

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1673/2018-ABST

ACST/12/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre constitutionnelle

Décision du 5 juin 2018

Sur effet suspensif

dans la cause

RENTES GENEVOISES - ASSURANCE POUR LA VIEILLESSE

et

Madame A_____

et

Monsieur B_____

représentés par Me Adrien Alberini, avocat

contre

CONSEIL D'ÉTAT

EN FAIT

1. a. À teneur de la loi qui les régit – à savoir la loi concernant les Rentes genevoises – Assurances pour la vieillesse, du 3 décembre 1992 (LRG - J 7 35), les « Rentes genevoises – Assurances pour la vieillesse » (ci-après : RG) constituent une caisse mutuelle d'assurance sous la forme d'un établissement de droit public à but social, indépendant et doté de la personnalité juridique, possédant son propre patrimoine (art. 1 et 2 al. 1 LRG). Elles ont pour but essentiel de promouvoir la prévoyance en matière de risque de vieillesse et de longévité en servant des rentes à leurs assurés ; elles peuvent conclure tout contrat individuel de rentes et tout contrat collectif de rentes (art. 2 al. 2 LRG). Les rentes servies par les RG sont garanties par l'État (art. 3 al. 2 LRG). Au chapitre du financement, l'art. 11 al. 4 LRG prévoit que, « sous réserve du portefeuille existant », le conseil d'administration des RG peut modifier, en tout temps et sans préavis, les tarifs et les conditions générales d'assurance (ci-après : CGA).

b. Madame A_____ et Monsieur B_____ sont les deux membres du conseil d'administration des RG désignés par les assurés, sur les sept membres que compte ledit conseil (art. 6 al. 1 let. c LRG).
2. a. L'assurance collective de rentes viagères que les RG pratiquent depuis 1989 pour des institutions de prévoyance professionnelle (ci-après : IPF) consiste, en contrepartie du paiement d'une prime unique, dans la reprise de la totalité des droits et obligations de prestations de prévoyance vieillesse jusque-là assumés par une IPF, soit une reprise de rentiers impliquant le versement de rentes aux rentiers concernés remplissant les conditions d'un tel versement. Cette activité parfois qualifiée improprement de « réassurance » ne représente pas une activité de réassurance au sens strict, que les RG n'ont jamais pratiquée, qui consiste à garantir, comme réassureur, à un autre assureur tout ou partie des risques que ce dernier a lui-même et conserve à l'égard d'un ou plusieurs assurés. Les RG indiquent avoir repris plus de 1400 rentiers au titre de l'assurance collective de rentes viagères, en vertu de contrats ayant essentiellement deux types de fonction, les uns, dits « contrats de cession et de gestion », pour la reprise des rentiers de caisses disparaissant et ayant vocation à durer jusqu'au décès du dernier rentier, et les autres, dits « contrats de réassurance » (improprement dite), pour la reprise nominative et à durée indéterminée de rentiers au moment de leur passage à la retraite, venant de caisses de pension continuant à exister. La plupart de ces contrats (du moins ceux « de cession et de gestion ») contiennent une clause confirmant la garantie de l'État pour les rentes servies.

Une rémunération de la garantie de l'État pour les engagements des RG résultant des contrats d'assurance de rentes viagères individuels et collectifs n'a donné lieu à une facturation, à la charge des RG, que depuis l'année 2012, pour des montants respectifs de CHF 923'422.75 pour 2012, CHF 1'024'250.- pour 2013,

CHF 1'112'085.10 pour 2014, CHF 1'175'528.35 pour 2015, CHF 1'243'617.45 pour 2016 et CHF 1'330'304.40 pour 2017, calculée sur la base des capitaux de prévoyance au 31 décembre de l'année précédente.

b. Dans sa teneur d'origine, adoptée le 15 septembre 1993 (ROLG, 1993, p. 602), le règlement d'exécution de la LRG (ci-après : aRRG) a prévu, à son art. 6 intitulé « Clause d'adaptation des conditions d'assurance », que les CGA « doivent contenir une clause d'adaptation offrant la possibilité d'augmenter les contributions ou de réduire les prestations – excepté le portefeuille existant – dans la mesure où cela paraît nécessaire en vue de prévenir un déficit technique, le tout après approbation du conseil d'administration conformément à l'article 15, alinéa 4, de la loi », et que « les conditions particulières qui doivent être établies pour chaque type de rente et qui font partie intégrante des conditions générales d'assurance sont soumises aux mêmes exigences ». Les RG indiquent n'avoir jamais introduit de clause d'adaptation unilatérale de leurs CGA leur offrant la possibilité d'augmenter les contributions ou de réduire les prestations, estimant que l'art. 6 aRRG est en contradiction avec l'art. 11 al. 4 LRG et avec le principe même de l'assurance de rente viagère, tant pour les contrats de rentes viagères individuelles que pour les reprises de rentes collectives. De plus, depuis le 1^{er} novembre 2012, les RG ont adopté un système de CGA dynamiques, plus concises et adaptées automatiquement en fonction des options du contrat et du choix des clients.

3. Dans le cadre des travaux initiés par le Conseil d'État tendant à une révision du aRRG, les RG ont formulé des observations sur divers points de l'avant-projet de règlement, dont pour contester une suppression de la garantie de l'État pour les « contrats de réassurance » et une autre pour proposer d'abroger l'art. 6 aRRG (reprise dans cet avant-projet comme art. 10). D'après les RG, les courriers échangés entre le département des finances (ci-après : DF) et les RG n'ont pas dissipé un flou entourant ces deux questions.

4. a. Le 11 avril 2018, le Conseil d'État a adopté un nouveau règlement d'exécution de la LRG (ci-après : RRG), abrogeant le aRRG et fixant au 1^{er} janvier 2019 la date de son entrée en vigueur.

b. Selon l'art. 12 al. 1 RRG, les prestations des contrats au sens de l'art. 8 RRG ne sont pas garanties par l'État, la teneur dudit art. 8 RRG étant la suivante :

Art. 8 Contrats de réassurance

Par les Rentes genevoises en tant qu'assuré

¹ Les Rentes genevoises peuvent conclure en faveur de leurs assurés des contrats collectifs pour l'assurance des risques d'invalidité et décès avec des établissements d'assurance-vie ayant leur siège social, une succursale ou une agence dans le canton de Genève.

Par les Rentes genevoises en tant que réassureur

² Les Rentes genevoises peuvent conclure avec des institutions de prévoyance professionnelles des contrats de réassurance au sens de l'article 3, lettre b, du présent règlement, lorsque ces institutions ont leur siège ou une succursale dans le canton de Genève et y exercent une part prépondérante de leur activité.

³ Avec l'accord du Conseil d'État, d'autres institutions de prévoyance peuvent être réassurées par les Rentes genevoises.

⁴ Les prestations découlant du présent article ne constituent pas des rentes servies au sens de l'article 3, alinéa 2, de la loi.

c. Le RRG a repris mot pour mot, à son art. 9, l'art. 6 aRRG précité.

5. Le RRG a été publié dans la Feuille d'avis officielle (ci-après : FAO) du 17 avril 2018.

6. a. Par acte du 17 mai 2018, les RG ainsi que Mme A_____ et M. B_____ ont recouru par-devant la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (ci-après : CJCST) contre les art. 8 al. 4, 9 et 12 al. 1 RRG, en concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif, et principalement à l'annulation des trois dispositions attaquées, sous suite de frais et dépens.

b. La suppression de la garantie de l'État pour les contrats de reprise de rentiers dans le domaine de la prévoyance devrait s'accompagner d'une baisse (non prévue) de la rémunération de ladite garantie. Elle impliquerait, en raison de risques accrus pour les RG, un besoin de provisionnement supplémentaire estimé à CHF 35'000'000.- et dédié spécifiquement aux réserves mathématiques des rentes concernées, au détriment des provisions et réserves générales constituées en faveur de tous les assurés. Elle aurait un impact négatif sur la notation et la réputation des RG.

Les art. 8 al. 4 et 12 al. 1 RRG violaient le principe de la légalité et de la séparation des pouvoirs en tant qu'ils conduisaient à une suppression de la garantie de l'État pour les contrats d'assurance collective de rentes viagères repris d'IPF, passés et futurs (la disposition transitoire figurant à l'art. 53 RRG ne contenant pas de réserve pour les contrats passés). La suppression de la garantie de l'État constituait une violation de droits acquis des RG et de leurs assurés. Elle représentait une restriction de la garantie de la propriété dont bénéficiaient les RG en lien avec leur patrimoine financier et leur but d'intérêt public, de même que Mme A_____ et M. B_____, car elle ne reposait pas sur une base légale et n'était dictée par aucun motif légitime.

c. L'obligation d'introduire une clause d'adaptation dans les CGA prévue par l'art. 9 RRG dérogeait à l'art. 11 al. 4 LRG, sans qu'une clause de délégation législative n'habilite le Conseil d'État à la prévoir par voie réglementaire et alors qu'elle constituait une norme primaire. Elle violait en outre le principe de la primauté du droit fédéral, au regard des art. 2 et 98 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA - RS 221.229.1), qui régissaient de manière exhaustive la question de la modification unilatérale des conditions d'assurance, dans un sens excluant que les conditions mises à une telle modification puissent être remplies dans les cas d'assurances viagères.

7. Le 28 mai 2018, le conseiller d'État en charge du DF a indiqué à la CJCST que le Conseil d'État s'en rapportait à justice s'agissant de l'octroi de l'effet suspensif au recours, qui ne pourrait porter jamais que sur les dispositions attaquées du RRG, soit

les art. 8 al. 4, 9 et 12 al. 1 RRG. Une restitution de l'effet suspensif n'aurait de sens que si la CJCST ne statuerait pas sur le fond de la cause avant l'entrée en vigueur du RRG fixée au 1^{er} janvier 2019.

EN DROIT

1. L'examen de la recevabilité du recours est reporté à l'arrêt au fond, étant précisé qu'il n'apparaît pas *prima facie* que les conditions de recevabilité ne seraient pas remplies.
2. Les mesures provisionnelles, y compris sur effet suspensif, sont prises par le président ou le vice-président ou, en cas d'urgence, par un autre juge de la chambre constitutionnelle (art. 21 al. 2 et 76 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
3. a. Selon l'art. 66 LPA, en cas de recours contre une loi constitutionnelle, une loi ou un règlement du Conseil d'État, le recours n'a pas d'effet suspensif (al. 2) ; toutefois, lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, restituer l'effet suspensif (al. 3). D'après l'exposé des motifs du projet de loi portant mise en œuvre de la chambre constitutionnelle, en matière de recours abstrait, l'absence d'effet suspensif automatique se justifie afin d'éviter que le dépôt d'un recours bloque le processus législatif ou réglementaire, la chambre constitutionnelle conservant toute latitude pour restituer, totalement ou partiellement, l'effet suspensif lorsque les conditions légales de cette restitution sont données (PL 11311, p. 15).
b. Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation, qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1). Pour effectuer la pesée des intérêts en présence (arrêt du Tribunal fédéral 8C_239/2014 du 14 mai 2014 consid. 4.1), l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).

L'octroi de mesures provisionnelles – au nombre desquelles figure l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER / Astrid HIRZEL, *Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen*, in Isabelle HÄNER / Bernhard WALDMANN [éd.], *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, 2013, 61-85, p. 63) – présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 =

RDAF 2002 I 405). En matière de contrôle abstrait des normes, l'octroi de l'effet suspensif suppose en outre notamment que les chances de succès du recours apparaissent manifestes (Stéphane GRODECKI / Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, n. 835 ss ; Claude-Emmanuel DUBEY, La procédure de recours devant le Tribunal fédéral, in François BELLANGER / Thierry TANQUEREL [éd.], Le contentieux administratif, 2013, 137-178, p. 167).

4. a. En l'espèce, l'intimé ne fait pas valoir de motif spécifique rendant impératif que les dispositions litigieuses s'appliquent avant que leur conformité au droit n'ait été le cas échéant confirmée, soit au plus tôt dès l'entrée en vigueur, fixée au 1^{er} janvier 2019, des autres dispositions, non contestées, du RRG.

b. Il n'est assurément pas indifférent, pour les RG et leurs assurés, que les rentes servies par les RG soient garanties par l'État, ainsi que le prévoit explicitement l'art. 3 al. 2 LRG sans faire de distinction selon le types de rentes servies, ou ne le soient pas, comme le décrète l'art. 12 al. 1 RRG s'agissant des prestations des contrats visés par l'art. 8 RRG, à savoir des « contrats de réassurance ». La chambre de céans ne saurait en effet mettre en doute, à ce stade et à défaut d'explication démontrant le contraire, que – du moins suivant la portée de cette suppression de garantie étatique – les RG devraient constituer des provisions supplémentaires en couverture des risques accrus qu'elles devraient assumer du fait de cette suppression de garantie étatique et affecter ces provisions spécifiquement aux réserves mathématiques des rentes concernées, avec le double effet que cela pourrait se traduire par une diminution des provisions et réserves générales, au détriment des assurés des RG, et se répercuter négativement sur la notation et la réputation des RG sur les marchés financiers.

En l'état actuel du dossier, on ne discerne pas clairement si les contrats de réassurance improprement dite (ceux dits de « reprise de rentiers »), largement pratiqués par les RG avec l'aval de l'autorité de surveillance (soit le service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance, rattaché au DF), sont ou non englobés dans les « contrats de réassurance » visés par l'art. 8 RRG, donc, dans l'affirmative, ne bénéficieraient pas ou plus de la garantie de l'État, ou si cette suppression (ou exclusion) de garantie ne concerne que des contrats de contrats de réassurance proprement dits, que les RG indiquent n'avoir jamais pratiqués.

Sous l'angle des principes de la légalité et de la séparation des pouvoirs, il n'apparaît pas manifeste que les deux dispositions réglementaires précitées (soit les art. 8 al. 4 et 12 al. 1 RRG) puissent ne constituer que des normes d'exécution de la disposition légale ancrant, au-delà de l'affirmation d'un simple principe, la garantie de l'État pour les rentes servies par les RG (soit l'art. 3 al. 2 LRG), ni qu'une activité de réassurance proprement dite puisse être prévue et régie au seul niveau réglementaire.

c. Quant à l'obligation, prévue par l'art. 9 RRG, d'introduire une clause d'adaptation dans les CGA, elle n'est certes pas nouvelle, dans la mesure où elle est

reprise de l'art. 6 aRRG (ce qui ne l'immunise pas contre un recours abstrait dirigé contre le RRG, entièrement nouveau [arrêt du Tribunal fédéral 2C_725/2010 du 31 octobre 2011 consid. 1.3]), que les RG disent n'avoir jusque-là pas appliqué. Sa contrariété avec l'art. 11 al. 4 LRG n'est au surplus pas flagrante, dès lors que, comme cette disposition-ci, l'art. 9 RRG reprend la « réserve du portefeuille existant », et qu'ainsi elle apparaît obliger les RG à effectuer ce que celles-ci sont habilitées à faire, et ce uniquement pour des contrats futurs.

Toutefois, à la question de savoir si cette transformation d'une faculté en une obligation est compatible avec l'indépendance que la LRG reconnaît, dès son art. 1 al. 1, à cet établissement de droit public que constituent les RG s'ajoute celle de savoir si l'introduction unilatérale dans les contrats individuels et collectifs de rentes viagères des RG d'une clause d'adaptation des CGA respecte les dispositions de droit fédéral contenues à ce propos dans la LCA, telles qu'elles doivent le cas échéant être interprétées. Les RG invoquent au surplus que la mise en œuvre de l'art. 9 RRG générerait des complications pratiques liées au système de CGA dynamiques qu'elles ont adopté depuis novembre 2012.

d. Ainsi que l'intimé l'a relevé, un effet suspensif ne saurait concerner que les dispositions attaquées, à savoir les art. 8 al. 4, 9 et 12 al. 1 RRG.

Sans doute est-il souhaitable et semble-t-il à ce jour possible que le recours soit instruit puis tranché avant le 1^{er} janvier 2019. Toute réserve doit néanmoins être faite à ce propos. Par ailleurs, de par leur nature, les dispositions litigieuses sont de celles dont la mise en œuvre peut devoir être prévisible et préparée plusieurs mois à l'avance.

e. Dans la pesée des intérêts en présence, touchant à des intérêts financiers susceptibles – non seulement pour les RG mais aussi leurs assurés actuels et futurs ou potentiels – d'être influencés par les modifications litigieuses, alors que le besoin de les adopter et de les mettre en œuvre rapidement n'apparaît pas s'être fait sentir de façon impérative, la chambre de céans considère qu'il se justifie d'accorder l'effet suspensif au recours.

5. Il est rappelé, à toutes fins utiles, que la suspension des dispositions considérées qu'implique la présente décision sur effet suspensif doit être publiée dans la FAO (art. 9 du règlement d'exécution de la loi sur la forme, la publication et la promulgation des actes officiels, du 15 janvier 1957 (RFPP - B 2 05.01)).

6. Le sort des frais de la procédure reste réservé jusqu'à droit jugé par une décision finale.

LA CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE

accorde l'effet suspensif au recours A/1673/2018 des Rentes genevoises – Assurances pour la vieillesse contre les art. 8 al. 4, 9 et 12 al. 1 du règlement d'exécution de la loi

concernant les Rentes genevoises – Assurances pour la vieillesse, adopté le 11 avril 2018 par le Conseil d'État ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Adrien Alberini, avocat des recourants, et au Conseil d'État.

Au nom de la chambre constitutionnelle :

la greffière :

le juge délégué :

M. Niermaréchal

R. Martin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :