en matière de mesures énergétiques, autorisation de transformation, accord du conseil administratif de la ville de Genève, contrôle des loyers, crédit d'investissement de 20 millions de francs, expropriation des appartements laissés vides, contrôle de l'affectation des locaux, règles procédurales.

Ces dispositions n'ont pas de rapport intrinsèque entre elles.

En application de la jurisprudence relative à l'IN 120, il faut se demander quel est l'objectif principal poursuivi par les initiants. En réalité, les initiants en ont plusieurs, leur exposé des motifs citant 10 mesures. Il est difficile de déterminer l'objectif principal du texte.

L'exigence de scinder en plusieurs parties les articles de l'IN 147 conformes au droit fédéral serait probablement constitutive d'un abus de droit.

Par conséquent, l'initiative populaire 147 ne pourra qu'être invalidée dans son intégralité.

4. Conclusions sur la recevabilité

Le Conseil d'Etat propose par conséquent au Grand Conseil d'invalider l'IN 147.

B. PRISE EN CONSIDERATION DE L'INITIATIVE

1. Introduction

Le Conseil d'Etat a rappelé ci-dessus les très nombreux buts que poursuit l'initiative, lesquels vont de la fixation du principe de la démolition exceptionnelle d'un bâtiment d'habitation à des restrictions importantes des ventes d'appartements en passant notamment par des limitations drastiques des conditions d'application de l'article 9 relatif aux transformations et surélévations, respectivement par la suppression des acquis de la nouvelle loi sur l'énergie.

Ces importantes modifications de la loi sont documentées par un exposé des motifs d'à peine plus d'une page qui tient plus d'un programme politique que d'un commentaire des nouvelles dispositions proposées.

Cette démarche apparaît inopportune. En effet, ainsi que l'indiquait d'ores et déjà le Conseil d'Etat dans son rapport relatif à la validité et à la prise en considération de l'initiative populaire 140 « Stop aux loyers abusifs et à la pénurie de logements : 10 mesures urgentes ! », après des décennies de luttes politiques stériles, une véritable paix du logement a pu être consacrée par un « accord sur le logement », signé le 1^{er} décembre 2006 par les partenaires économiques et sociaux du logement.

Cet accord a d'ores et déjà commencé à porter ses fruits. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la loi pour la construction de logements d'utilité publique, du 24 mai 2007 (I 4 06 - LUP), le nombre de requêtes déposées pour des logements et le nombre de logements autorisés a augmenté, de même que le nombre d'accords de principe délivrés par l'office du logement. En outre, la part des logements sociaux prévus répond aux objectifs fixés par la LUP.

Peu après, suite à d'intenses travaux d'un groupe de concertation, le Conseil d'Etat a pu déposer le 26 juillet 2007 le projet de loi 10088 sur les surélévations d'immeubles, modifiant les articles 23, 25, 27 et 29 de la loi sur les constructions et les installations diverses, du 14 avril 1988 (L 5 05 - LCI), ainsi que les articles 8, alinéa 3, et 11, alinéa 4, de la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation, du 25 janvier 1996 (L 5 20 - LDTR).

Dans son exposé des motifs, le Conseil d'Etat concluait en indiquant :

« Il découle de ce qui précède que l'accord intervenu en juin 2007 prend en considération l'ensemble des objets de préoccupation des référendaires, tout en améliorant l'utilisation des terrains en deuxième et

troisième zones de construction afin de permettre la création de logements supplémentaires, ce dont le Conseil d'Etat se félicite » (Mémorial des séances du Grand Conseil 2006-2007/XI A - 9981).

Le projet de loi 10088 a été adopté par le Grand Conseil sans aucune opposition.

Enfin, le Grand Conseil a également adopté le 9 octobre 2009 à une très large majorité des modifications importantes de la loi sur l'énergie, du 18 septembre 1986 (L 2 30 - LEn). Ces modifications ont été acceptées en votation populaire en date du 7 mars 2010.

En l'espèce, l'IN 147 revient donc sur de très nombreuses dispositions de la LDTR, au risque de fragiliser la paix du logement. L'on ne peut que le déplorer, dans la mesure où l'ASLOCA, aujourd'hui initiante, faisait partie du groupe de concertation grâce aux travaux duquel le projet de loi 10088 avait pu être déposé. Celui-ci avait débouché sur un accord sur les surélévations, notamment matérialisé par une disposition de la LDTR (art. 8, al. 3) aujourd'hui remise en cause.

Cela est d'autant plus regrettable que l'applicabilité des nouvelles dispositions prévues par cette initiative pose de grands problèmes. En effet, les nombreuses thématiques qu'elle comporte ont pour effet de rendre plus difficilement applicables encore les dispositions de la LDTR.

Les mêmes remarques sont valables s'agissant des modifications apportées à la loi sur l'énergie, lesquelles ont été, rappelons-le, adoptées en votation populaire.

Il découle de ce qui précède que, dans son ensemble, l'IN 147 apparaît singulièrement inopportune.

Le Conseil d'Etat développera ci-dessous quelques thématiques de l'initiative qui posent particulièrement problème.

2. Restriction de démolitions (art. 6 LDTR)

L'initiative vise à restreindre de manière très importante les démolitions admissibles de bâtiment d'habitation.

Dans leur exposé des motifs, les initiants préconisent en effet les surélévations d'immeuble plutôt que les démolitions-reconstructions (exposé des motifs, chiffre 3). C'est oublier qu'une surélévation n'est pas systématiquement possible, compte tenu notamment de la structure du bâtiment existant, lequel n'est pas toujours à même de supporter un ou des étages supplémentaires. C'est oublier également que la loi - et la pratique - actuelles exigent d'ores et déjà que la reconstruction permette une

augmentation sensible de la surface de plancher affectée au logement (art. 6, al. 1, lettre c, LDTR).

Notre Conseil peine en outre à distinguer les situations qui permettraient effectivement une dérogation au sens de l'article 6, alinéa 1, lettre c, nouveau. En effet, pour qu'une dérogation puisse être accordée, il faut, à teneur de cet article, que la reconstruction permette de doubler la surface actuelle du bâtiment, *sans prendre en compte les surfaces de plancher d'une surélévation ni, sauf exception, les surfaces supplémentaires de plancher résultant d'une extension latérale* (sic).

Ainsi, en dehors d'une extension en sous-sol des surfaces de plancher, laquelle n'est - faut-il le rappeler - évidemment pas envisageable, il apparaîtrait quasiment impossible d'obtenir un doublement des surfaces de plancher.

Or, il existe bel et bien des cas dans lesquels un bâtiment serait trop vétuste pour répondre aux besoins des habitants, sans toutefois présenter un danger pour la sécurité ou la santé des habitants tel que l'alinéa 1 de l'article 6 LDTR trouve à s'appliquer.

Dans un tel cas toutefois, le département en charge des constructions ne pourrait autoriser la démolition-reconstruction, faute pour les surfaces de plancher de pouvoir être doublées à la suite de cette opération.

S'agissant du nombre de pièces et de la surface des logements à reconstruire, la limite arbitraire de 6 pièces maximum ne trouve pas non plus de justification objective. En effet, les appartements de plus de 6 pièces répondent également à des besoins de la population, notamment des familles nombreuses. A cet égard, la modification proposée fait fi de l'article 25, alinéa 3, LDTR, lequel considère les appartements de 7 pièces comme répondant aux besoins de la population, dès lors qu'ils font partie des types de logements frappés par la pénurie au sens de l'arrêté du Conseil d'Etat du 27 juillet 2011.

Il ne se justifie dès lors pas d'en interdire la création sous l'angle de la LDTR.

Enfin, il n'apparaît guère compatible avec la garantie de la propriété de permettre à des propriétaires d'immeubles en PPE de démolir un immeuble d'habitation comportant par hypothèse des grands logements pour ensuite leur imposer de reconstruire des logements plus petits, quand bien même la reconstruction aurait permis la construction de logements supplémentaires.

Il apparaît ainsi que cette restriction supplémentaire imposée aux propriétaires serait de nature à empêcher la construction de nouveaux logements, ce qui ne peut être admis en ces temps de pénurie de logements.

C'est le lieu de rappeler également que des logements en PPE répondent également à un besoin de la population et qu'à défaut de tels logements, leurs potentiels acquéreurs ou locataires habiteront d'autres appartements, qui seraient alors soustraits du parc locatif.

S'agissant de la modification proposée de l'alinéa 3, laquelle comporte la suppression du report des mesures en faveur des économies d'énergie, le Conseil d'Etat relève d'une part que ces modifications ont été acceptées en votation populaire et, d'autre part, qu'elles sont prévues, en partie, par l'article 14 de l'ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux, du 9 mai 1990. Ces modifications ont par ailleurs fait l'objet de longues négociations et ont abouti à un large consensus entre les différents acteurs concernés.

Leur suppression ne se justifie dès lors pas; elle est au surplus inacceptable vu le consensus trouvé.

3. Changements d'affectation (art. 8 LDTR)

Le nouvel alinéa 1 prévu supprime les conditions actuelles de changement d'affectation de tout ou partie d'un bâtiment, lesquelles conservent pourtant leur importance. En effet, il convient de veiller à ce qu'une dérogation ne soit accordée que si elle est souhaitable, compatible avec les conditions de vie du quartier et que les circonstances le justifient (cf. art. 8, al. 1, LDTR).

En outre, la limitation stricte de l'octroi de la dérogation aux bâtiments dans lesquels les surfaces d'activité sont inférieures à 30% est contraire au principe de proportionnalité, de même qu'à l'intérêt public.

En effet, des situations peuvent exister dans lesquelles un changement d'affectation est souhaitable, quand bien même les surfaces d'activités représentent d'ores et déjà 30% de la surface de plancher du bâtiment.

Tel est le cas par exemple d'un ancien immeuble fortement exposé au bruit et dont l'affectation a en partie été modifiée compte tenu de cette circonstance nouvelle.

Par ailleurs, il serait contraire au principe de proportionnalité d'interdire le changement d'affectation de l'un des derniers appartements d'un immeuble dont l'affectation aurait déjà passablement changé.

La jurisprudence a d'ailleurs récemment confirmé qu'un tel changement d'affectation est parfaitement admissible et même souhaitable (arrêt du Tribunal administratif, du 21 avril 2009, dans la cause A/1324/2008, consid. 3).

4. Transformations (art. 9 LDTR)

L'initiative propose de modifier l'article 9, alinéa 1, lettre d, LDTR, en supprimant la possibilité d'autoriser des travaux contribuant au « *maintien ou au développement du commerce et de l'artisanat, si celui-ci est souhaitable et compatible avec les conditions de vie du quartier* ».

L'exposé des motifs n'indique pas quelle est la raison de cette suppression.

Celle-ci va en tout état à l'encontre du but poursuivi par la LDTR, laquelle dispose à son article 1 qu'elle a pour but de « *préserver l'habitat et les conditions de vie existants ainsi que le caractère actuel de l'habitat* ».

Or, le commerce et l'artisanat font partie intégrante de la qualité de vie d'un quartier.

Il convient ainsi de les préserver.

L'initiative propose également d'imposer que la surface de plancher des logements existants ne soit pas diminuée en cas de travaux de transformation (art. 9, al. 2, lettre a, LDTR).

Cette disposition ne prévoit aucune dérogation possible. Elle ne laisse ainsi aucune place à une appréciation des différents intérêts en présence. Il pourrait toutefois s'avérer préférable de diminuer la surface de plancher d'un logement existant, parce qu'il s'agit par exemple d'une condition préalable à la création de nouveaux logements ou à l'installation d'un ascenseur.

Quant au nombre de pièces et de la surface des logements, la limite arbitraire de 6 pièces maximum ne trouve pas de justification objective, ainsi que le Conseil d'Etat l'a déjà exposé (cf. supra 2. *Restriction de démolitions*).

S'agissant enfin de la proposition de confier au département ainsi qu'aux communes concernées le soin de définir les exigences liées à l'objectif de préservation du patrimoine, le Conseil d'Etat rappelle que la préservation du patrimoine fait appel à des compétences professionnelles spécifiques.

En outre, la loi sur la protection des monuments, de la nature et des sites, du 4 juin 1976 (L 4 05 – LPMNS), a précisément institué une commission chargée de l'examen de ces questions, la commission des monuments, de la nature et des sites (ci-après : CMNS). Le département en charge des constructions comporte également un office spécialisé en la matière.

Enfin, de jurisprudence constante, le préavis de la CMNS, composée de spécialistes, revêt un poids certain qui l'emporte en matière de préservation du patrimoine sur celui de la commune concernée.

Il découle de ce qui précède qu'il apparaît hautement inopportun de confier aux communes des compétences particulières en matière de protection du patrimoine, étant rappelé encore une fois que ces compétences relèvent, à teneur de la LPMNS, de la CMNS.

La fixation d'un plafond maximum pour le montant des loyers des appartements créés dans les combles ou suite à une surélévation est également inopportune, dans la mesure où elle pourrait avoir pour effet d'empêcher purement et simplement la création de nouveaux logements, faute d'un rendement suffisant de l'opération.

Or, s'il apparaît que des appartements dont le loyer excède le plafond LDTR ne répondent pas aux besoins prépondérants de la population au sens strict des dispositions de la LDTR, il n'en demeure pas moins que de tels appartements – qui ne peuvent être qualifiés d'appartements de « luxe » – répondent malgré tout à une demande et, qu'à défaut de pouvoir occuper un tel appartement, le locataire sera amené à en occuper un autre, ce qui diminuera d'autant le nombre de logements disponibles.

Les remarques faites ci-dessus s'agissant de la suppression du report des mesures en faveur des économies d'énergie s'appliquent également à la modification proposée de l'article 9, alinéa 6.

5. Surélévation d'immeubles (art. 9A LDTR)

S'agissant des surélévations, le Conseil d'Etat rappelle l'accord qui a abouti au dépôt du projet de loi 10088, que la présente initiative aurait pour effet de renverser. Il s'agit par ailleurs de questions qui relèvent de la loi sur les constructions et les installations diverses, du 14 avril 1988 (L 5 05 - LCI), et non de la LDTR.

Les propositions faites dénotent par ailleurs une absence de vision architecturale.

Ainsi, l'alinéa 3 de l'article 9A nouveau LDTR prévoit que « *la surélévation des gabarits doit être identique à celle des immeubles contigus, afin de s'intégrer à l'ensemble des immeubles voisins, situés entre deux rues* ».

Aucune exception n'est prévue.

Or, si l'on prend l'exemple d'une rue en pente, il apparaît très clairement que l'alignement des gabarits n'est en rien possible.

Il en va de même pour les bâtiments à angle de rue : si l'une des rues est plus large que l'autre, la hauteur admissible du gabarit sera différente, de sorte qu'une harmonisation complète ne serait pas possible.

En outre, l'application de l'article 11 LCI - que l'initiative veut empêcher - permet précisément, sur préavis de la commission d'architecture, d'adopter des solutions architecturales plus heureuses que le strict respect du gabarit légal. A défaut, les architectes seraient régulièrement contraints d'adopter la technique dite du « pan coupé », laquelle n'est heureuse ni sur le plan de l'habitabilité, ni forcément sur le plan architectural.

Enfin, il ne se justifie en rien qu'une surélévation ne puisse être accordée qu'avec l'accord du Conseil administratif de la Ville de Genève. En effet dans le système actuel du droit des constructions genevois, les communes ne disposent en principe que d'une compétence de préavis. En outre, aucune autre commune ne disposerait de telles compétences, alors même que des surélévations peuvent avoir lieu sur d'autres communes.

C'est le lieu de rappeler également que la Ville de Genève a été intégrée au processus d'élaboration des cartes indicatives, sur lesquelles elle a pu se prononcer.

6. Contrôle des loyers (art. 12 LDTR)

L'initiative souhaite renforcer le contrôle des loyers, qui passe selon elle par une augmentation de la durée du blocage des loyers.

De nombreux propriétaires hésitent toutefois déjà aujourd'hui à entreprendre des travaux, dans la mesure où le loyer avant travaux est régulièrement maintenu après travaux et ce pendant une durée de trois ans. Porter cette durée à cinq ans ne ferait qu'augmenter la réticence des propriétaires à rénover leur parc immobilier, ce qui est à éviter.

Quant aux informations à porter obligatoirement à connaissance des locataires, il est à craindre qu'elles n'entraînent en réalité beaucoup de confusion et n'amènent une foison de nouveaux recours.

En effet, en cas de surélévation par exemple, ou d'aménagement de combles, le loyer des locataires en place n'est pas augmenté (cf. art. 11 LDTR), de sorte qu'une information générale, telle qu'elle est fournie aujourd'hui (cf. art. 43 LDTR), apparaît suffisante.

7. Aliénation d'appartements (art. 39 LDTR)

Indépendamment de la question de leur conformité au droit supérieur, telle qu'examinée ci-dessus, le Conseil d'Etat considère que les modifications apportées par l'initiative à l'article 39 LDTR sont inutiles, voire dommageables.

En premier lieu, il ressort de l'exposé des motifs joint à l'initiative que celle-ci vise à renforcer les dispositions relatives à l'aliénation des appartements locatifs, ceci afin de lutter contre les congés-vente.

Le nouvel article 39 proposé supprime ainsi toute possibilité pour le locataire en place d'acquérir l'appartement qu'il occupe, ce qui apparaît contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

En outre, le maintien intégral des blocs d'appartements viole également la jurisprudence fédérale, dans la mesure où il ne permet aucune prise en compte des intérêts privés du propriétaire.

On ne voit par ailleurs pas quel est le bénéfice réel que le parc immobilier pourrait tirer du fait que tous les appartements locatifs qui n'ont pas été aliénés individuellement ne puissent être aux mains que d'un seul et même propriétaire. En effet, à supposer que le propriétaire actuel mette en vente son lot, seule une personne disposant à elle seule de ressources financières suffisantes pourrait s'en porter acquéreuse. Or, l'intérêt public à la préservation du parc locatif ne se trouve pas affecté si deux ou plusieurs personnes acquièrent ensemble un lot.

En réalité, la question des ventes en bloc a été soigneusement examinée par la Chambre administrative de la Cour de justice, puis par le Tribunal fédéral, qui ont précisé les jurisprudences antérieures sur le sujet.

Suite à ces nouvelles jurisprudences, la protection des locataires est complète et une modification fondamentale de la teneur de l'article 39 LDTR ne ferait qu'apporter insécurité juridique et confusion.

8. Conclusion sur la prise en considération

Pour toutes ces raisons, le Conseil d'Etat se prononce donc en défaveur de l'IN 147.

C. CONCLUSIONS

Au bénéfice de ces explications, le Conseil d'Etat vous invite, Mesdames et Messieurs les députés, à déclarer l'IN 147 irrecevable et, subsidiairement, à la rejeter sans contre-projet.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :
Anja WYDEN GUELPA

Le président :
Mark MULLER