

ARRÊTÉ

relatif à la validité de l'initiative législative cantonale
196 « DES CRÈCHES GRATUITES POUR TOUS
LES ENFANTS »

1^{er} novembre 2023

LE CONSEIL D'ÉTAT

I. EN FAIT

1. Par courrier du 9 février 2023, Giulia WILLIG, d'Ensemble à Gauche – Liste d'UNION POPULAIRE, a informé le Conseil d'Etat du lancement d'une initiative législative cantonale intitulée « DES CRÈCHES GRATUITES POUR TOUS LES ENFANTS » (ci-après : IN 196), avec pour mandataire elle-même et pour remplaçant Pierre VANEK.
2. L'IN 196 a pour objet des modifications à la loi sur l'accueil préscolaire, du 12 septembre 2019 (LAPr – J 6 28) : une modification de ses articles 2, lettre d, 6, alinéas 2 et 3, 8, alinéa 2, 10, alinéa 4 ainsi que l'abrogation de son article 20 et l'ajout d'un nouvel article 42. Elle est libellée en ces termes :

Texte de l'initiative :

Art.1 Modifications : la loi sur l'accueil préscolaire (LAPr – J 6 28), du 12 septembre 2019, est modifiée comme suit :

Art.2, let. d (nouvelle teneur)

d) régler la répartition du financement de l'accueil préscolaire entre le canton, les communes ou les groupements de communes, les employeurs et d'autres contributeurs, et de garantir la gratuité pour les usagers au 1er janvier de la septième année qui suit l'entrée en vigueur de la loi du... (à compléter).

Art. 6, al. 2 et 3 (nouvelle teneur)

² Les communes mettent à disposition le nombre de places nécessaire pour atteindre un taux d'offre d'accueil répondant à la demande.

³ Elles programment la réservation et, au besoin, l'acquisition des terrains requis pour les constructions nécessaires et y consacrent le budget annuel d'investissement adapté.

Art. 8, al. 2 (nouvelle teneur) Elles en financent l'exploitation après déduction de la participation du canton, des employeurs et des autres recettes.

Art. 10, al. 4 (nouvelle teneur)

⁴ Elle correspond à 0,50% de la masse salariale visée à l'alinéa 3 ci-dessus, dès le 1^{er} janvier de la 7^e année qui suit l'entrée en vigueur de la loi du (à compléter).

Art. 20 (abrogé)

Art. 42 Dispositions transitoires (nouveau)

¹ La contribution des employeurs visée à l'art. 10, al. 3, correspond à 0,14 % de la masse salariale, au 1^{er} janvier de l'année qui suit l'adoption de la loi du (à compléter) ; elle croît ensuite de 0,06% au 1^{er} janvier de chaque année suivante pour atteindre 0,50% au 1^{er} janvier de la septième année qui suit l'adoption de la loi du (à compléter).

² La contribution des parents décroît au prorata de l'augmentation de celle des employeurs, au 1^{er} janvier de chaque année qui suit l'adoption de la loi du (à compléter), pour aboutir à la gratuité au 1^{er} janvier de la septième année.

Art. 2 Entrée en vigueur: La présente loi entre en vigueur au lendemain de sa promulgation dans la Feuille d'avis officielle.

3. L'exposé des motifs contient les éléments suivants :

« Il manque au moins 4000 places de crèche dans le canton et leur prix reste souvent prohibitif, malgré les subventions. Notre initiative vise une offre gratuite répondant pleinement aux besoins, comme le fait l'école obligatoire.

Un vrai service public de la petite enfance est indispensable :

- *D'abord, parce que les parents sont aujourd'hui contraints de travailler tous les deux pour subvenir aux besoins d'une famille.*
- *Ensuite, quand les parents peuvent réduire leur temps de travail, ce sont le plus souvent les mères qui doivent sacrifier une partie de leur salaire et de leur retraite.*

Les crèches permettent aux employeurs d'embaucher de jeunes parents. Raison pour laquelle Berne envisage une contribution en la matière.

C'est aussi pourquoi la loi genevoise prévoit déjà une contribution patronale. Nous proposons de porter celle-ci par palier, en 7 ans, de 0,07% à 0,50% de la masse salariale.

Cette période transitoire permettra de trouver ou de construire les locaux, mais surtout de former et d'engager le personnel qualifié indispensable. »

4. Le 10 février 2023, le service des votations et élections (ci-après : SVE) a validé la formule de récolte de signatures, et ce conformément à l'article 87 de la loi sur l'exercice des droits politiques, du 15 octobre 1982 (LEDP – RS/GE A 5 05).
5. Le 13 février 2023, le lancement et le texte de l'IN 196 ont été publiés dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO), avec un délai de récolte des signatures échéant le 13 juin 2023.
6. Les 23 mars, 12 mai et 13 juin 2023, le comité d'initiative a déposé les listes de signatures auprès du SVE.
7. Par arrêté du 5 juillet 2023, publié le 7 juillet 2023 dans la FAO, le Conseil d'Etat a constaté que les signatures avaient été déposées dans les délais et en nombre suffisant, de sorte que l'initiative avait abouti.
8. Par le même arrêté, le Conseil d'Etat a fixé les délais de traitement de l'initiative, en particulier en ce qui concerne l'arrêté relatif à la validité de l'initiative et le rapport sur la prise en considération de celle-ci. Ces délais arrivent à échéance le 7 novembre 2023.
9. Par courrier recommandé du 20 juillet 2023, la Chancelière d'Etat a informé le comité d'initiative que le Conseil d'Etat l'invitait, avant de statuer sur la validité de l'IN 193, à lui faire part de ses déterminations dans un délai fixé au 4 septembre 2023. Il était, en particulier demandé au comité d'initiative de se déterminer sur les points suivants :
 - Au regard de la conformité au droit supérieur, de l'avis du comité :

- Comment s'articulerait l'absence de participation financière des parents prévue dans l'IN 196 avec l'article 202, alinéa 2 de la constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (A 2 00 ; Cst-GE) ;
 - Comment il faudrait qualifier juridiquement la contribution par les employeurs de 0,50 % de la masse salariale prévue à l'article 10, alinéa 4 de l'IN 196 et si cette contribution pouvait notamment répondre aux exigences de motifs raisonnables et objectifs suffisants pour prévoir un impôt spécial affecté au financement des crèches, sachant notamment qu'en 2022, les charges assumées par les communes étaient estimées à environ 280 millions de francs, avec une participation des parents d'environ 25%, soit environ 70 millions de francs, et une contribution des employeurs d'environ 24 millions de francs. Or, en passant de 0,07% à 0,50% la contribution des employeurs atteindrait environ 171 millions de francs.
 - Dans l'hypothèse où le Conseil d'Etat devait parvenir à la conclusion d'une non-conformité au droit supérieur pour l'absence de participation financière des parents, au vu du but poursuivi par l'IN 196 – soit la gratuité des crèches pour les familles –, il envisageait une invalidation totale de l'initiative ;
 - Dans l'hypothèse où le Conseil d'Etat devait parvenir à la conclusion d'une non-conformité au droit supérieur de la contribution exigée des employeurs (et non pour la participation des parents), il envisageait une invalidation partielle de l'initiative, à savoir l'invalidation des articles 10, alinéa 4 et 42 du texte de l'IN 196.
10. Le 11 septembre 2023, dans le délai restitué au 18 septembre 2023 à 12h, Me Stéphane Grodecki s'est constitué pour le comité d'initiative et a sollicité une prolongation du délai au 25 septembre 2023 à midi pour faire parvenir ses observations.
11. Par courrier du 12 septembre 2023, la Chancelière d'Etat a accepté exceptionnellement cette prolongation et invité le comité à se déterminer, le cas échéant, sur la question de la conformité du « taux d'offre d'accueil répondant à la *demande* » prévu à l'article 6, alinéa 2 de l'IN 196 avec l'article 200 Cst-GE prévoyant une « offre de places d'accueil [...] répondant aux *besoins* ».
12. Par courrier du 25 septembre 2023, anticipé par courriel, le comité a fait parvenir ses déterminations à la Chancelière d'Etat. En substance, concluant à la validité totale de l'IN196, il a indiqué les points suivants :
- S'agissant de l'absence de participation financière des parents, l'article 202 Cst-GE n'imposait nullement un financement obligatoire des parents.

La lettre de la disposition posait comme principe que ce sont les collectivités publiques qui financent l'exploitation, la participation des parents n'étant mentionnée que par la suite et sans indication sur son caractère obligatoire.

L'interprétation systématique le confirmait, dans la mesure où la section concernant l'accueil préscolaire et parascolaire prévoit qu'il appartient au canton et aux communes d'organiser l'accueil préscolaire (art. 201 Cst-GE) et qu'ils financent les infrastructures (art. 202 al. 1 Cst-GE) ; la participation des parents n'était, quant à elle, mentionnée qu'en fin d'article 202, alinéa 2 Cst-GE, sans que l'on puisse en tirer un caractère obligatoire.

L'interprétation historique démontrait de grands débats à propos de la participation des entreprises mais non à propos de celle des parents, qui n'avait jamais été abordée. Il n'y avait ainsi aucune volonté du constituant de prévoir impérativement une participation des parents aux coûts.

Ainsi, la faible densité normative de l'article 202, alinéa 2 Cst-GE couplée à une interprétation conforme au principe *in dubio pro populo* devait amener à retenir que

cette disposition n'imposait pas de participation obligatoire des parents aux coûts. L'arrêt du Tribunal fédéral 1C_393/2022 du 31 mars 2023 relatif à l'invalidation d'une initiative populaire cantonale pour des transports publics gratuits confirmait l'invalidation en raison d'une norme explicite du droit supérieur imposant une participation aux coûts des usagers dont l'interprétation historique venait confirmer le sens, ce qui n'était pas le cas de l'article 202, alinéa 2 Cst-GE.

- Pour ce qui était de l'article 200 Cst-GE, il s'agissait d'une disposition à faible densité normative qui ne fondait « *aucune obligation ou droit self-executing* ». La notion « *d'adapter aux besoins* » était en outre indéterminée et signifiait « *assurer ce qui est nécessaire* ». Il revenait ainsi au législateur de préciser cette notion.
 - Quant à la contribution que proposait l'IN 196, l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_466/2008 du 10 juillet 2009 avait confirmé la constitutionnalité d'un impôt spécial vaudois de 0,8% sur le chiffre d'affaires. La contribution de 0,50% prévue à l'article 10, alinéa 4 de l'IN 196 constituait un prélèvement général destiné à couvrir des dépenses spécifiques, soit d'un impôt d'attribution des coûts. En l'espèce, il y avait des motifs raisonnables et suffisants au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral, puisque les employeurs bénéficiaient directement de l'accueil préscolaire, ce que le Conseil fédéral avait lui-même retenu dans son rapport du 1^{er} juillet 2015 relatif aux coûts complets et financement de places de crèche en comparaison internationale.
 - Tous ces éléments relevaient de l'opportunité politique.
13. Les détails de cette prise de position seront, en tant que de besoin, discutés ci-dessous dans la partie « EN DROIT » du présent arrêté.

II. EN DROIT

A. Compétence du Conseil d'Etat

14. Aux termes de l'article 60, alinéa 1 Cst-GE, le Conseil d'Etat examine la validité des initiatives populaires cantonales.

B. Délais de traitement de l'IN 196

15. L'article 62, alinéa 1, lettre a Cst-GE prévoit que la loi règle la procédure de manière à respecter les délais suivants dès la constatation de l'aboutissement de l'initiative, à savoir notamment 4 mois au plus pour statuer sur la validité de l'initiative. Ce même délai est repris à l'article 92A, alinéa 1 LEDP.
16. Le délai de 4 mois pour statuer sur la validité de l'initiative arrive à échéance le 7 novembre 2023, étant donné que l'arrêté du 5 juillet 2023 du Conseil d'Etat constatant l'aboutissement de l'initiative a été publié dans la FAO le 7 juillet 2023.

C. Forme de l'IN 196

17. L'article 57, alinéa 1 Cst-GE permet de soumettre au Grand Conseil une proposition législative dans toutes les matières de la compétence de ses membres.
18. Aux termes de l'article 57, alinéa 2 Cst-GE, l'initiative peut être rédigée de toutes pièces (initiative formulée) ou conçue en termes généraux et susceptible de concrétisation législative par le Grand Conseil (initiative non formulée). Une initiative partiellement formulée est considérée comme non formulée.

19. La constitution genevoise du 14 octobre 2012 ne soumet ainsi plus la validité d'une initiative législative à l'unité de forme (cf. T. TANQUEREL, Rapport sectoriel 202 « Instruments de démocratie directe » de la commission 2 « Les droits politiques (y compris révision de la constitution) », du 30 avril 2010, p. 40).
20. Une initiative mixte, partiellement formulée et partiellement non formulée, sera entièrement traitée comme une initiative non formulée et ce quel que soit son degré de formulation ou de détail. En d'autres termes, une initiative non formulée détaillée sera admise comme non formulée (cf. T. TANQUEREL, op. cit., p. 42).
21. En l'espèce, l'IN 196 a pour objet des modifications à la loi sur l'accueil préscolaire, du 19 septembre 2019 (J 6 28 ; LAPr), par une modification de ses articles 2, lettre d, 6, alinéas 2 et 3, 8, alinéa 2, 10, alinéa 4 ainsi que l'abrogation de son article 20 et l'ajout d'un nouvel article 42. Ces modifications sont entièrement rédigées, de telle sorte qu'elles seront directement intégrées dans la loi, si l'IN 196 devait être acceptée par le Grand Conseil ou le corps électoral.
22. Il s'agit, dès lors, d'une initiative entièrement formulée au sens de l'article 57, alinéa 2 Cst-GE.

D. Conditions de validité d'une initiative

23. Les conditions de validité d'une initiative expressément mentionnées par la constitution cantonale sont au nombre de trois et comprennent l'unité du genre (art. 60, al. 2 Cst-GE), l'unité de la matière (art. 60, al. 3 Cst-GE) et la conformité au droit (art. 60, al. 4 Cst-GE).
24. S'ajoutent à ces conditions l'exigence de clarté du texte d'une initiative populaire qui, si elle ne fait pas partie des conditions de validité expressément mentionnées dans la constitution cantonale, découle de la liberté de vote garantie à l'article 34, alinéa 2 de la constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101), et plus particulièrement de l'exigence d'une formulation claire de la question soumise au vote. Les électrices et électeurs appelés à s'exprimer sur le texte de l'initiative doivent être à même d'en apprécier la portée, ce qui n'est pas possible si le texte est équivoque ou imprécis (ATF 133 I 110, consid. 8 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_659/2012, du 24 septembre 2013, consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_146/2020, du 7 août 2020, consid. 4.2 ; ACST/8/2020 du 6 février 2020, consid. 6c).
25. Enfin, la dernière condition de validité est que les initiatives doivent être exécutoires (arrêt du Tribunal fédéral 1P.454/2006, du 22 mai 2007, consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 1C_146/2020, du 7 août 2020, consid. 3.1; ACST/23/2017 du 11 décembre 2017, consid. 5.b et ACST/8/2020 du 6 février 2020).
26. Ces conditions de validité seront discutées séparément ci-dessous dans l'ordre suivant : (E.) unité de genre, (F.) unité de la matière, (G.) conformité au droit, (H.) principe de clarté et (I.) exécutabilité.

E. Unité du genre

27. Aux termes de l'article 60, alinéa 2 Cst-GE, l'initiative qui ne respecte pas l'unité du genre est déclarée nulle.
28. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 66, alinéa 1 de l'ancienne constitution de la République et canton de Genève (aCst-GE, abrogée le 1^{er} juin 2013), une initiative populaire ne peut tendre simultanément à l'adoption de normes appartenant à des rangs différents. Dès lors que l'ordre juridique implique une hiérarchie des normes et soumet chaque échelon à un contrôle démocratique distinct, il

serait abusif de proposer simultanément une disposition constitutionnelle et la législation qui la met en œuvre. Cela découle notamment du principe de la liberté de vote : les titulaires de droits politiques doivent savoir s'ils se prononcent sur une modification constitutionnelle ou simplement législative et doivent avoir le droit, le cas échéant, de se prononcer séparément sur les deux questions (ATF 130 I 185, consid. 2.1 et les références citées).

29. En l'espèce, l'IN 196 porte sur la modification de la LAPr. Il s'agit ainsi de modifications d'une même loi au sens formel, sans qu'il n'y ait également de propositions de modification constitutionnelle. Les normes proposées appartiennent donc toutes au même rang.
30. Par conséquent, l'IN 196 respecte le principe de l'unité du genre.

F. Unité de la matière

31. L'article 60, alinéa 3, phrase 1 Cst-GE prévoit que l'initiative qui ne respecte pas l'unité de la matière est scindée ou déclarée partiellement nulle, selon que ses différentes parties sont en elles-mêmes valides ou non.
32. A défaut, ou si le non-respect de l'unité de la matière est d'emblée manifeste, l'initiative est déclarée nulle (art. 60, al. 3, phr. 2 Cst-GE).
33. L'exigence de l'unité de la matière 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 (art. 34, al. 2 Cst.). 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 soumises. Il doit ainsi 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 vote (ATF 137 I 200, consid. 2.2 et les références citées).
34. Selon le Tribunal fédéral, la portée du principe de l'unité de la matière peut différer selon les domaines. Ainsi, les exigences sont plus strictes en cas de révision partielle de la constitution qu'à l'égard de projets de rang législatif. Ce principe s'impose par ailleurs de façon plus rigoureuse aux projets issus d'une initiative populaire qu'à ceux proposés par l'autorité : en effet, la règle veut aussi empêcher que les auteurs de l'initiative puissent réunir des partisans de réformes différentes et atteindre ainsi plus aisément le nombre de signatures requis, en risquant cependant de donner un reflet inexact de l'opinion populaire (ATF 123 I 63, consid. 4b). En outre, les initiatives entièrement rédigées doivent être traitées de façon plus stricte que les propositions conçues en termes généraux, lesquelles nécessitent encore l'élaboration d'un texte par le parlement (ATF 130 I 185, consid. 3.1 ; ATF 123 I 63 consid. 4b ; art. 61, al. 4, Cst-GE). Ce dernier dispose en effet d'une certaine marge de manœuvre et peut, le cas échéant, corriger un éventuel vice en rédigeant les dispositions voulues (ATF 123 I 63, consid. 4b).
35. L'unité de la matière est respectée lorsque :
 - une initiative poursuit un seul but (ATF 111 la 196, consid. 3a) ;
 - une initiative concerne une seule thématique dont toutes les propositions sont dans un rapport de connexité (ATF 137 I 200, consid. 2.2).
36. En l'occurrence, il ressort des modifications proposées de la LAPr – et de l'exposé des motifs – que l'initiative vise à instaurer un service de la petite enfance comme le fait

l'école obligatoire avec la possibilité d'avoir une place de crèche *gratuite* pour *tous les* enfants qui feraient l'objet d'une demande, par le biais de quatre mesures :

- la mise à disposition par les communes du nombre de places de crèches nécessaire pour atteindre un taux d'offre d'accueil répondant à la demande ;
- la réservation par les communes, au besoin, l'acquisition de terrains pour la construction de crèches et l'allocation d'un budget d'investissement y relatif ;
- l'augmentation de la contribution des employeurs au financement de l'accueil préscolaire, passant de 0,07% de la masse salariale à 0,50% au 1^{er} janvier de la 7^{ème} année qui suit l'adoption de la modification législative ;
- l'abrogation de toute contribution financière des parents au financement de l'accueil préscolaire, dès la 7^{ème} année qui suit l'adoption de la modification législative, suite à un décroissement progressif au prorata de l'augmentation de la contribution des employeurs.

37. Ces quatre mesures sont intimement liées, puisque la mise à disposition du nombre de places de crèches nécessaire pour atteindre un taux d'offre d'accueil répondant à la demande présuppose la disponibilité de suffisamment de locaux adaptés, avec le financement que cela implique, d'une part, et que la gratuité des places de crèche pour les parents a pour conséquence une diminution du financement de l'accueil préscolaire qui devra être compensée et qui est, selon l'IN 196, reportée sur les employeurs par le biais d'une augmentation de leur contribution financière prévue par la LAPr.
38. Le texte de l'initiative contient certes deux idées auxquelles le corps électoral pourrait vouloir répondre différemment : d'une part, le principe du droit à une place d'accueil gratuite et, d'autre part, la contribution des employeurs au financement. Il faut cependant considérer que, pour que le droit à une place d'accueil gratuite – c'est-à-dire le principe de base – soit réalisé dans les faits, un financement est nécessaire. Le choix des initiants concernant ce financement relève ainsi d'une appréciation politique, que l'examen de la condition juridique de l'unité de la matière ne saurait remettre en question. D'ailleurs, l'IN 196 ne constitue pas un catalogue de mesures, mais bien une seule idée principale, avec une proposition de financement concrète. Il faut donc considérer que les différents aspects de l'IN 196 présentent effectivement un lien intrinsèque.
39. S'agissant du titre de l'initiative « DES CRÈCHES GRATUITES POUR TOUS LES ENFANTS », il résume bien le but poursuivi par l'initiative et les différentes mesures s'intègrent dans ce cadre de manière évidente.
40. A vu de ce qui précède, il convient d'admettre que les différents éléments de l'initiative sont dans un rapport de connexité objectivement justifié et tendent à la réalisation du seul but principal poursuivi par l'IN 196, soit la possibilité pour les parents de bénéficier d'une place de crèche gratuite par enfant en cas de demande.
41. L'IN 196 est, dès lors, conforme au principe de l'unité de la matière.

G. Conformité au droit

G.1. *Principes généraux*

42. A teneur de l'article 60, alinéa 4 Cst-GE, l'initiative dont une partie n'est pas conforme au droit est déclarée partiellement nulle si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides. A défaut, l'initiative est déclarée nulle.
43. Cette disposition codifie les principes généraux en matière de droits politiques 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 cantonal, intercantonal,

fédéral ou international (ATF 133 I 110, consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_357/2009, du 8 avril 2010, consid. 2.1). En vertu du principe de la force dérogatoire du droit fédéral ancré à l'article 49, alinéa 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 134 I 125, consid. 2.1 ; ATF 133 I 286, consid. 3.1 et les arrêts cités).

44. L'Assemblée constituante a renoncé à la formulation contenue dans l'ancienne constitution cantonale qui voulait qu'une initiative ne soit annulée que si elle était « manifestement » non conforme au droit. En effet, cette formulation pouvait, en théorie, conduire à des décisions contradictoires. Face à une initiative populaire législative, le Tribunal fédéral ne pouvait en effet annuler celle-ci ou confirmer son annulation que si elle était « manifestement » non conforme au droit. Mais ensuite, saisi d'un recours contre la loi résultant de cette initiative, par hypothèse acceptée par le peuple, le Tribunal fédéral devait vérifier sa conformité « simple » et non seulement « manifeste » au droit fédéral (Michel HOTTELIER et Thierry TANQUEREL, La constitution genevoise du 14 octobre 2012, in SJ 2014 II 341, p. 373). Le constituant a en effet entendu prévenir qu'un même texte ne soit pas invalidé au stade du contrôle de la validité de l'initiative le proposant, mais le soit ensuite, une fois celui-ci devenu loi du fait de l'adoption de l'initiative, dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes (BOACG tome V, p. 2342 ; HOTTELIER et TANQUEREL, op. cit., p. 373 ; Thierry TANQUEREL, Note sur l'ATF 132 I 282, RDAF 2007 I 332, p. 335, où l'auteur estime douteux qu'une telle situation soit « institutionnellement acceptable » ; ACST/17/2015 du 11 décembre 2017, consid. 4).
45. Une initiative permet à une fraction du corps électoral de déclencher une procédure qui conduit à l'adoption, à la révision ou à l'abrogation d'un acte étatique. La nature de cette institution, qui tend à la modification d'une situation, exclut une initiative qui se limite à demander la confirmation d'une réglementation existante ou qui réclame l'adoption d'une norme déjà en vigueur (S. GRODECKI, L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève, 2008, § 1061 et les références citées).

G.2. Principes d'interprétation d'une initiative rédigée de toutes pièces

46. Selon la jurisprudence, la première règle d'interprétation d'une initiative est de prendre pour point de départ le texte de l'initiative, qu'il faut interpréter selon sa lettre et non pas selon la volonté des initiants (arrêt du Tribunal fédéral 1C_659/2012, du 24 septembre 2013, consid. 4.2). Par ailleurs, 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* (ATF 138 I 131, consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral : 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 ; ATF 125 I 227, consid. 4a).
47. Par ailleurs, ni les règles d'interprétation la plus favorable aux initiants, ni l'interprétation conforme au droit supérieur n'autorisent à s'écarter à tout le moins sensiblement du texte de l'initiative, ni à faire abstraction des exigences que le principe de la légalité impose (ACST/8/2020 du 6 février 2020, consid. 5).

G.3. Contexte juridique

48. A Genève, l'accueil de jour pour les enfants en âge préscolaire, soit avant l'âge de 4 ans, comprend plusieurs modes, selon la LAPr :
- i) les structures d'accueil préscolaire à prestations élargies, soit les structures ouvertes au moins 45 heures par semaine, avec repas de midi et une ouverture annuelle sur au moins 45 semaines (art. 3 let. a ch. 1), que l'on nomme communément « crèches »,
 - ii) les structures d'accueil préscolaire à prestations restreintes, soit celles qui ne remplissent pas les 3 conditions cumulatives précitées (art. 3 let. a ch. 2), où l'on retrouve les garderies et jardins d'enfants, et
 - iii) l'accueil familial de jour, soit l'accueil à la journée des enfants assuré à leur domicile par des personnes employées par une structure de coordination ou exerçant leur activité de manière indépendante (art. 3 let. b).
49. Si le choix du mode d'accueil est libre dans la mesure des places disponibles (art. 4 al. 1 LAPr) et les places d'accueil préscolaire subventionnées sont ouvertes à tous les enfants sans discrimination (art. 4 al. 2 LAPr), les communes ou groupements de commune peuvent donner un accès prioritaire à leurs habitants et/ou à ceux qui y travaillent (art. 4 al. 3).
50. Actuellement, les employeurs participent par une contribution au financement de l'exploitation (art. 10 al. 1 LAPr) :
- des structures d'accueil préscolaire à prestations élargies (cf. § 48, lettre i ci-dessus), et
 - des structures de coordination de l'accueil familial de jour subventionnées ou exploitées par les communes (cf. § 48, lettre iii ci-dessus).

Les employeurs ne participent pas au financement :

- des structures d'accueil préscolaires à prestations restreintes (cf. § 48, lettre ii ci-dessus).

G.4. Conformité au droit international

51. Conformément à l'article 5, alinéa 4 Cst., la Confédération et les cantons doivent respecter le droit international. Cet alinéa instaure le principe de la primauté du droit international (Jean-François AUBERT/Pascal MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, 2003, art. 5, no 17 et ss).
52. En l'espèce, aucune convention internationale ne régit la matière concernée par l'IN 196.
53. Dès lors, l'IN 196 respecte le droit international.

G.5. Conformité au droit fédéral

54. Les initiatives doivent respecter le droit fédéral, soit la répartition des compétences entre les cantons et la Confédération, les droits fondamentaux et l'ensemble de la législation fédérale (art. 3 et 49 Cst. ; S. GRODECKI, op. cit., § 1069).
55. L'article 5, alinéa 2 Cst. prévoit que l'activité de l'État doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé.

56. Le principe de la proportionnalité exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité) ; en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts) (arrêt du Tribunal fédéral 2C_312/2009 du 5 octobre 2009, consid. 6.1, et les références citées).
57. Conformément à l'article 127 Cst., les principes généraux régissant le régime fiscal, notamment la qualité de contribuable, l'objet de l'impôt et son mode de calcul, sont définis par la loi (al. 1). Dans la mesure où la nature de l'impôt le permet, les principes de l'universalité, de l'égalité de traitement et de la capacité économique doivent, en particulier, être respectés (al. 2).
58. Parmi les contributions publiques, la jurisprudence et la doctrine distinguent traditionnellement entre les impôts et les contributions causales (arrêt du Tribunal fédéral 2C_469/2008 du 10 juillet 2009, consid. 4.2).
59. De manière générale, l'impôt se définit comme la contribution versée par un particulier à une collectivité publique pour participer aux dépenses résultant des tâches générales dévolues à cette dernière en vue de la réalisation du bien commun. Il est perçu de manière inconditionnelle (« *voraussetzungslos* »), c'est-à-dire uniquement en fonction d'une certaine situation économique réalisée en la personne de l'assujetti, sans considération d'une prestation de l'Etat ou d'un avantage particulier consenti en sa faveur.

Selon qu'il sert à alimenter les caisses générales de l'Etat ou qu'il est plus spécifiquement destiné à couvrir des dépenses déterminées, l'impôt peut être subdivisé entre impôts généraux et impôts d'affectation. Une distinction supplémentaire est également opérée, depuis plusieurs années, entre les impôts d'affectation destinés à financer l'accomplissement de tâches d'intérêt général (routes, écoles, hôpitaux, etc.), et les impôts d'affectation destinés à couvrir des dépenses spécifiques qui sont provoquées par des personnes déterminées ou qui profitent plus directement à certaines catégories de personnes qu'à la majorité des citoyens; on parle dans ce dernier cas d'impôts d'attribution des coûts (« *Kostenanlastungssteuern* »). Cette dernière distinction revêt une importance particulière pour délimiter le cercle des contribuables pouvant être appelés, dans les limites du principe de l'égalité, à participer au devoir fiscal, en ce sens qu'il doit exister des motifs objectifs et raisonnables à ne mettre un impôt (d'affectation) qu'à la charge de certaines catégories de contribuables, plutôt qu'à l'ensemble de ceux-ci (arrêts du Tribunal fédéral, 2C_483/2016 ; 2C_150/2015 ; 2C_139/2009 ; 2C_655/2015 ; 2C_469/2008 du 10 juillet 2009, consid. 4.2.1).

60. En matière fiscale, le principe de l'égalité de traitement est concrétisé par les principes de la généralité et de l'égalité de l'imposition, ainsi que par le principe de la proportionnalité de la charge fiscale fondée sur la capacité économique. Le principe de la généralité de l'imposition interdit que certaines personnes ou groupes de personnes soient exonérés sans motif objectif car les charges financières de la collectivité qui résultent de ses tâches publiques générales doivent être supportées par l'ensemble des citoyens. En vertu des principes de l'égalité d'imposition et de l'imposition selon la capacité contributive, les contribuables qui sont dans la même situation économique doivent supporter une charge fiscale semblable ; lorsqu'ils sont dans des situations de fait différentes qui ont des effets sur leur capacité économique, leur charge fiscale doit en tenir compte et y être adaptée. Lors de l'aménagement du système fiscal, le législateur dispose toutefois, sous réserve des principes mentionnés ci-dessus, d'un pouvoir d'appréciation étendu. Il peut ainsi notamment opter, selon le type de dépenses à financer, entre un impôt général, un impôt d'affectation ou une charge de préférence.

Il ne saurait cependant mettre à la charge d'un groupe restreint de citoyens des dépenses concernant l'ensemble de la population si ce groupe n'en retire pas un avantage économique particulier ou s'il n'existe pas de motifs objectifs et raisonnables de les mettre à leur charge (arrêt du Tribunal fédéral 2P.286/2005 du 4 avril 2006, consid. 3.1, et les références citées).

61. Le montant d'un impôt d'attribution des coûts peut être calculé de manière schématique (arrêt du Tribunal fédéral 2C_469/2008 du 20 juillet 2009, consid. 4.2.2. et les références citées).
62. En l'espèce, l'IN 196 propose une augmentation de la contribution patronale afin de financer, en partie à tout le moins, la gratuité de l'accueil préscolaire. Ainsi, l'IN 196 propose d'augmenter la contribution des employeurs prévue par l'article 10, alinéa 4 LAPr de 0,07% de la masse salariale à 0,50% de celle-ci. Cette contribution récurrente doit être considérée comme un impôt d'attribution des coûts (« *Kostenanlastungssteuer* »). Il existe en effet des motifs raisonnables et objectifs pour solliciter spécifiquement les employeurs aux fins du financement de l'accueil préscolaire, dès lors que le lien entre l'offre de prise en charge des enfants d'âge préscolaire et l'emploi des parents est avéré.
63. La modification légale proposée ne modifie pas le cercle des contribuables, ni l'objet de l'impôt, figurant déjà dans la loi au sens formel. Seule la base de calcul est modifiée par une augmentation substantielle du taux applicable à la contribution des employeurs et employeurs, celui-ci passant de 0,07% à 0,50% de la masse salariale.

En pratique, selon les données de l'année 2022, le financement des structures d'accueil préscolaire à prestations élargies (cf. § 48, lettre i ci-dessus) ainsi que les structures de coordination de l'accueil familial de jour subventionnées ou exploitées par les communes (cf. § 48, lettre iii ci-dessus) se présente de la façon suivante :

Financement (*)	Personnes contributrices	Type de contribution
24	Employeuses et employeurs	Impôt d'attribution des coûts
2	Canton	Subvention
184	Communes	Subventions
70	Parents	Prix de pension
Total 280		

(*) montants arrondis en millions de francs

Avec l'IN 196, sur la base des données de l'année 2022, l'impôt d'attribution des coûts à charge des employeuses et employeurs passerait de 24 à 171 millions de francs (avec l'augmentation du taux de 0,07% à 0,50%) alors que le prix de pension des parents passerait de 70 à 0 millions de francs (compte tenu de la « gratuité », pour les parents, des places d'accueil). Le total du financement s'élèverait à 357 millions de francs.

Avec l'augmentation du nombre de place en crèches recherchée par l'IN 196, la contribution des employeuses et des employeurs serait certes plus importante que par le passé mais elle ne devrait pas dépasser la contribution des communes.

En revanche, la situation serait différente dans l'hypothèse où le total du financement de 357 millions de francs ne pourrait pas être utilisé, dans son intégralité, pour augmenter le nombre de place de crèches (par exemple, en raison d'un manque de locaux et de personnel qualifié). Dans cette hypothèse, la participation des employeurs viendrait réduire d'autant le financement par les communes et les groupements de communes.

De ce fait, ce serait le seul poste du financement qui diminuerait et par conséquent, les employeuses et les employeurs pourraient devenir le premier contributeur financier des crèches.

La conformité d'un tel système au droit constitutionnel cantonal sera analysé ci-après sous lettre G.6.

- 64. En l'état, au regard de la conformité au droit fédéral, malgré l'augmentation consécutive de la contribution des employeurs prévue par l'IN 196 et dans la mesure où ils ne supporteraient pas à eux seuls le financement des crèches, l'impôt d'attribution des coûts continuerait à reposer sur des motifs raisonnables et objectifs suffisants.
- 65. Partant, l'IN 196 respecte le droit fédéral.

G.6. Conformité au droit intercantonal

- 66. Les conventions intercantionales doivent également être respectées par les initiatives, aussi longtemps qu'elles n'ont pas été dénoncées (S. GRODECKI, op. cit., § 1069).
- 67. En l'espèce, aucune convention intercantonale n'existe dans le domaine concerné par l'IN 196.
- 68. Dès lors, l'IN 196 respecte le droit intercantonal.

G.7. Conformité au droit cantonal

- 69. S'agissant d'une initiative de rang législatif, l'IN 193 doit être conforme à la constitution cantonale (S. GRODECKI, op. cit., § 1069).
- 70. Le titre V, chapitre III, section 10 Cst-GE porte sur l'accueil préscolaire et parascolaire. Cette section contient quatre dispositions relatives à l'accueil préscolaire (art. 200 à 203). Ces dispositions sont formulées ainsi :

Art. 200 Accueil préscolaire

L'offre de places d'accueil de jour pour les enfants en âge préscolaire est adaptée aux besoins.

Art. 201 Organisation

¹ Le canton et les communes organisent l'accueil préscolaire.

² Ils évaluent les besoins, planifient, coordonnent et favorisent la création de places d'accueil.

³ Le canton est responsable de la surveillance des lieux d'accueil de jour.

Art. 202 Financement

¹ Les communes ou groupements de communes financent la construction et l'entretien des structures d'accueil de jour.

² Le canton et les communes ou groupements de communes en financent l'exploitation après déduction de la participation des parents et d'éventuelles autres recettes.

Art. 203 Partenariat

¹ Le canton et les communes encouragent la création et l'exploitation de structures d'accueil de jour privées, en particulier les crèches d'entreprise.

² Ils favorisent le développement du partenariat entre acteurs publics et privés.

71. Ces dispositions proviennent d'un contreprojet (L 10895) à l'IN 143 « Pour une véritable politique d'accueil de la Petite enfance ! », qui a été adopté en votation populaire le 17 juin 2012 et a été intégré à la constitution genevoise du 24 mai 1847, avant que ces dispositions ne soient reprises pour l'essentiel dans la constitution du 14 octobre 2012. L'IN 143 visait à ajouter un nouvel article 160G dans l'ancienne constitution cantonale, en consacrant un droit à une place d'accueil pour chaque enfant en âge préscolaire, dans le respect du mode de garde voulu par les parents. La planification devait se faire par le canton, la mise en œuvre et le financement par les communes et groupements de communes, avec une délégation possible de ces derniers aux associations ou fondations autorisées à exercer cette activité. Un délai transitoire de 5 ans était accordé. Le contreprojet, quant à lui, prévoyait également un nouvel article 160G dans l'ancienne constitution cantonale mais différait de l'IN 143 principalement en ce que l'offre de places d'accueil ne se rapportait plus à la demande mais aux besoins et en ce qu'une participation financière du canton devait intervenir au côté de celle des communes. Selon le rapport de la Commission en charge de rédiger le contreprojet, ce dernier renonçait à créer un large droit constitutionnel à une place d'accueil – contrairement au souhait des initiants – au profit d'une formulation plus atténuée, qui adapte l'offre d'accueil aux besoins (cf. Rapport du 24 novembre 2011 de la Commission chargée de l'élaboration du contreprojet à l'IN 143, IN 143-D PL 10895, p. 4). Le contreprojet laissait également la place au développement du partenariat public-privé, en le citant nommément (IN 143-D PL 10895, pp. 10-11).
- a. De la « gratuité » des places d'accueil pour les usagers
72. En l'espèce, l'IN 196 – dont le titre annonce clairement le but – supprime toute participation financière des parents. Ainsi, l'article 2, lettre d de l'initiative, d'une part, supprime de la formulation actuelle les parents de la liste des contributeurs au financement de l'accueil préscolaire et, d'autre part, ajoute « *de garantir la gratuité pour les usagers au 1^{er} janvier de la septième année qui suit l'entrée en vigueur* ». L'article 8, alinéa 2 de l'initiative supprime également les parents de la liste des entités et personnes participant au financement selon la disposition dans sa teneur actuelle. Puis, l'initiative abroge entièrement l'article 20 LAPr relatif à la participation financière des parents. Enfin, l'article 42, alinéa 2 de l'initiative prévoit un régime transitoire selon lequel « *la contribution des parents décroît au prorata de l'augmentation de celle des employeurs, au 1^{er} janvier de chaque année qui suit l'adoption de la loi du (à compléter), pour aboutir à la gratuité au 1^{er} janvier de la septième année* ».
73. Il s'agit ainsi d'examiner si cette gratuité est conforme à la constitution genevoise et notamment à l'article 202, alinéa 2 Cst-GE.
74. Selon le comité d'initiative, l'article 202, alinéa 2 n'imposerait pas de financement obligatoire des parents, ni à teneur de sa lettre ni selon ses interprétations systématique et historique. La densité normative de la disposition constitutionnelle serait également trop faible pour retenir une participation impérative des parents aux coûts.
75. La lettre de l'article 202, alinéa 2 Cst-GE est univoque : « *Le canton et les communes ou groupements de communes en financent l'exploitation **après déduction de la participation des parents** et d'éventuelles autres recettes.* » (C'est nous qui soulignons.)
76. La « *participation* » se définit, selon le Petit Robert, comme l'« *action de participer* » en particulier à une dépense. Et le verbe « *participer* », toujours selon le Petit Robert, signifie, dans le cadre de frais, « *payer sa part, une part de* » ou autrement dit « *contribuer* » aux frais.
77. Certes, le texte ne dit pas clairement que « *les parents participent au financement de l'exploitation des structures d'accueil* », ce qui serait de nature à éviter toute discussion. Il n'en demeure pas moins, que la participation des parents, qui n'est au surplus pas

« éventuelle », à l'inverse des « autres recettes » (voir ci-après), est clairement mentionnée dans le texte constitutionnel. Or, celui-ci contiendrait une référence à la participation des parents, alors que la loi de mise en œuvre, telle que modifiée par l'IN 196, ne prévoirait plus ladite participation. Il y aurait, à n'en pas douter, une contradiction entre les deux textes.

78. Il est ainsi très clairement permis de comprendre que les parents participent au financement de l'exploitation des structures d'accueil de jour. Et, bien que le montant de cette participation ou son calcul ne soient pas mentionnés dans cette disposition constitutionnelle, le terme même de participation financière s'oppose par essence à la gratuité, qui ne peut qu'être assimilée à une non-participation.
79. Par ailleurs, la lettre de cette disposition met également en évidence que la participation des parents a été expressément prévue par le constituant et qu'elle n'est pas englobée dans les « éventuelles autres recettes ».
80. Enfin, le constituant a rédigé la disposition en laissant place à une éventualité uniquement sur lesdites « autres recettes » et non pas sur la participation financière des parents.
81. La seule lecture du texte de l'article 202, alinéa 2 Cst-GE devrait ainsi conduire à retenir l'impossibilité de prévoir la gratuité des crèches pour les usagers et, par voie de conséquence, conclure à la non-conformité au droit des articles 2, lettre d, 8, alinéa 2, 20 (abrogé) et 42, alinéa 2 de l'IN 196.
82. La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Les autres interprétations, qui sont subsidiaires, confirment la lecture de l'article 202, alinéa 2 Cst-GE selon laquelle la participation des parents est obligatoire.
83. Il ressort des dispositions constitutionnelles précitées que l'accueil préscolaire dans le canton de Genève comprend différentes tâches. Elles distinguent ainsi l'organisation, à charge du canton et des communes (art. 201 Cst-GE), le financement de la construction et de l'entretien des structures d'accueil de jour, à charge des communes ou groupements de communes (art. 202, alinéa 1 Cst-GE) et, enfin, *le financement de l'exploitation*, à charge des communes ou groupements de communes après déduction notamment de la participation financière des parents (art. 202, alinéa 2 Cst-GE).

Il découle de ce qui précède que ne peut pas être suivi le raisonnement du comité d'initiative, selon lequel l'interprétation systématique du titre V, chapitre III, section 10 Cst-GE démontrerait une volonté de mettre à charge du canton et des communes l'organisation de l'accueil préscolaire (art. 201 Cst-GE) ainsi que le financement des infrastructures (art. 202 al. 1 Cst-GE), la participation des parents n'étant mentionnée qu'en fin d'article 202, alinéa 2 Cst-GE sans qu'on puisse en tirer un caractère obligatoire.
84. Il n'est ainsi pas possible de tirer argument de la systématique de la Cst-GE pour considérer la participation financière des parents comme facultative. Au contraire, le constituant a expressément identifié les différents types de tâches et de coûts liés à l'accueil préscolaire et a prévu la participation des parents spécifiquement et uniquement pour le financement de l'exploitation. Par ailleurs, à suivre le raisonnement du comité d'initiative, pour toutes les dispositions légales où la constitution ne mentionnerait pas un terme comme « obligatoire », « impératif » ou utiliserait une formulation du type « les parents participent... », la disposition pourrait être entendue comme étant facultative, ce qui viderait de son sens la Cst-GE.
85. Le raisonnement du comité d'initiative sur l'interprétation systématique ne convainc donc pas ; au contraire, cette dernière appuie davantage la thèse de la volonté d'une participation financière effective des parents.

86. Le comité d'initiative allègue ensuite que l'interprétation historique ne démontrerait pas le caractère obligatoire de la participation financière des parents, dans la mesure où il n'y aurait pas eu de débat à ce sujet mais uniquement sur la participation financière des entreprises, lors des travaux parlementaires.
87. L'article 202, alinéa 2 Cst-GE est, comme rappelé ci-dessus (cf. § 71), repris du contreprojet L 10895 à l'IN 143. L'article 160G, alinéa 6 du contreprojet prévoyait déjà, sous l'intitulé « *Financements publics* », que « *L'Etat et les communes ou groupements de communes en financent l'exploitation après déduction de la participation des parents et d'éventuelles autres recettes* ». Cette participation financière des parents était d'ailleurs également prévue expressément dans l'IN 143 et n'était « *contestée par personne* » (IN 143-D PL 10895, p. 7). Même si l'intention du constituant visait un financement principalement public – d'où le titre de la disposition –, à aucun moment des travaux préparatoires il n'a été fait allusion à une possibilité de rendre la participation des parents facultative ou de réduire celle-ci à zéro franc en allant à l'encontre de la lettre de la disposition. Il faut aussi considérer qu'au moment de ces débats, l'ancienne loi sur les structures d'accueil de la petite enfance et sur l'accueil familial de jour¹, du 14 novembre 2003 (LSAPE ; J 6 29), était en vigueur et prévoyait déjà le principe d'une participation financière des parents (cf. art. 4 al. 2 et art. 6 al. 1 LSAPE), et ce, depuis son entrée en vigueur le 10 janvier 2004. Même lors des travaux préparatoires de cette loi (PL 89852), le principe d'une participation financière des parents, telle que proposée par le Conseil d'Etat, n'a jamais été remis en question. Seules ont été débattues les questions de savoir si cette participation devait être harmonisée au plan cantonal et si celle-ci devait être proportionnelle aux revenus parentaux pour tous les modes de garde et pas seulement pour les crèches ; mais jamais le principe même d'une participation financière des parents n'a été remis en question. Les travaux préparatoires ne font en effet aucunement état d'une volonté du législateur de modifier le principe de la participation financière des parents qui prévalait depuis de nombreuses années déjà, pas plus qu'ils laisseraient à penser que cette participation pourrait être facultative.
88. Par conséquent, l'interprétation historique tend à confirmer la thèse de la volonté d'une participation financière effective des parents.
89. Enfin, pour ce qui est de l'interprétation téléologique, il faut relever que le constituant – nous le verrons au point b ci-dessous – a refusé toute formulation permettant de donner un droit aux familles d'obtenir une place d'accueil préscolaire pour leurs enfants.
- Compte tenu du fait qu'il n'y a pas un droit constitutionnel à obtenir des places d'accueil, qu'en raison de leur insuffisance, ces places ne peuvent pas être accordées à tous les parents qui le souhaitent, il est, dans cette mesure, inconcevable d'accorder la gratuité de ces places d'accueil pour les parents qui en bénéficient, sous peine de créer une inégalité de traitement entre les parents ayant obtenus une place en crèche et ceux qui n'ont pas eu cette possibilité. L'interprétation téléologique doit ainsi conduire à retenir qu'une participation financière effective des parents était visée à l'article 202, alinéa 2 Cst-GE.
90. Pour le surplus, la densité normative de l'article 202, alinéa 2 Cst-GE ne permet pas de retenir des interprétations différentes ni de faire bénéficier aux initiants du principe *in dubio pro populo*. En effet, si cette disposition ne possède pas de densité normative forte sur l'étendue de la participation financière des parents (montant et calculs), elle dispose en revanche d'une densité normative suffisante pour poser le principe de la participation au financement par les parents.

¹ L'intitulé de la loi sur les structures d'accueil de la petite enfance et sur l'accueil familial à la journée, du 14 novembre 2003 (LSAPE ; J 6 29) a été modifié le 1^{er} septembre 2011 (PL 10710) pour devenir la loi sur les structures d'accueil de la petite enfance et sur l'accueil familial de jour, du 14 novembre 2003.

91. L'arrêt du Tribunal fédéral 1C_393/2022 du 31 mars 2023 concernant l'invalidation d'une initiative populaire cantonale pour des transports publics gratuits ne permet pas de remettre en cause la précédente appréciation. En effet, il faut reconnaître l'existence de similitudes entre la formulation de l'article 81a Cst. et celle de l'article 202, alinéa 2 Cst-GE, prévoyant, respectivement, d'une part « *les prix payés par les usagers* », d'autre « *la déduction de la participation des parents* ». Or, le Tribunal fédéral a immédiatement admis, déjà sous l'angle de l'interprétation littérale, que l'article 81a, alinéa 2 Cst. formulé « *[l]es prix payés par les usagers des transports publics couvrent une part appropriée des coûts* » ne pouvait être compris comme un prix facultatif. Il doit en aller de même ici avec la participation des parents.
92. Partant, la suppression du financement des parents pour l'accueil préscolaire prévu par l'IN 196 va clairement à l'encontre de l'article 202, alinéa 2 Cst-GE. Ainsi, l'abrogation de l'article 20 LAPr est contraire au droit supérieur cantonal, de même que l'article 2, lettre d et l'article 42, alinéa 2 proposés par l'IN 196. S'agissant de l'article 8, alinéa 2, une interprétation conforme aurait encore pu être possible en considérant que la participation des parents entrerait dans les « *autres recettes* », mais cette lecture irait à l'encontre du but expressément annoncé par l'IN 196, de sorte qu'une interprétation conforme au droit cantonal supérieur ne peut pas être retenue.

b. Des places d'accueil pour tous les enfants « répondant à la demande »

93. En l'espèce, l'IN 196 – dont le titre et l'exposé des motifs annoncent clairement le but – souhaite prévoir une place de crèche pour chaque enfant, au même titre que le fait l'école obligatoire. Ainsi, l'article 6, alinéa 2 de l'initiative modifie la formulation actuelle et pose que « *[l]es communes mettent à disposition le nombre de places nécessaire pour atteindre un taux d'offre d'accueil répondant à la demande* ».
94. Il s'agit ainsi d'examiner si cette formulation est conforme à la constitution genevoise et notamment à l'article 200 Cst-GE.
95. Selon le comité d'initiative, l'article 200 Cst-GE serait de faible densité normative et ne fonderait aucune obligation. La notion « *d'adapter aux besoins* » serait en outre indéterminée et signifierait « *assurer ce qui est nécessaire* », de sorte qu'il reviendrait au législateur de la préciser, comme le fait l'IN 196 « *en précisant que les besoins doivent être une offre répondant à la demande* ».
96. Comme rappelé ci-dessus (cf. § 71), l'article 200 Cst-GE provient du contreprojet (L 10895) à l'IN 143 « Pour une véritable politique d'accueil de la Petite enfance ! ».
97. S'il est vrai que sa lettre – « *[l]'offre de places d'accueil de jour pour les enfants en âge préscolaire est adaptée aux besoins* » – comporte une notion indéterminée, se pose justement la question du sens qu'il faut donner à cette disposition. Les interprétations historique et téléologique nous donnent, à cet égard, une réponse claire.
98. Comme cela ressort du rapport de majorité ainsi que des deux rapports de minorité concernant l'IN143-D et le PL 10895 et des débats du Grand Conseil lors de sa séance du 15 décembre 2011 à 14h, l'offre de places d'accueil de jour adaptée « *aux besoins* » est une des importantes distinctions par rapport à l'IN 143, laquelle prévoyait le « *droit à une place d'accueil de jour* » « *répondant à la demande* ». Le rapport de la majorité indique notamment que « *Faire référence au **besoin**, plutôt qu'à la **demande**, n'est pas qu'une simple coquetterie rhétorique. La demande se rapporte au vœu exprimé par les familles de placer leur(s) enfant(s) dans un lieu d'accueil. Le besoin implique une nécessité, qui peut être plus ou moins impérieuse, mais qui peut être l'objet d'un examen* » (IN 143-D PL 10895, p. 4). Selon ces travaux, le constituant a, par ailleurs, sciemment refusé d'inscrire dans la constitution les « *besoins des familles* », préférant demeurer plus vague avec uniquement le terme « *besoins* », lequel pouvait être compris comme se rapportant à tous les acteurs intéressés dans le domaine.

99. Or l'article 6, alinéa 2 de l'IN 196 tente de réintroduire la notion d'offre d'accueil répondant à la « *demande* » – sous-entendue des parents –, ce qui contrevient à la volonté expresse exprimée par l'article 200 Cst-GE, telle qu'elle ressort des interprétations historique et téléologique.
100. Ainsi, le terme de « *demande* » utilisé par l'IN 196 est contraire au droit supérieur.
101. Au demeurant, même en suivant le comité d'initiative et en interprétant le texte de l'IN 196 comme s'intégrant dans l'article 200 Cst-GE et donc comme n'impliquant pas un droit à une place de crèche pour chaque enfant, cette disposition de l'IN 196 devrait être invalidée puisqu'elle n'apporterait alors rien de nouveau par rapport au droit actuel (cf. § 45 ci-dessus).
102. Partant, l'article 6, alinéa 2 de l'IN 196 est contraire au droit supérieur.
- c. De l'augmentation de la contribution des employeurs*
103. Pour ce qui est des articles 10, alinéa 4 et 42, l'IN 196 augmente considérablement la part de contribution des employeuses et employeurs pour l'accueil préscolaire.
104. L'on peut ainsi se demander si cette disposition peut être considérée conforme au droit supérieur cantonal, au vu de la formulation « *éventuelles autres recettes* » de l'article 202, alinéa 2 Cst. et des travaux préparatoires y relatifs. En effet, il ressort de ceux-ci que la contribution des employeurs, qui fait partie des « *éventuelles autres recettes* », avait été envisagée par le législateur comme accessoire, le financement principal ressortant à l'Etat et aux communes.
105. Avec l'augmentation du nombre de place en crèches recherchée par l'IN 196, la contribution des employeuses et des employeurs deviendrait plus importante que par le passé mais elle ne devrait pas dépasser la contribution des communes.
106. Cela étant, dans la mesure où l'article 6, alinéa 2 de l'IN 196 requérant un taux d'offre d'accueil répondant à la demande est contraire au droit supérieur – et sera de ce fait invalidé – (cf. § 102 ci-dessus) combiné avec l'hypothèse où le total du financement de 357 millions de francs ne pourrait pas être utilisé dans son intégralité pour augmenter le nombre de place de crèches (par exemple, en raison d'un manque de locaux et de personnel qualifié) (cf. § 63 ci-dessus), la part des communes serait le seul poste du financement qui diminuerait et, par conséquent, les employeuses et les employeurs pourraient devenir le premier contributeur financier des crèches, ce qui ne correspond pas au souhait du constituant.
107. La question de la validité de l'article 10, alinéa 4 et de l'article 42 proposés par l'IN 196 au regard de la conformité à l'article 202, alinéa 2 Cst-GE pour une contribution des employeurs pourra toutefois souffrir de demeurer indécise, au vu de l'analyse au point III ci-dessous.
108. En conclusion, les articles 2, lettre d, 6, alinéa 2, 8, alinéa 2 et 42, alinéa 2 d l'IN 196, de même que l'abrogation de l'article 20 LAPr ne sont pas conformes avec le droit cantonal supérieur. S'agissant des articles 10, alinéa 4 et 42, alinéa 1 proposés par l'IN 196 la question de leur conformité au droit supérieur pourra demeurer indécise.

H. Principe de clarté

109. L'exigence de clarté du texte d'une initiative populaire ne fait pas partie des conditions de validité expressément mentionnées à l'article 60 Cst-GE. Il s'agit néanmoins d'un postulat qui découle de la liberté de vote telle que garantie par l'article 34, alinéa 2 Cst.. Ce principe est défini comme suit par le Tribunal fédéral : l'électeur 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 imprécis (ATF 133 I 110, consid. 8 ; arrêt du

Tribunal fédéral 1C_659/2012, du 24 septembre 2013, consid. 5.1). Le principe de clarté exige ainsi une formulation adéquate des questions soumises au vote (ACST/8/2020 du 6 février 2020, consid. 4c).

110. L'exigence de clarté en tant que condition indépendante de validité des initiatives populaires est également admise au sein de la doctrine, qui considère que la clarté et la cohérence doivent être satisfaites quant à la forme, mais aussi et surtout quant à son contenu (B. TORNAY, La démocratie directe saisie par le juge, 2008, pp. 115-116).
111. Le texte d'une initiative doit en effet être suffisamment précis. L'objet de l'initiative doit être suffisamment clair pour qu'un vote populaire puisse intervenir sans que les électeurs ne soient exposés au risque d'une erreur sur des points importants (ATF 139 I 292, consid. 5.8 traduit et résumé in JdT 2014 I 237).
112. Cette exigence résulte également du principe de la légalité, qui est posé de façon générale pour toute l'activité de l'État régi par le droit (art. 5, al. 1 Cst. ; art. 9, al. 2 Cst-GE), mais aussi pour les restrictions aux droits fondamentaux (art. 36, al. 1, phr. 1 Cst.). L'exigence d'une base légale ne concerne en effet pas que le rang de la norme – à savoir celui d'une loi formelle en cas de restrictions graves (art. 36, al. 1, phr. 2 Cst.) –, mais s'étend à son contenu, qui doit être suffisamment clair et précis. Il faut que la base légale ait une densité normative suffisante pour que son application soit prévisible, compte tenu de la teneur du texte considéré, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires, aussi pour que l'égalité de traitement soit garantie, pour qu'aucune place ne soit laissée à l'arbitraire, et pour que les citoyens puissent, en cas de scrutin populaire, se représenter les conséquences réelles du texte soumis à leur suffrage (ACST/23/2017 du 11 décembre 2017, consid. 5b et références citées).
113. Ainsi, selon la jurisprudence en matière de droits politiques (Alexandre FLUECKIGER/Stéphane GRODECKI, La clarté : un nouveau principe constitutionnel, in Revue de droit suisse, 2017, vol. 136, Halbbd. I, p. 56, et les références citées) :
 - les questions soumises au vote doivent être claires : celles-ci ne doivent pas induire en erreur, ni être rédigées dans des termes propres à influencer sur la décision de la citoyenne ou du citoyen ; chaque électrice et électeur doit pouvoir se former son opinion de la façon la plus libre possible, et exprimer son choix en conséquence (ce qui interdit, par exemple, les doubles négations) ;
 - les titres d'initiatives ou de référendums ne doivent pas être trompeurs (cf. art. 69, al. 2 de la loi fédérale sur les droits politiques, du 17 décembre 1976 [LDP – RS 161.1] ; SJ 1989 90 consid. 2) ;
 - le texte lui-même doit être clair.
114. Le Tribunal fédéral a jugé que la volonté des initiants n'était pas décisive pour l'examen de la validité d'une initiative. Il convient de se fonder sur la lettre de l'initiative, le texte explicatif pouvant néanmoins être pris en compte. Le souhait des initiants lorsqu'ils ont déposé leur texte n'est ainsi pas déterminant et la portée de l'initiative doit être examinée objectivement (S. GRODECKI, op. cit., § 989 et références citées).
115. En l'espèce, les modifications de la LAPr proposées par l'IN 196 ainsi que son titre semblent, à première vue, exposées d'une manière univoque.
116. On peut toutefois s'interroger, sous l'angle de l'interprétation systématique, de l'absence de modification par l'IN 196 du terme de « *besoins* » par « *demande* » à l'article 2, lettre a LAPr. En effet, il semble y avoir une incohérence, puisque que la lettre d de la même disposition est modifiée et que l'article 6, alinéa 2 a été reformulé par l'IN 196 précisément pour faire disparaître le terme de « *besoins* » au profit de celui de « *demande* ». L'exposé des motifs de l'IN 196 mentionne également « *une offre gratuite répondant pleinement aux besoins* ».

117. Au vu du but général suffisamment clair poursuivi par l'IN 196, il semble toutefois que cette absence de modification relève d'un oubli et que les titulaires des droits politiques seraient en mesure d'en apprécier la portée.
118. Ensuite, il n'est pas certain que les signataires de l'IN 196 aient compris la distinction présentée au § 48 ci-dessus entre :
- i) les structures d'accueil préscolaire à prestations élargies, soit les structures ouvertes au moins 45 heures par semaine, avec repas de midi et une ouverture annuelle sur au moins 45 semaines, que l'on nomme communément « crèches »,
 - ii) les structures d'accueil préscolaire à prestations restreintes, soit celles qui ne remplissent pas les 3 conditions cumulatives précitées, où l'on retrouve les garderies et jardins d'enfants, et
 - iii) l'accueil familial de jour, soit l'accueil à la journée des enfants assuré à leur domicile par des personnes employées par une structure de coordination ou exerçant leur activité de manière indépendante.

et notamment le fait que l'initiative demande la gratuité de tous ces modes d'accueil préscolaire.

Il n'est ainsi pas non plus certain que les signataires de l'IN 196 aient compris que l'augmentation de la contribution des employeuses et employeurs ne financera que les places en structures d'accueil préscolaires à prestation élargies (lettre i) et en structure de coordination de l'accueil familial de jour (lettre iii) (cf. § 50 ci-dessus). Autrement dit, les communes obtiendront une contribution financière pour les deux postes précités alors que les structures d'accueil préscolaire à prestations restreintes (lettre ii) deviendront entièrement à leur charge, au vu de la suppression de participation financière des parents voulue par l'IN 196.

119. Au vu de la conclusion au point III ci-dessous, la question de savoir si l'IN 196 respecte le principe de clarté pourra souffrir de demeurer indécise.

I. Exécutabilité

120. Selon la jurisprudence, une initiative populaire doit être invalidée si son objet est impossible. Il ne se justifie pas, en effet, de demander au peuple de se prononcer sur un sujet qui n'est pas susceptible d'être exécuté. L'invalidation ne s'impose toutefois que dans les cas les plus évidents. L'obstacle à la réalisation doit être insurmontable : une difficulté relative est insuffisante, car c'est avant tout aux électeurs qu'il appartient d'évaluer les avantages et les inconvénients qui pourraient résulter de l'acceptation de l'initiative. 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 (arrêt du Tribunal fédéral 1P.52/2007, du 4 septembre 2007, consid. 3.1, et les références citées).
121. Dans son arrêt concernant la validité de l'IN 171, le Tribunal fédéral, après avoir examiné les conséquences concrètes de l'initiative, a retenu que comme le but de l'initiative ne pouvait pas être atteint, celle-ci était matériellement inexécutable (arrêt du Tribunal fédéral 1C_146/2020, du 7 août 2020, consid. 3.4).
122. En l'espèce, l'on n'identifie pas d'obstacle absolument insurmontable à la réalisation de l'initiative, si bien que celle-ci doit être considérée comme exécutable au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral. En particulier, que le calcul de la demande d'accueil en crèches nécessite de modifier le système actuel de listes communales ou que le

personnel compétent pour la petite enfance ou encore des locaux adaptés disponibles soit actuellement en nombre insuffisant ne rend pas pour autant l'IN 196 inexécutable.

123. Partant, l'IN 196 respecte l'exigence d'exécutabilité.

III. CONCLUSION

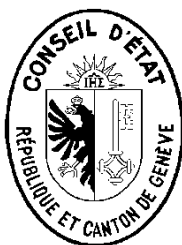
124. Toutes les conditions de validité n'étant pas réalisées, se pose la question de la portée de l'invalidation de l'IN 196.
125. A teneur de l'article 60, alinéa 4 Cst-GE, l'initiative dont une partie n'est pas conforme au droit est déclarée partiellement nulle si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides. A défaut, l'initiative est déclarée nulle. L'invalidation partielle est soumise à deux conditions, l'une subjective, l'autre objective. Il faut en premier lieu que l'on puisse raisonnablement admettre que les signataires auraient aussi approuvé la partie valable de l'initiative, si elle leur avait été présentée seule. Il faut en second lieu qu'amputée de certaines parties viciées, les dispositions restantes représentent encore un tout assez cohérent pour avoir une existence indépendante et correspondre à l'objectif principal initialement visé par les initiants, tel qu'il pouvait être objectivement compris par les signataires. Tel est le cas lorsque la partie restante de l'initiative forme un tout homogène qui suit la direction donnée par l'initiative complète, de sorte que l'initiative ne soit pas dépouillée de son contenu essentiel (ATF 130 I 185 consid. 5 ; ATF 125 I 21 consid. 7b ; arrêt non publié 1C_302/2012 du 27 février 2013 du Tribunal fédéral, consid. 4.1).
126. Selon la jurisprudence, lorsque seule une partie de l'initiative apparaît inadmissible, la partie restante peut subsister comme telle, pour autant qu'elle forme un tout cohérent et qu'elle puisse encore correspondre à la volonté des initiants. Ainsi, en vertu du principe de la proportionnalité, l'invalidité d'une partie de l'initiative ne doit entraîner celle du tout que si le texte ne peut être amputé sans être dénaturé (arrêt du Tribunal fédéral 1P.451/2006, consid. 8.1). Conformément à ce principe, l'article 60, alinéa 4 Cst-GE impose de déclarer partiellement nulle l'initiative dont une partie n'est pas conforme au droit si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides. A défaut, l'initiative est déclarée nulle.
127. En l'espèce, la gratuité des places d'accueil pour tous les usagers et la garantie d'une place d'accueil pour chaque enfant n'apparaissent pas compatibles avec les articles 200 et 202 Cst-GE. Il s'ensuit que les articles 2, lettre d, 6, alinéa 2, 8, alinéa 2, 20 et 42, alinéa 2 ne sont pas conformes au droit supérieur et doivent être invalidés. En outre, il est également douteux que les articles 10, alinéa 4 et 42, alinéa 1 soient compatibles avec l'article 202 Cst-GE. L'article 6, alinéa 3 est conforme au droit et pourrait être maintenu.
128. Toutefois, avec le maintien uniquement de l'article 6, alinéa 3 – qui prévoit que les communes « *programment la réservation et, au besoin, l'acquisition des terrains requis pour les constructions nécessaires et y consacrent le budget annuel d'investissement adapté* » – et éventuellement de l'article 10, alinéa 4 – qui prévoit que la contribution des employeurs « *correspond à 0,50% de la masse salariale visée à l'alinéa 3 ci-dessus, dès le 1^{er} janvier de la 7^e année qui suit l'entrée en vigueur de la loi du (à compléter)* » – et de sa disposition transitoire 42, alinéa 1, l'IN 196 serait dépouillée de son contenu essentiel, soit la gratuité des places de crèches pour chaque enfant.
129. L'initiative sera ainsi déclarée nulle dans sa totalité.
130. Conformément à l'article 92A, alinéas 2 à 4 LEDP, le présent arrêté est notifié au comité d'initiative, transmis au Grand Conseil et publié dans la FAO.

Par ces motifs,

ARRÊTE :

L'initiative populaire cantonale 196 « DES CRÈCHES GRATUITES POUR TOUS LES ENFANTS » est déclarée nulle.

Conformément aux articles 130B, alinéa 1, lettre c, de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ – E 2 05), 17, alinéa 4, 62, alinéa 1, lettre a, 64 et 65 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10), le présent arrêté est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (Rue de Saint-Léger 10, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les **30 jours**, pour le comité d'initiative, qui suivent sa notification audit comité (art. 92A, al. 2, LEDP) et, pour les tiers, qui suivent sa publication dans la Feuille d'avis officielle (art. 92A, al. 4, LEDP). Le délai est suspendu pendant les périodes prévues à l'article 63, alinéa 1, LPA. L'acte de recours doit être signé et parvenir à l'autorité ou être remis à son adresse à un bureau de poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse au plus tard le dernier jour du délai avant minuit. Il doit indiquer, sous peine d'irrecevabilité, l'arrêté attaqué, les conclusions de la recourante ou du recourant, les motifs et moyens de preuve. Le présent arrêté et les pièces dont dispose la recourante ou le recourant doivent être joints à l'envoi.



Certifié conforme,

La chancelière d'Etat :
Michèle Righetti-El Zayadi

Publié dans la Feuille d'avis officielle le 3 novembre 2023