

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/563/2023-INIT

ACST/27/2023

COUR DE JUSTICE

Chambre constitutionnelle

Arrêt du 26 juin 2023

dans la cause

A_____

et

B_____

représentés par Mes Romain JORDAN et Stéphane GRODECKI, avocats **recourants**

contre

CONSEIL D'ÉTAT

intimé

EN FAIT

A. B_____ (ci-après : B_____), constituée sous forme d'association au sens du droit civil, est un parti politique qui a son siège à Genève (art. 1 des statuts). A_____, citoyen suisse domicilié à Genève où il exerce ses droits politiques, est l'un des membres de sa direction.

B. a.a. Le 23 mars 2022, un comité d'initiative (ci-après : le comité), dont le mandataire était A_____, a informé le Conseil d'État du lancement de l'initiative constitutionnelle « OUI au recyclage des déchets non biodégradables » (ci-après : l'IN 188), qui visait à modifier la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE - A 2 00) par l'ajout d'un art. 161A, dont la teneur était la suivante :

« Art. 161A Mâchefers et matériaux bioactifs (nouveau)

¹ Dans la mesure permise par le droit fédéral, l'implantation de nouvelles décharges visant au stockage des mâchefers d'incinération et d'autres matériaux bioactifs est interdite sur le territoire du canton.

² L'État s'efforce de prendre toutes les mesures visant au recyclage ou à la valorisation des mâchefers d'incinération et d'autres matériaux bioactifs, en veillant au respect de la santé de la population et de l'environnement. »

a.b. Selon l'exposé des motifs figurant sur la formule de récolte de signatures, l'IN 188 visait à : sauver les terres agricoles (en interdisant l'enfouissement de mâchefers et de matériaux bioactifs, en interdisant le bétonnage et le goudronnage des terrains agricoles, en augmentant massivement et rapidement le taux d'autosuffisance alimentaire et en sécurisant un approvisionnement de denrées alimentaires de proximité et de qualité) ; sauver la biodiversité (en préservant les milieux naturels de la destruction d'arbres, de haies, de bosquets et de surface vitales pour la biodiversité et en préservant les surfaces proches de l'état naturel pour les animaux et les plantes ainsi que des terres cultivées nécessaires à la production alimentaire autochtone) ; sauver les eaux (en prévenant le suintement de matières toxiques et de métaux lourds dans les rivières, les affluents, les eaux souterraines et les sources et en protégeant la faune et la flore des rivières) ; sauver les paysage (en empêchant qu'un terrain agricole devienne un tas de déchets et en freinant la démesure de la construction et du mitage en zone agricole) ; développer l'économie circulaire (en stimulant le développement des techniques de tri et de recyclage, en décourageant la production de biens non réparables et en favorisant la production locale).

a.c. Le lancement, le texte de l'IN 188 et son exposé des motifs ont été publiés dans la FAO du 30 mars 2022 avec un délai de récolte de signatures échéant le 2 août 2022.

b. Par arrêté du 21 septembre 2022, publié dans la FAO du 23 septembre 2022, le Conseil d'État a constaté l'aboutissement de l'IN 188, les signatures ayant été déposées dans le délai constitutionnel et en nombre suffisant.

c. Invité par la Chancellerie d'État (ci-après : la chancellerie) à se déterminer sur la conformité au droit supérieur de l'art. 161A Cst-GE projeté ainsi que sur le respect des conditions d'exécutabilité et de clarté, le comité, par courrier du 4 novembre 2022, lui a transmis un avis de droit daté du même jour.

Selon cet avis de droit, l'examen de la lettre de l'art. 161A Cst-GE projeté permettait de constater que l'al. 1 visait à interdire la construction de nouvelles décharges, sans interdiction des décharges déjà existantes, et l'al. 2 une obligation plus souple de prendre des mesures en vue de favoriser le recyclage de ces matériaux. Ces deux alinéas devaient s'interpréter conjointement, dans le sens le plus favorable aux initiants, en nuancant le principe de l'interdiction totale de l'al. 1 par l'objectif général de l'al. 2. L'initiative devait ainsi se comprendre comme une invitation faite aux autorités de favoriser le recyclage (al. 2) afin d'éviter de devoir créer une nouvelle décharge (al. 1), conformément à la clause du besoin de l'art. 30e de la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (LPE - RS 814.01). Dès lors qu'il n'existait aucune obligation découlant du droit fédéral d'accueillir impérativement les déchets cantonaux sur le territoire cantonal, l'initiative n'était pas contraire au droit supérieur.

L'initiative était exécutable et pouvait être mise en œuvre par l'introduction d'un tri mécanique ou manuel systématique de tous les déchets avant leur incinération. La qualité des mâchefers serait ainsi améliorée et pourrait permettre leur recyclage au lieu du stockage en décharge. La question économique nécessaire à sa mise en œuvre relevait de l'opportunité politique, et non de l'exécutabilité.

d. Également invité par la chancellerie à lui faire part de ses observations au sujet de la conformité au droit supérieur et de l'exécutabilité de l'IN 188, l'office fédéral de l'environnement (ci-après : OFEV) a, par courrier du 10 novembre 2022, indiqué que des termes utilisés dans l'initiative, tels que « matériaux bioactifs » ou « mâchefers d'incinération », ne figuraient pas dans l'ordonnance sur la limitation et l'élimination des déchets du 4 décembre 2015 (OLED - RS 814.600) ou alors étaient obsolètes depuis son entrée en vigueur. Ainsi, si l'art. 161A Cst-GE projeté devait être intégré dans la Cst-GE puis transposé dans la loi cantonale, le texte devrait être révisé pour correspondre au droit fédéral en vigueur.

Concernant l'interdiction de toute implantation de décharge de type D sur le territoire genevois, les art. 31 ss LPE préoyaient que la planification et l'élimination des déchets urbains relevaient de la compétence des cantons, cette obligation d'élimination comprenant aussi le stockage définitif des résidus d'incinération. La valorisation à 100 % de ces résidus n'était toutefois pas

possible au vu des hautes concentrations en métaux lourds qui s’y trouvaient, de sorte que l’espace de stockage en décharge de type D restait nécessaire, même si une partie de ces déchets pouvait être valorisée. L’interdiction projetée impliquait une sollicitation des décharges de type D des cantons voisins, pour la prise en charge des mâchefers et autres déchets genevois répondant à l’annexe 5 ch. 4 OLED. Au vu de la pénurie d’espace de stockage en décharges de type D et des difficultés rencontrées par les autorités cantonales, en particulier en Suisse romande, pour la création de nouvelles décharges de ce type, il fallait s’assurer de la pertinence et de la faisabilité, sur le long terme, de cette manière de procéder. Au niveau du droit fédéral, rien ne s’opposait à cette interdiction, pour autant que le canton assure son obligation d’éliminer les déchets urbains. Il convenait toutefois de douter que ce nouvel article constitutionnel puisse être mis en œuvre de cette manière et du fait qu’il soit judicieux au regard de la situation actuelle.

La mise en œuvre, par les autorités cantonales, de mesures visant à favoriser la valorisation des déchets qui devraient normalement être stockés en décharge de type D selon l’art. 161A al. 2 Cst-GE projeté était dans l’esprit de l’art. 12 OLED, qui prévoyait la valorisation obligatoire des déchets selon l’état de la technique. L’OLED fixait les valeurs limites des concentrations en polluants acceptés dans les déchets à valoriser. Les possibilités d’élimination conforme à l’environnement et à l’état de la technique étaient régies par la LPE et l’OLED, et aucune autorité n’était autorisée à proposer des mesures d’élimination alternatives qui n’étaient pas régies par ces textes.

e. Le 16 novembre 2022, le comité a transmis à la chancellerie ses observations, persistant dans ses précédentes écritures.

f. Par arrêté du 18 janvier 2023, publié dans la FAO du 20 janvier 2023, le Conseil d’État a partiellement invalidé l’IN 188 et supprimé l’al. 1 de l’art. 161A Cst-GE projeté.

L’initiative respectait les principes de l’unité de genre, de la matière et de clarté.

Le texte n’était pas ambigu, de sorte qu’il n’y avait pas lieu de s’écarter de son sens littéral, l’art. 161A al. 1 Cst-GE projeté mentionnant de manière univoque l’interdiction de toute nouvelle décharge visant au stockage de mâchefers d’incinération et d’autres matériaux bioactifs. L’exposé des motifs rappelait cette interdiction et l’argumentaire se rapportait majoritairement à l’installation de nouvelles décharges et de ses éventuelles conséquences sur la nature. Si les initiants avaient voulu inviter les autorités à favoriser le recyclage, en vue d’éviter la création de nouvelles décharges, ils l’auraient mentionné, ce qui n’était pas le cas. Il ressortait ainsi de son texte que l’IN 188 poursuivait deux objectifs, soit d’une part, interdire l’installation sur le territoire genevois de nouvelles décharges et d’autre part, encourager l’État à prendre des mesures pour le recyclage et la valorisation de certains déchets.

S'agissant de sa conformité au droit supérieur, l'IN 188 employait des termes, à savoir « matériaux bioactifs », « mâchefers d'incinération » et « déchets non biodégradables », qui ne figuraient ni dans la LPE, ni dans l'OLED, sauf dans l'annexe de cette dernière. En application du principe *in dubio pro populo*, il fallait comprendre que l'initiative, en visant principalement les mâchefers, avait pour objectif l'interdiction de toute implantation sur le territoire genevois des décharges dans lesquelles ces mâchefers devaient être stockés, soit les décharges de type D selon l'annexe 5 ch. 4 OLED. Le Tribunal fédéral avait considéré qu'une interdiction absolue de ce type de décharges par une initiative populaire était contraire au droit fédéral. Les principes développés par la jurisprudence étaient transposables à l'art. 161A al. 1 Cst-GE projeté, dès lors que l'art. 31 LPE imposait aux cantons l'obligation de planifier la gestion de leurs déchets. L'obligation de coopération intercantonale trouvait, en outre, sa limite dans la possibilité de mettre en œuvre une telle collaboration, au vu de la pénurie généralisée d'espaces de stockage en décharge de type D.

L'art. 161A al. 1 Cst-GE projeté n'était pas exécutable, en l'absence de solution alternative au stockage en décharge de type D. La décharge sise dans le canton, à Châtillon, arrivait en fin d'exploitation et ne pouvait plus recevoir de nouveaux mâchefers, si bien que seul un exutoire en dehors du canton serait envisageable si l'IN 188 était acceptée. Or, la disponibilité de telles décharges en Suisse romande était limitée, au vu des oppositions bloquant les projets de création de nouvelles décharges et des refus déjà signifiés par certains cantons de recevoir les mâchefers en provenance d'autres cantons. Le canton de Genève avait bien conclu un accord avec le canton du Jura, qui devait toutefois arriver à échéance en fin d'année 2024, sans garantie de reconduction, ni de possibilité de trouver une solution avec d'autres cantons. L'initiative ne pouvant être soumise au constituant, au plus tôt, qu'au printemps 2024, elle ne pourrait être, au mieux, que mise en œuvre durant quelques mois. Ainsi, à l'échéance de l'accord susmentionné, le canton de Genève n'aurait d'autre choix que de stocker les mâchefers sur son territoire, étant précisé que la Confédération pourrait l'obliger à prévoir une installation à cet effet, de sorte à rendre l'IN 188 inexécutable.

Malgré l'invalidation de l'art. 161A al. 1 Cst-GE projeté, l'initiative conservait un sens et permettait de poursuivre le but des initiants. En effet, le titre de l'initiative renvoyait directement aux notions de recyclage et de valorisation des déchets, de sorte que l'on pouvait prétendre que l'initiative aurait été signée par un nombre suffisant de citoyens si elle avait été amputée de sa partie contraire au droit fédéral et inexécutable.

- C. a. Par acte expédié le 17 février 2023, A_____ et B_____ ont saisi la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (ci-après : la chambre constitutionnelle) d'un recours contre cet arrêté, concluant à son annulation, à ce

que l'intégralité du texte de l'IN 188 soit déclaré valable et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Ils contestaient l'arrêté entrepris en tant qu'il annulait l'art. 161A al. 1 Cst-GE projeté, au motif qu'il était contraire au droit fédéral et inexécutable.

b. Le 24 mars 2023, le Conseil d'État s'est référé à son arrêté du 18 janvier 2023, qu'il confirmait. Il précisait que la « décharge actuelle » et la « décharge genevoise » à laquelle se référaient les recourants était la décharge de type D sise sur la commune de Bernex, à Châtillon, arrivée en fin d'exploitation.

c. Le 25 avril 2023, les recourants ont persisté dans leur recours, précisant qu'ils proposaient d'autres solutions que la mise en décharge des mâchefers. Une appréciation politique de l'opportunité de l'initiative, comme celle à laquelle se livrait le Conseil d'État, n'avait pas lieu d'être au stade de l'examen de la validité de l'initiative populaire, étant précisé que la doctrine la plus récente avait rappelé que l'inexécutabilité se rapportait uniquement à une impossibilité de fait et devait être appliquée restrictivement.

d. Sur quoi, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

e. Les arguments des parties seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit du présent arrêt.

EN DROIT

1) 1.1 La chambre constitutionnelle est compétente pour connaître de recours interjetés, comme en l'espèce, contre un arrêté du Conseil d'État relatif à la validité d'une initiative populaire (art. 130B al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; ACST/13/2022 du 14 octobre 2022 consid. 1a).

1.2 Le recours a été interjeté en temps utile, le délai légal ordinaire de 30 jours (art. 62 al. 1 let. a et d de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10) s'appliquant en la matière, nonobstant le silence de la loi (ACST/32/2021 du 20 septembre 2021 consid. 1b). Il respecte en outre les conditions de forme et de contenu prévues par les art. 64 al. 1 et 65 al. 1 et 2 LPA.

2) Le recours contre une décision relative à la validité d'une initiative rédigée de toutes pièces, comme l'IN 188, concerne le droit de vote des citoyens ainsi que les votations et élections au sens de l'art. 82 let. c de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110). Toute personne physique ayant le droit de vote dans l'affaire en cause est recevable à interjeter un tel recours, de même que les partis politiques et les organisations à caractère politique formées

en vue d'une action précise, comme le lancement d'une initiative ou d'un référendum (ATF 147 I 206 consid. 2.5 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_297/2021 du 4 janvier 2022 consid. 1 ; ACST/13/2022 précité consid. 2a).

Tel est le cas en l'occurrence de A_____, citoyen suisse exerçant ses droits politiques dans le canton et membre du comité, ainsi que de B_____, parti politique exerçant ses activités sur le territoire cantonal.

Le recours est par conséquent recevable.

- 3) Le recours porte sur la validité de l'IN 188, une initiative constitutionnelle rédigée de toutes pièces qui prévoit d'introduire, dans la Cst-GE, un nouvel art. 161A composé d'un al. 1 visant à interdire sur le territoire cantonal l'implantation de nouvelles décharges (de type D) pour le stockage des mâchefers d'incinération et d'autres matériaux bioactifs, et d'un al. 2 requérant de l'État la prise de mesures pour le recyclage ou la valorisation des mâchefers d'incinération et d'autres matériaux bioactifs. L'autorité intimée a partiellement invalidé l'IN 188 et supprimé l'art. 161A al. 1 Cst-GE projeté, au motif qu'il n'était pas conforme au droit fédéral et qu'il était inexécutable, ce que les recourants contestent.
- 4) Les trois conditions de validité d'une initiative, que prévoit l'art. 60 Cst-GE, sont l'unité du genre, l'unité de la matière et la conformité au droit supérieur, qu'il soit cantonal, intercantonal, fédéral ou international (ATF 143 I 129 consid. 2.1). S'y ajoutent, déduites de la liberté de vote garantie par les art. 34 al. 2 Cst. et 44 Cst-GE, l'exigence de clarté du texte de l'initiative et celle d'exécutabilité de l'initiative (ATF 133 I 110 consid. 8 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_638/2021 du 16 novembre 2022 consid. 2).

À teneur de l'art. 60 al. 4 Cst-GE, l'initiative dont une partie n'est pas conforme au droit est déclarée partiellement nulle si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides. À défaut, l'initiative est déclarée nulle.

- 5) Se pose la question de l'exécutabilité de l'art. 161A al. 1 Cst-GE projeté.

5.1 Une initiative populaire doit être exécutable. À défaut, elle doit être invalidée, même si aucune norme ne le prévoit explicitement, car il ne se justifie pas de demander au peuple de se prononcer sur une proposition qui n'est pas susceptible d'être mise en œuvre. L'invalidation ne s'impose toutefois que dans les cas les plus évidents. L'obstacle à la réalisation doit être insurmontable, une difficulté relative étant insuffisante, dès lors qu'il appartient, avant tout, aux électeurs 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 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_149/2021 du 25 août 2022 consid. 2.2 ; 1C_146/2020 précité consid. 3.2).

Pour juger de l'exécutabilité, il y a lieu, compte tenu de l'objet et du caractère de l'initiative, de se placer non pas au moment du dépôt de celle-ci, mais, au plus tôt, au moment où l'autorité compétente statue sur sa recevabilité, voire au moment le plus proche possible de celui où l'initiative devrait être soumise au vote populaire. Le droit d'initiative n'implique aucun effet suspensif, de sorte qu'il est possible qu'une initiative exécutable au moment de son dépôt devienne impossible à réaliser au moment du scrutin, pour autant toutefois que ce dernier n'ait pas été retardé à dessein (ATF 128 I 190 consid. 5.1 et les références citées).

5.2 En l'espèce, les recourants prétendent que l'initiative pourrait être mise en œuvre par l'introduction d'un tri mécanique ou manuel systématique de tous les déchets avant leur incinération, ce qui permettrait leur recyclage au lieu de leur stockage. La partie non recyclable pourrait néanmoins être placée dans la décharge existante à Genève, le Conseil d'État ayant indiqué que seule la mise en œuvre, à court terme, de l'initiative serait délicate. La question économique nécessaire à ladite mise en œuvre à moyen et long terme, notamment par un tri systématique, en amont de l'incinération, serait dès lors une question d'opportunité politique et non d'exécutabilité.

Il ressort des explications fournies par l'autorité intimée que l'art. 161A al. 1 Cst-GE projeté ne pourrait être mis en œuvre au plus tôt qu'au printemps 2024 et ce jusqu'à l'échéance de l'accord conclu avec le canton du Jura en fin d'année 2024, aucune solution pour la mise en décharge des mâchefers ne pouvant se dessiner ultérieurement. Comme l'indiquent à juste titre les recourants, bien que la durée de mise en œuvre de la disposition projetée puisse être courte, elle pourrait néanmoins avoir lieu, rien ne permettant d'affirmer que la situation n'évoluerait pas favorablement d'ici là. La pénurie d'espaces de stockage en décharge de type D et les difficultés rencontrées par les autorités cantonales, en particulier en Suisse romande, pour la création de nouvelles décharges de ce type, ne la rend pas d'emblée inexécutable, mais relève de son opportunité, considération qui n'entre toutefois pas en compte dans l'examen de la validité d'une initiative. Ainsi, même si l'initiative ne pourrait être mise en œuvre que pour une durée limitée, elle n'en serait pas moins exécutable pendant ce temps. Il y a dès lors lieu d'admettre que l'art. 161A al. 1 Cst-GE est exécutable.

- 6)** Les parties divergent sur le sens à donner au texte de l'IN 188 et sur l'articulation des deux alinéas de l'art. 161A Cst-GE projeté.

6.1 Pour déterminer le sens de normes proposées par une initiative rédigée de toutes pièces, qui se transforme en disposition constitutionnelle si elle est acceptée en votation populaire (art. 61 et 63 Cst-GE ; art. 122A 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. Ainsi, il y a lieu d'utiliser les méthodes habituelles d'interprétation des lois, également applicables aux normes constitutionnelles (arrêt du Tribunal fédéral 1C_393/2022 du 31 mars 2023 consid. 3.1), à savoir les méthodes littérale, systématique, historique et téléologique (ATF 147 V 35 consid. 7.1).

La première règle d'interprétation est donc 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. 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. 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 et les références citées ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_392/2022 du 3 mai 2023 consid. 3.3 ; 1C_638/2021 précité consid. 2).

L'interprétation d'initiatives fait certes aussi appel aux règles dites de l'interprétation la plus favorable aux initiants, qu'exprime l'adage *in dubio pro populo*, et de l'interprétation conforme au droit supérieur, mais ni l'une ni l'autre de ces règles n'autorise à s'écarter, à tout le moins sensiblement, du texte d'une initiative, ni à faire abstraction des exigences que le principe de la légalité impose. La marge d'interprétation en la matière est plus limitée pour des initiatives rédigées de toutes pièces (ATF 143 I 129 consid. 2.2 et les références citées ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_638/2021 précité consid. 2).

6.2 En l'espèce, les recourants prétendent que l'IN 188 devrait s'interpréter comme un tout, en nuanciant le principe de l'interdiction de l'al. 1 par l'objectif général de l'al. 2, qui est de prendre toutes les mesures tendant au recyclage ou à la valorisation des déchets visés par l'initiative, afin d'éviter l'implantation de nouvelles décharges.

Comme l'a indiqué l'autorité intimée, un tel point de vue ne saurait être suivi. En effet, il ressort du texte clair et univoque de l'art. 161A al. 1 Cst-GE projeté qu'il vise à interdire sur le territoire cantonal l'implantation de toute nouvelle décharge pour le stockage des mâchefers d'incinération et d'autres matériaux bioactifs, ce que l'exposé des motifs rappelle également en indiquant que, pour la sauvegarde des terres agricoles, il convient d'interdire l'enfouissement de mâchefers et de matériaux bioactifs, de même que le bétonnage et le goudronnage des terres agricoles. Contrairement à ce que soutiennent les recourants, l'on ne saurait ainsi

concevoir l'initiative comme une invitation faite aux autorités pour favoriser le recyclage afin d'éviter de devoir créer une nouvelle décharge. Si tel était le cas, le texte de l'IN 188 l'aurait précisé. Par ailleurs, le fait que le titre de l'initiative ne mentionne pas ladite interdiction n'est pas déterminant, vu son texte clair. Ainsi, en présence d'un tel texte univoque, il n'y a pas non plus lieu d'appliquer le principe *in dubio pro populo*.

- 7) **7.1** D'une manière générale, une initiative populaire cantonale, quelle que soit sa formulation, doit respecter les conditions matérielles qui lui sont imposées. Elle ne doit, en particulier, rien contenir de contraire au droit supérieur, qu'il soit cantonal, intercantonal, fédéral ou international. 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_297/2021 précité consid. 2).

7.2 En droit de l'environnement, la Confédération dispose d'une compétence législative générale, dotée d'un effet dérogatoire subséquent, les cantons ne pouvant légiférer que dans la mesure où la Confédération ne l'a pas exhaustivement fait (art. 74 al. 1 Cst.). Celle-ci a fait usage de cette compétence en promulguant la LPE, de sorte que le droit cantonal couvrant la même matière ou moins étendu a perdu toute signification propre. Le droit cantonal conserve toutefois tout son sens lorsqu'il complète les normes fédérales ou lorsque, dans la mesure où cela est autorisé, il les renforce (ATF 118 Ib 590 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_576/2018 du 13 décembre 2019 consid. 4.1.2). L'art. 74 al. 3 Cst. précise que l'exécution des dispositions fédérales incombe aux cantons, sauf disposition contraire de la loi. L'art. 36 LPE, selon lequel l'exécution de la LPE incombe aux cantons, transcrit cette règle, les cantons disposant d'une compétence d'exécution au sens strict. Cette compétence exécutive emporte la faculté de prendre toutes mesures nécessaires à la mise en œuvre de la LPE, en mettant en place le cadre nécessaire à son application (François BELLANGER / Valérie DÉFAGO GAUDIN in Pierre MOOR et al. [éd.], Loi sur la protection de l'environnement [LPE], 2012, ad art. 36 LPE, n. 7 ss).

7.2.1 L'art. 30 LPE énonce les principes directeurs du droit des déchets : dans la mesure du possible, leur production doit être limitée (al. 1) et les déchets doivent être valorisés (al. 2) ; ceux-ci doivent être, en outre, éliminés d'une manière respectueuse de l'environnement et, pour autant que cela soit possible et approprié, sur le territoire national (al. 3). Ce dernier principe vaut au plan national, mais ne s'applique pas au plan cantonal où l'art. 31a LPE prescrit, au contraire, la collaboration des cantons au-delà des frontières cantonales (arrêt du Tribunal fédéral 2C_139/2009 du 13 août 2009 consid. 5.2).

7.2.2 L'art. 31 al. 1 LPE prévoit que les cantons planifient la gestion de leurs déchets en définissant, notamment, leurs besoins en installations d'élimination des déchets, en évitant les surcapacités et en fixant les emplacements de ces installations. Le plan de gestion des déchets comprend, notamment, les besoins en volume de stockage définitif et les sites des décharges (art. 4 al. 1 let. d OLED). Les cantons se consultent pour établir leurs plans de gestion des déchets et définissent, au besoin, des régions de planification supracantonales (art. 4 al. 2 OLED). L'obligation de planifier porte sur tous les déchets tombant dans le champ d'application de la LPE. Les dispositions prises par la planification cantonale ne doivent pas aller à l'encontre des règles supérieures, en vertu du principe de la primauté et du respect du droit fédéral (art. 49 Cst. ; Alexandre FLÜCKIGER, in Pierre MOOR et al. [éd.], op. cit., ad art. 31 LPE, n. 27). Selon la jurisprudence, un plan cantonal ne peut ainsi demander à s'opposer par tous les moyens juridiques et politiques à l'établissement d'installations d'élimination des déchets spéciaux, par exemple (ATF 117 Ia 147 consid. 5b).

Le plan de gestion des déchets définit les besoins en capacité de traitement des déchets, tout en tenant compte d'une capacité de réserve suffisante pour le cas où l'exploitation de l'une ou de plusieurs de ces installations serait interrompue, ainsi que les besoins en volume de stockage définitif pour les vingt années à venir, notamment pour les « mâchefers » et les résidus stabilisés, le but général étant de procéder à une évaluation plausible des besoins réels. Les notions de capacité et de besoin ne doivent pas être évaluées dans le cadre local seulement, mais doivent être estimées à un niveau régional plus large, dans le cadre du devoir de collaboration intercantonal, en particulier pour les décharges, lesquelles doivent être planifiées sur une base régionale (Alexandre FLÜCKIGER, in Pierre MOOR et al. [éd.], op. cit., ad art. 31 LPE, n. 43 et 46).

7.2.3 L'art. 31a LPE règle la collaboration des cantons en matière de planification de la gestion des déchets et en matière d'élimination (al. 1). Si les cantons ne parviennent pas à se mettre d'accord, ils proposent des solutions à la Confédération, laquelle, si la médiation n'aboutit pas, peut leur ordonner (al. 2) : de définir pour les installations de traitement, de valorisation ou de stockage définitifs des zones d'apport des déchets (let. a) ; d'arrêter des emplacements pour la construction d'installations d'élimination des déchets (let. b) ; de mettre à la disposition d'autres cantons des installations d'élimination des déchets appropriées (let. c).

La collaboration implique, en particulier, de participer activement et de manière constructive, à la recherche de solutions communes et exige une consultation mutuelle avant la décision définitive sur la solution (Alexandre FLÜCKIGER, in Pierre MOOR et al. [éd.], op. cit., ad art. 31a LPE, n. 4). Une attitude d'opposition systématique de la part d'un canton serait contraire à l'exigence de collaboration. Le Tribunal fédéral a ainsi annulé une règle prévue dans une initiative populaire

ordonnant aux autorités cantonales d'empêcher par tous les moyens légaux et politiques la construction sur le territoire cantonal d'installations d'élimination des déchets spéciaux (ATF 117 Ia 147 consid. 5b).

Si les cantons ne parviennent pas à un accord, un mécanisme doublement subsidiaire est instauré. La Confédération intervient ainsi, dans un premier temps, à titre de médiatrice, après que les cantons ont proposé des solutions. Si la médiation fédérale échoue, le Conseil fédéral peut alors ordonner aux cantons, dans un deuxième temps, de définir des zones d'apport, d'arrêter des emplacements et de mettre à disposition d'autres cantons les installations appropriées. La loi prévoit ainsi trois compétences spécifiques en cas d'échec de la médiation, qui concrétisent les compétences fédérales en matière de surveillance. Dans ces trois hypothèses, le Conseil fédéral ne dispose que de la compétence d'ordonner aux cantons de prendre des mesures, sans qu'il s'agisse d'une décision. Les procédures cantonales pour le choix des sites ou des zones d'apport continuent de s'appliquer. Ces trois moyens ne sont pas limitatifs et le Conseil fédéral peut user de sa compétence générale de surveillance (art. 38 LPE) pour ordonner d'autres mesures en cas de conflit intercantonal (Alexandre FLÜCKIGER, in Pierre MOOR et al. [éd.], op. cit., ad art. 31a LPE, n. 13 et 18).

7.2.4 Selon l'art. 30e LPE, il est interdit de stocker définitivement les déchets ailleurs qu'en décharge contrôlée (al. 1). Quiconque veut aménager ou exploiter une décharge contrôlée doit obtenir une autorisation du canton, qui lui est délivrée s'il prouve que la décharge est nécessaire. L'autorisation définit les déchets qui sont admissibles dans la décharge contrôlée, en vue d'un stockage définitif (al. 2).

Les déchets ne peuvent être mis en décharge que s'ils satisfont aux exigences de l'annexe 5 OLED (art. 25 al. 1 OLED). En particulier, il est permis d'aménager et d'exploiter cinq types de décharges, dont les décharges de type D pour les déchets selon l'annexe 5 ch. 4 OLED (art. 35 al. 1 let. d OLED) dans lesquelles il est permis de stocker définitivement, notamment, les mâchefers provenant d'installations d'incinération des déchets urbains ou des déchets de composition analogue (ch. 4.3 de l'annexe 5 OLED).

7.3 En l'espèce, les recourants allèguent que l'art. 161A Cst-GE projeté serait conforme au droit fédéral, lequel n'obligerait pas les cantons à éliminer leurs déchets sur leur territoire, comme l'a confirmé l'OFEV, la question de savoir s'il est possible de se tourner vers les autres cantons étant de nature politique, et non juridique.

L'art. 161A al. 1 Cst-GE projeté vise à interdire l'implantation de nouvelles décharges pour le stockage des mâchefers d'incinération et d'autres matériaux bioactifs sur le territoire cantonal, par quoi l'on doit comprendre qu'il vise à interdire sur le territoire cantonal, toute décharge de type D, selon l'annexe 5 ch. 4 OLED, comme l'a retenu l'autorité intimée et comme l'a relevé l'OFEV, malgré

les termes utilisés par l'initiative, qui ne correspondent plus à ceux du droit fédéral. Toutefois, l'interdiction projetée ne concerne pas la décharge de même type existante, sise sur le territoire cantonal, laquelle arrive en fin d'exploitation.

L'art. 30 al. 3 LPE, qui prévoit l'élimination des déchets sur le territoire national, n'est pas transposable au niveau des cantons, lesquels ne sont ainsi pas tenus d'éliminer leurs déchets sur leur territoire, mais doivent collaborer entre eux.

Le droit fédéral leur impose, toutefois, une obligation de planification de la gestion de leurs déchets, en définissant leurs besoins en installations d'élimination des déchets, en évitant les surcapacités et en fixant les emplacements de ces installations (art. 31 al. 1 LPE). Cette planification doit s'effectuer en collaboration avec les autres cantons, selon l'art. 31a LPE.

Ainsi, si l'art. 161A al. 1 Cst-GE projeté n'empêche pas le canton de Genève de planifier la gestion de ses déchets, il entrave sérieusement la collaboration entre les cantons, telle que prévue par l'art. 31a LPE. En effet, l'art. 161A al. 1 Cst-GE projeté obligerait systématiquement le canton à répondre défavorablement aux demandes des autres cantons en matière de stockage des mâchefers, le plaçant dans la situation dans laquelle il aurait unilatéralement décidé de ne pas créer de nouvelle décharge de type D alors que celle existante se trouve en fin d'exploitation et que, comme l'a indiqué l'OFEV, un recyclage à 100% des mâchefers n'est, en l'état de la technique, pas possible. La question n'est ainsi pas de savoir si le canton de Genève peut, ou non, se tourner vers un autre canton, ce qui en théorie demeure le cas, puisque l'initiative ne l'interdit pas, mais de savoir si un canton qui refuserait systématiquement et unilatéralement de stocker sur son territoire les déchets envisagés, y compris ceux des autres cantons qui le lui demanderaient, pourrait encore être considéré comme ouvert à la collaboration intercantonale requise par le droit fédéral. Tel n'est pas le cas, puisque le canton de Genève ne pourrait plus participer activement à la recherche de solutions communes, ce qui serait contraire au droit fédéral et nécessiterait alors l'intervention systématique de la Confédération, alors que ladite intervention n'est conçue que de manière subsidiaire.

Le fait que l'OFEV ait indiqué dans ses observations du 10 novembre 2022 que « rien ne s'opposait à cette interdiction, pour autant que le canton assure son obligation d'éliminer les déchets urbains » n'est pas déterminant, dès lors qu'il s'est avant tout placé sur le terrain de l'opportunité de ladite initiative, sans examiner la possible entrave au niveau de la collaboration entre les cantons comme ci-dessus mentionnée.

L'art. 161A al. 1 Cst-GE projeté n'est ainsi pas conforme au droit fédéral, comme l'a à juste titre constaté l'autorité intimée, de sorte qu'il devait être annulé, en application de l'art. 60 al. 4 Cst-GE. Conformément à ce qu'elle a retenu, l'art. 161A al. 2 Cst-GE, soit la partie non invalidée de l'initiative, pouvait être

soumis pour lui-même au corps électoral, ce qui ne prête pas le flanc à la critique et n'est pas contesté en tant que tel.

Il s'ensuit que le recours sera rejeté.

- 8) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge solidaire des recourants, qui succombent (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 17 février 2023, conjointement, par A_____ et B_____ contre l'arrêté du Conseil d'État du 18 janvier 2023 invalidant partiellement l'initiative constitutionnelle n° 188 « OUI au recyclage des déchets non biodégradables » ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'500.- à la charge solidaire de A_____ et de B_____ ;

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

dit que conformément aux art. 82 ss LTF, le présent arrêt peut être porté dans les 30 jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Mes Romain JORDAN et Stéphane GRODECKI, avocats des recourants, ainsi qu'au Conseil d'État.

Ségeant : Jean-Marc VERNIORY, président, Blaise PAGAN, Valérie LAUBER,
Philippe KNUPFER, Claudio MASCOTTO, juges.

Au nom de la chambre constitutionnelle :

la greffière-juriste :

C. GUTZWILLER

le président siégeant :

J.-M. VERNIORY

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :