

*Projet présenté par le Conseil d'Etat*

*Date de dépôt : 29 octobre 2008*

## **Projet de loi** **sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics (K 1 18)**

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève  
vu l'article 178B de la constitution de la République et canton de Genève, du  
24 mai 1847 (ci-après : la constitution);  
décrète ce qui suit :

### **Chapitre I            Dispositions générales**

#### **Art. 1            But**

<sup>1</sup> La présente loi a pour but de protéger la population contre le tabagisme passif et de mettre en œuvre l'interdiction de fumer prévue par l'article 178B de la constitution.

<sup>2</sup> Les dispositions fédérales sur la protection contre le tabagisme passif et la protection du travailleur sont réservées.

#### **Art. 2            Principe**

<sup>1</sup> Il est interdit de fumer dans les lieux publics ou accessibles au public, intérieurs ou fermés (ci-après : lieux publics).

<sup>2</sup> On entend par accessibles au public tous les locaux dont l'accès n'est pas réservé à un cercle de personnes déterminé et délimité de manière étroite.

<sup>3</sup> On entend par fermés les espaces couverts par un toit et entourés par des murs ou cloisons, permanents ou temporaires, quels que soient les types de matériaux utilisés.

### **Art. 3 Champ d'application**

L'interdiction concerne notamment :

- a) les bâtiments et locaux publics dépendant de l'Etat et des communes ainsi que toutes autres institutions de caractère public;
- b) les hôpitaux et les autres institutions de santé, au sens de la loi sur la santé, du 7 avril 2006;
- c) les établissements de formation, les écoles et les garderies;
- d) les bâtiments ou locaux dédiés à la culture, au sport, aux loisirs, aux rencontres et aux expositions;
- e) les maisons de jeux;
- f) les commerces, les centres commerciaux et les galeries marchandes;
- g) les établissements d'exécution des peines et des mesures;
- h) les véhicules de transports publics et les autres transports professionnels de personnes;
- i) les établissements au sens de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement, du 17 décembre 1987 (ci-après : LRDBH).

### **Art. 4 Exceptions**

#### ***Lieux privés***

<sup>1</sup> Des exceptions à l'interdiction de fumer peuvent être prévues pour les lieux à caractère privé suivants, pour autant qu'ils soient isolés, ventilés de manière adéquate et désignés comme tels :

- a) les cellules de détention et d'internement;
- b) les chambres d'hôtels et d'autres lieux d'hébergement;
- c) les chambres d'hôpitaux, de cliniques et d'autres lieux de soins, dans lesquels les patients séjournent de manière prolongée et dont ils ne peuvent aisément sortir compte tenu de leur état de santé.

<sup>2</sup> L'exploitant ou le responsable de ces lieux soumet pour approbation au département en charge de la santé (ci-après : le département) les modalités d'application des exceptions qu'il entend prévoir.

#### ***Cercles***

<sup>3</sup> Les cercles ne sont pas soumis à l'interdiction de fumer, pour autant qu'ils remplissent les conditions du droit fédéral.

#### ***Commerces spécialisés dans la vente de tabac***

<sup>4</sup> L'exploitant d'un lieu de vente spécialisé dans le domaine du tabac est autorisé à aménager un local de dégustation réservé aux clients consommateurs de tabac, à la condition qu'il soit isolé, ventilé de manière adéquate et désigné comme tel.

## *Aéroport international de Genève*

<sup>5</sup> L'Aéroport international de Genève est autorisé à exploiter un fumoir isolé dans la zone de transit, à la condition que le local soit ventilé de manière adéquate et désigné comme tel.

### **Art. 5 Produits interdits**

Sont interdits les produits fabriqués entièrement ou partiellement à partir de tabac et destinés à être fumés.

## **Chapitre II Mise en œuvre**

### **Art. 6 Rôle de l'exploitant ou du responsable**

<sup>1</sup> L'exploitant ou le responsable des lieux publics signale l'interdiction de fumer par voie d'affichage et tout autre moyen adéquat.

<sup>2</sup> Il enjoint aux usagers de ne pas fumer.

<sup>3</sup> En cas de non respect, il peut faire appel aux forces de l'ordre.

<sup>4</sup> Il est tenu de laisser libre accès à ses locaux aux agents chargés des inspections et prend toute mesure utile à cet effet.

## **Chapitre III Autorités compétentes et sanctions**

### **Art. 7 Contrôles**

<sup>1</sup> Le département est chargé de l'application de la présente loi.

<sup>2</sup> Il peut procéder ou faire procéder aux contrôles et inspections nécessaires en requérant la collaboration des forces publiques et de tous les autres agents publics chargés d'appliquer les prescriptions de police relevant de la sécurité, de la propreté et de la salubrité publiques ainsi que de l'exploitation des établissements voués à la restauration et au débit de boissons au sens de la LRDBH.

<sup>3</sup> Ces agents publics sont habilités à dresser les rapports et constats de contraventions y relatifs.

<sup>4</sup> Les rapports et constats établis sont transmis au département.

## **Art. 8 Sanctions pénales**

<sup>1</sup> Est passible d'une amende de 100 à 1 000 F :

- a) celui qui contrevient à l'interdiction de fumer;
- b) l'exploitant ou le responsable des lieux publics qui viole ses obligations de signaler l'interdiction de fumer et de laisser libre accès à ses locaux, telles que définies par la présente loi;
- c) l'exploitant ou le responsable des lieux publics qui aménage des lieux ou des locaux fumeurs qui ne remplissent pas les conditions définies par la présente loi.

<sup>2</sup> Le service des contraventions est compétent pour prononcer l'amende.

<sup>3</sup> Les jugements pénaux rendus en vertu de la présente loi sont communiqués au département.

<sup>4</sup> Le département informe le propriétaire des lieux publics des injonctions adressées à l'exploitant ou au responsable ainsi que des sanctions prononcées en application de la présente loi.

## **Chapitre IV Dispositions finales et transitoires**

### **Art. 9 Dispositions d'application**

Le Conseil d'Etat édicte les dispositions nécessaires à l'application de la présente loi.

### **Art. 10 Entrée en vigueur**

La présente loi entre en vigueur le lendemain de sa promulgation dans la Feuille d'avis officielle.

### **Art. 11 Disposition transitoire**

L'exploitant ou le responsable de lieux à caractère privatif visés à l'article 4, alinéa 1 de la présente loi dispose d'un délai de 12 mois dès son entrée en vigueur pour soumettre à l'approbation du département les modalités d'application des exceptions prévues.

### **Art. 12 Modifications à d'autres lois**

<sup>1</sup> La loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève, du 13 septembre 1985 (B 1 01), est modifiée comme suit :

### **Art. 89, al. 2 (abrogé)**

\* \* \*

<sup>2</sup> La loi sur la police, du 26 octobre 1957 (F 1 05), est modifiée comme suit :

**Art. 4, al. 6, lettre a chiffre 6 (nouveau, les chiffres 6 à 9 devenant les chiffres 7 à 10)**

6° l'interdiction de fumer dans les lieux publics;

\* \* \*

<sup>3</sup> La loi sur les spectacles et divertissements, du 4 décembre 1992 (I 3 05), est modifiée comme suit :

**Art. 6, al. 2 (abrogé), al. 3 devenant al. 2 (nouvelle teneur)**

<sup>2</sup> Le Conseil d'Etat est habilité à déroger à l'alinéa 1 pour les spectacles ou divertissements en plein air, pour autant que la construction et les matériaux utilisés présentent toute garantie.

Certifié conforme

Le chancelier d'Etat : Robert Hensler

## **EXPOSÉ DES MOTIFS**

Mesdames et  
Messieurs les députés,

### **Introduction**

Le 30 septembre dernier, le Conseil d'Etat apprend que le règlement d'exécution relatif à l'interdiction de fumer dans les lieux publics (RIF) était annulé par le Tribunal fédéral. En conséquence, il est à nouveau possible de fumer notamment dans les cafés et restaurants qui ont décidé de ne pas maintenir l'interdiction. Afin de remédier à cette situation hautement dommageable pour la santé des collaboratrices/collaborateurs de ces établissements ainsi que celle des clients/es, et avant tout pour satisfaire la très nette majorité des Genevois/es – environ 80% des votants ont accepté l'initiative « Fumée passive et santé » (IN 129) en février dernier –, le Conseil d'Etat soumet au Grand Conseil un projet de loi visant à appliquer la norme constitutionnelle issue de la votation populaire de février dernier.

Le présent exposé des motifs revient d'abord sur le contexte lié à l'IN 129 et au droit fédéral (loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif), rappelle ensuite les méfaits du tabac, les conséquences très positives de l'interdiction de fumer dans les lieux publics d'une part et neutres au plan économique d'autre part. Enfin, ce texte présente brièvement les résultats de la consultation, les tenants et aboutissants du projet de loi et commente ce dernier, article par article.

### **1. Contexte**

#### **1.1. La validité de l'IN 129**

Le 12 octobre 2005, le Conseil d'Etat a constaté l'aboutissement de l'initiative populaire intitulée « Fumée passive et santé » (IN 129). Munie de 20'300 signatures, elle visait à bannir la fumée du tabac dans les lieux publics intérieurs ou fermés, sans aucune exception possible. Pour ce faire, elle proposait d'introduire, dans la Constitution de la République et canton de Genève, un nouvel article consacré à la « protection de l'hygiène publique et de la santé » (art. 178B Cst-GE).

Le 22 juin 2006, le Grand Conseil de la République et canton de Genève a invalidé très partiellement cette initiative (art. 178B al. 3 Cst-GE), afin de la rendre compatible avec le droit supérieur consacrant les libertés

fondamentales et tout en conservant son sens. Ainsi, elle pouvait être soumise au vote populaire.

En prenant cette décision, le Grand Conseil a suivi l'avis de la commission législative chargée d'étudier la validité de l'IN 129<sup>1</sup>. La majorité de la commission a été convaincue par les arguments et les propositions du professeur Vincent Martenet, formulés dans un avis de droit commandé par le Parlement genevois<sup>2</sup>.

L'article 178B alinéa 3 Cst-GE tel que proposé initialement commençait par « Par lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés sont concernés, il faut entendre : [...] », phrase suivie de la liste des lieux visés par l'interdiction de fumer établie par les initiants. La solution retenue – remplacement de cette phrase par « Sont concernés : [...] » suivie de la liste – a permis de resserrer la notion de lieux publics, sous-entendant que (réserve d'interprétation) tous les bâtiments, locaux, établissements ou transports énumérés à l'article 178B al. 3 Cst-GE sont effectivement concernés par l'interdiction de fumer dans les lieux publics ou accessibles au public intérieurs ou fermés. Cette solution présentait, selon le professeur Martenet, plusieurs avantages, notamment :

- éviter le caractère disproportionné relevé à l'alinéa 3 et donc l'incompatibilité face au droit supérieur notée précédemment;
- l'IN 129, telle que la proposaient les initiants, n'est pas vidée de sa substance et son texte initial est très largement conservé.

Par arrêt du 28 mars 2007 (ATF 133 I 110), le Tribunal fédéral a rejeté le recours de droit public formé par deux citoyens genevois contre la décision du Grand Conseil du canton de Genève relative à la validité de l'IN 129. Laissant ouverte la question de savoir si le fait de fumer relevait de la liberté personnelle, il a notamment considéré que l'initiative poursuivait un but incontestable d'intérêt public; l'interdiction générale de fumer dans les lieux publics fermés devra être assortie d'exceptions, en particulier pour les détenus, les pensionnaires d'établissements médicaux et les lieux publics à usage privatif.

---

<sup>1</sup> Rapport de la commission législative chargée d'étudier la validité de l'initiative populaire 129 « Fumée passive et santé » (IN 129-B).

<sup>2</sup> La validité de l'initiative populaire 129 "Fumée passive et santé" du 7 avril 2006.

## **1.2. La votation populaire et le RIF**

Le Grand Conseil a accepté le 20 septembre 2007 l'IN 129 par 50 OUI, 29 NON et 4 abstentions, sans lui opposer de contre-projet et sans qu'aucun député ne conteste le caractère nocif du tabagisme passif.

L'IN 129 a ensuite été acceptée en votation populaire le 24 février 2008 par près de 80% des votants.

Le 3 mars 2008, le Conseil d'Etat genevois a adopté un règlement d'exécution relatif à l'interdiction de fumer dans les lieux publics (RIF), dont l'entrée en force était fixée au 1<sup>er</sup> juillet. Ce règlement a fait l'objet de trois recours en matière de droit public. D'un côté, deux recourants se plaignaient principalement d'un défaut de base légale et d'une violation du principe de la proportionnalité, des libertés économique et personnelle (du fait de l'absence d'exceptions). De l'autre côté, le troisième recourant se plaignait principalement du fait que l'article constitutionnel avait été interprété arbitrairement en tant que le RIF acceptait trop d'exceptions. Enfin, tous les recourants demandaient la suspension de l'entrée en vigueur du RIF.

En date du 19 mai 2008, compte tenu des intérêts publics et privés en présence, le Tribunal fédéral a rejeté les demandes d'effets suspensifs, autorisant ainsi l'entrée en force du RIF au 1<sup>er</sup> juillet, comme prévu par le Conseil d'Etat.

Par arrêt du 5 septembre 2008, le Tribunal fédéral a admis les recours pour absence de base légale et, en conséquence, le règlement relatif à l'interdiction de fumer dans les lieux publics, adopté le 3 mars 2008 par le Conseil d'Etat, a été annulé. En revanche, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur les autres griefs.

## **2. La loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif**

Le 3 octobre 2008, la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif a été adoptée. Son entrée en vigueur devrait intervenir dans le courant de l'année 2009, sous réserve d'un référendum dont le délai échoit au 22 janvier 2009. Cette loi régit de manière générale la protection contre le tabagisme passif dans les espaces fermés accessibles au public et les lieux de travail occupant plusieurs personnes. Des exceptions à l'interdiction de fumer sont toutefois prévues : des locaux spécialement aménagés sans service (fumeurs) sont autorisés (article 2, alinéa 2) de même que les établissements de restauration dont la surface est inférieure ou égale à 80m<sup>2</sup> peuvent être autorisés en tant qu'établissements fumeurs (article 3).

Compte tenu des compétences propres des cantons en matière de santé publique, la loi fédérale réserve expressément la possibilité aux cantons

d'adopter des dispositions plus strictes pour la protection de la santé (article 4). Il va de soi que le principe de la primauté du droit fédéral commande néanmoins que les cantons n'entravent ni n'empêchent la bonne application du droit fédéral (art. 49, alinéa 1 de la Constitution fédérale).

En l'espèce, l'article constitutionnel 178B, tel que voté par les Genevois/es, le 24 février 2008, impose d'ores et déjà un régime plus strict que celui proposé par le droit fédéral et le présent projet vise à permettre une mise en œuvre de l'interdiction de fumer conforme tant au droit fédéral qu'au texte constitutionnel.

### **3. Le tabagisme passif met en danger la santé publique**

#### **3.1. Les conséquences de la fumée passive et de son interdiction chez les non-fumeurs/euses**

Les chercheurs confirment que la fumée de tabac, inhalée passivement, provoque, chez des non-fumeurs/euses, notamment des infarctus du myocarde<sup>3</sup>. D'autres maladies telles l'asthme ou le cancer du poumon résultent aussi de l'exposition passive à la fumée de tabac, mais leur documentation scientifique nécessite des développements. L'interdiction de fumer dans les lieux publics fermés est l'une des meilleures actions qui puisse réellement infléchir la morbidité et la mortalité par maladie ischémique du cœur. Toutes les évaluations d'impact sanitaire le confirment. Sur mandat du Département de l'économie et de la santé, une revue de la littérature menée par l'Institut de médecine sociale et préventive de l'Université de Genève reprend les meilleures méthodologies pour évaluer l'impact sanitaire d'une interdiction de fumer dans les lieux publics<sup>4</sup>. Celles-ci comprennent l'analyse des registres d'hospitalisation répertoriant le nombre d'infarctus du myocarde, les études de pollution intérieure, les études sur l'arrêt du tabac et les études sur les inégalités concernant la santé du personnel de la restauration. En voici les constats les plus probants.

Dix études scientifiques nord-américaines sur l'impact sanitaire de l'interdiction de fumer dans les lieux publics ont été conduites afin d'évaluer si une telle mesure mène à une réduction des infarctus du myocarde.

---

<sup>3</sup> BARTECCHI, C. et al., Reduction in the Incidence of Acute Myocardial Infraction Associated With a Citywide Smoking Ordinance, in *Circulation : Journal of the American Heart Association*, vol. 114, pp.1490-1496, 09.2006.

<sup>4</sup> TANGO, R. et al., *Les évaluations des règlements interdisant de fumer dans les lieux publics : revue de la littérature et recommandations pour l'évaluation du règlement de Genève*, Université de Genève - Faculté de Médecine, 07.2008.

Regroupées dans une méta-analyse (Glantz, 2008)<sup>5</sup> huit de ces études montrent une diminution de 19% des infarctus du myocarde. Ceci est un gain spectaculaire en matière de santé publique.

Les études concernant la pollution intérieure montrent que le seuil d'insalubrité fixé par l'OMS à 50  $\mu\text{g}/\text{m}^3$  de particules fines était systématiquement dépassé dans l'air ambiant des gares, restaurants, brasseries, bars et discothèques dans lesquels fumer est autorisé. Les taux observés peuvent aller jusqu'à près de 50 fois ce seuil dans certaines discothèques. On relève aussi des taux très élevés de nicotine dans l'air ambiant de tels lieux. Il est également prouvé que la séparation physique des zones fumeurs/euses n'est pas suffisante pour éviter la contamination des autres zones.

### **3.2. La diminution du nombre de fumeurs corrélée à l'interdiction de fumer**

Les recherches, comparant le pourcentage de fumeurs/euses avant et après une interdiction de fumer dans les lieux publics, montrent que cette interdiction favorise l'arrêt de la consommation de tabac. Ceci a, d'une part, été confirmé par la diminution subséquente de vente de cigarettes et, d'autre part, par l'augmentation des appels à un numéro d'aide au sevrage tabagique.

Les études sur la santé du personnel dans la restauration permettent d'évaluer l'impact sanitaire positif d'une interdiction de fumer dans les lieux publics chez les serveurs/euses, en particulier les non-fumeurs/euses. Ce type d'étude démontre aussi que cette interdiction place les professionnels de la restauration sur un pied d'égalité et n'impose plus l'exposition des serveurs/euses à l'inhalation d'un des cancérigènes les plus prégnants.

Au niveau genevois, citons la politique préventive des Hôpitaux universitaires de Genève, mise en œuvre dès 1999. Elle visait à limiter les espaces dans lesquels la consommation de tabac était autorisée, pour déboucher sur une interdiction totale dès 2006. Un rapport d'évaluation en cours d'élaboration montre, pour le site principal de Cluse-Roseraie, une diminution d'un tiers des employés fumeurs sur la période 1999 à 2007. Depuis 2006, l'interdiction totale permet une diminution d'environ 90% des particules fines dans l'air ambiant (J-P. Humair, Département de médecine communautaire et de premier recours).

---

<sup>5</sup> GLANTZ, S.A., Meta-analysis of the Effects of Smokefree Laws on Acute Myocardial Infraction : An Update, in *ELSEVIER : preventive Medecine*, Vol. 47, pp.452-463, 2008.

#### 4. Un impact neutre au plan économique

De nombreuses études scientifiques<sup>6</sup> ont été publiées suite à l'introduction de normes banissant la fumée des lieux publics. Voici en bref les conclusions de quelques-unes d'entre elles :

- au Massachussets (USA), se fondant sur les déclarations d'impôts et le nombre d'emplois dans les bars et restaurants, une étude (Alpert et al., 2007) a montré que ces indicateurs n'ont pas connu de changement après l'introduction de la norme interdisant la fumée dans ces lieux publics;
- en Nouvelle Zélande, le chiffre d'affaires des bars (où des fumeurs sont acceptés) a augmenté de 0.6% tandis que celui des restaurants (fumeurs interdits) a crû de 9.3% sur la même période (cf. Thomson et al., 2006);
- au Canada, l'interdiction des fumeurs en 2001 n'a pas occasionné de variations au niveau des données fiscales, selon une étude de l'Université de Toronto (Luk et al., 2006);
- en Californie, où la fumée est strictement interdite depuis 1995, on a constaté que :
  - (1) certains établissements ont connu une baisse de 4% du chiffre d'affaires immédiatement après l'interdiction. Par la suite, les chiffres d'affaires sont revenus au niveau d'avant l'interdiction (Stolzenberg et al., 2007);
  - (2) toutefois, cette baisse temporaire ne s'est vérifiée que pour un sous-groupe d'établissements : prises dans leur ensemble, les déclarations fiscales n'ont pas diminué entre 1995 et 1998;
  - (3) les revenus des restaurants (pris comme ensemble) ont augmenté après l'interdiction des fumeurs en 1995;
  - (4) de même, les revenus des bars ont augmenté après l'interdiction des fumeurs en 1998 (Cowling et al., 2005);
- en Europe, le constat de neutralité (au plan général) a également été effectué (cf. *infra*, commentaire par articles, p. 23-24, citation du Tribunal fédéral).

#### 5. Analyse de la consultation et amendements au projet de loi

Une consultation courte a été menée sous l'égide du département de l'économie et de la santé auprès des principaux partenaires et des partis représentés au Grand Conseil. La plupart des organismes consultés a transmis sa position et certains ont formulé des propositions.

---

<sup>6</sup> TANGO, R., op.cit., pp. 7-13.

Voici de façon synthétique les principaux éléments qui ont retenu l'attention du Conseil d'Etat et qui, pour certains, l'ont amené à amender quelque peu le projet de loi. Il convient de mentionner que plusieurs amendements se fondent en outre sur les informations reçues très récemment de la Confédération (concernant notamment certaines modalités d'application de la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif) :

- La notion d'espace fermé a été revue : est fermé un espace couvert par un toit et entouré par des murs ou cloisons et non pas uniquement un mur. Cet amendement fait suite à une remarque de la Société des Hôteliers de Genève : la plupart des hôtels sont équipés d'une marquise située devant l'établissement et il aurait donc été interdit d'y fumer avec la formulation initiale de l'art. 2, al. 3.
- D'aucuns ont proposé que la future loi réglemente la problématique des personnes à mobilité réduite, fumeuses, sur leur lieu de travail. Le Conseil d'Etat a renoncé à introduire une telle exception, estimant qu'il revient aux exploitants/responsables d'aménager des solutions en fonction de la situation.
- Concernant la possibilité de prévoir des fumeurs, le Conseil d'Etat s'y oppose aux motifs suivants :
  - (1) l'article 178B de la Constitution, tel que voté par le peuple le 24 février dernier, ne laisse aucune latitude en la matière ;
  - (2) selon le Tribunal fédéral (cf. ATF 133 I 110 du 28 mars 2007), l'interdiction totale de fumer dans les lieux publics respecte les libertés fondamentales, moyennant certains aménagements dont les fumeurs ne font pas partie ;
  - (3) selon M. le Professeur Martenet (cf. avis de droit du 7 avril 2006), si on avait souhaité prévoir des fumeurs, il aurait fallu opposer un contre-projet à l'initiative « Fumée passive et Santé » ;
  - (4) seules deux dérogations ont été prévues par le Conseil d'Etat en la matière. La première concerne l'aéroport international de Genève (AIG) et se fonde sur le principe de la proportionnalité selon lequel on ne peut viser, par une interdiction totale, une population appelée à demeurer un certain temps dans un espace fermé, dont elle ne peut pas ou pas aisément en sortir (passagers en transit et requérants d'asile, ces derniers pouvant être retenus dans la zone transit de l'aéroport durant plusieurs jours). La deuxième concerne les commerces spécialisés dans la vente de tabac et se justifie par le respect de leur liberté économique en raison du caractère spécifique de leur activité.

- Concernant les exceptions (cf. art. 4), il convient d'abord de souligner que les cantons ne peuvent pas en prévoir plus que la loi fédérale. Autrement dit, les cantons peuvent ou s'en tenir aux exceptions prévues par la Confédération ou être plus restrictifs. Le Conseil d'Etat maintient ainsi les exceptions prévues (par ailleurs également contenues dans le rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 1<sup>er</sup> juin 2007 relatif à la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif). Dans cet état d'esprit, l'art. 4, al.1 a été modifié, reprenant la terminologie fédérale : les lieux à caractère privatif doivent être « isolés, ventilés de manière adéquate et désignés comme tel » (au lieu de « séparés, ventilés et désignés comme tel »). Enfin, il a retenu sur le principe l'amendement proposé par le Comité d'initiative « Fumée passive et Santé », lequel complète l'art. 4, al.1, lettre c avec « et dont ils ne peuvent sortir aisément compte tenu de leur état de santé ».
- Au niveau des pensions, les mêmes règles que pour les hôtels s'appliquent : il sera possible de fumer dans les chambres aux mêmes conditions que celles stipulées pour les chambres d'hôtel (cf. art. 4).
- S'agissant des obligations à charge des exploitants et des sanctions, le Conseil d'Etat, après consultation de l'Office fédéral de la santé publique, a également décidé de s'en remettre au droit fédéral, répondant ainsi aux questions soulevées par l'UDC, dans le cadre de la consultation :
  - (1) l'exploitant d'un lieu public ne sera en aucune manière tenu responsable du comportement d'un client fumant dans son établissement (il aura par contre toujours l'obligation d'afficher l'interdiction de fumer et de laisser libre accès aux locaux pour inspection);
  - (2) les sanctions à charge des exploitants ont été revues, allant dorénavant de 100 F à 1000 F.
- Au niveau des « cercles », lesquels ne sont pas accessibles au public, des précisions se sont avérées nécessaires au regard de la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif. N'étant pas accessibles au public, ils ne sont pas soumis à l'article 178B Cst-GE et peuvent donc être considérés comme une exception. Cependant, la loi fédérale prévoit qu'il est interdit de fumer sur les lieux de travail occupés par plusieurs personnes. Partant, si un cercle emploie du personnel, il sera donc soumis à la législation fédérale et aura en conséquence deux choix, s'il entend laisser la possibilité de fumer : ou sa surface est inférieure ou égale à 80m<sup>2</sup> et il pourra être autorisé comme établissement fumeur, ou il aménagera un fumoir.

- Les parasols chauffants : la loi cantonale sur l'énergie prévoit que seuls ceux consommant de l'énergie renouvelable – il en existe par exemple qui utilisent de l'éthanol – ou utilisant des techniques permettant des « rejets de chaleur » peuvent être autorisés.
- La Ville de Genève ainsi que l'UDC ont fait état des nuisances sonores dues aux fumeurs qui sortent des lieux publics pour fumer (en particulier les discothèques) : cette problématique relève expressément de la réglementation sur la tranquillité publique. La Police et les agents de sécurité municipaux (ASM) sont les garants de son application. Pour le Conseil d'Etat, il s'agit d'une tâche essentielle de police de proximité incombant donc d'abord aux ASM, lesquels n'interviendront donc pas de façon subsidiaire (l'intervention subsidiaire des ASM était un point demandé par l'Association des communes genevoises - ACG -).
- L'ACG demandait également que le produit des amendes soit partagé entre l'Etat et les communes. Le Conseil d'Etat n'est pas opposé à cette proposition, mais relève que cette thématique fait partie de la future loi sur les agents de sécurité municipaux, les contrôleurs municipaux du stationnement et les gardes auxiliaires des communes (PL 10078) actuellement en traitement au Grand Conseil.
- Enfin, la problématique des dates d'ouverture et de fermeture des terrasses relève très clairement de la responsabilité des communes : elles décident de ces dates en tenant compte notamment des intérêts des exploitants.

## **6. Le projet de loi relatif à l'interdiction de fumer en bref**

Au vu de ce qui précède, et au regard du règlement annulé par le Tribunal fédéral, les principales caractéristiques du projet de loi sont donc les suivantes :

- La notion de « lieu public » est explicitée : est considéré comme public le lieu qui d'une manière générale est accessible à tout le monde, en d'autres termes, donc l'accès n'est pas réservé à un cercle limité de personnes. Le corollaire de cette définition est que les cercles ne sont pas soumis à l'interdiction de fumer, pour autant qu'ils remplissent les conditions du droit fédéral.
- L'« espace fermé » est défini en se fondant sur l'acception relative aux lieux clos retenue par la Convention-cadre de l'OMS sur la lutte antitabac : dès lors qu'il y a un toit entouré de murs ou cloisons, l'espace est considéré comme fermé.

- Le PL précise également le terme de « produit » : les produits issus du tabac ou composés essentiellement ou partiellement de tabac sont interdits.
- Les exceptions de type « lieu privatif » (chambres d'hôpital, cellules d'établissement carcéral, chambres d'hôtel) sont maintenues; toutefois l'exploitant ou le responsable des lieux peut renoncer à introduire une telle exception.
- Les établissements LRDBH y compris les cantines, les clubs sportifs et les pensions (sous réserve des chambres, cf. art. 4 alinéa 1 lettre b) sont soumis à l'interdiction de fumer.
- Les fumeurs autorisés par le RIF pour les commerces spécialisés dans la vente de tabac et pour l'Aéroport international de Genève sont maintenus.
- Afin de garantir l'effectivité de l'interdiction, l'exploitant ou le responsable des lieux est tenu de signaler l'interdiction, de laisser libre accès à ses locaux pour inspection et peut faire appel à la force publique si nécessaire.
- enfin, les montants des sanctions sont alignés sur ceux prévus par le droit fédéral.

## 7. Commentaires par article

### Art. 1

#### *Alinéa 1*

Le but décrit dans cet article confirme l'engagement du canton de Genève à protéger sa population contre le tabagisme passif et rappelle que la présente loi constitue la mise en œuvre de l'article constitutionnel 178B voté par près de 80% du peuple genevois.

Une telle législation d'application s'avère nécessaire en vue de définir entre autres les lieux publics visés par l'interdiction de l'article 178B, les mesures de contrôle et les sanctions applicables.

#### *Alinéa 2*

Cette législation spécifique est compatible avec le droit fédéral en tant que la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif réserve explicitement la possibilité aux cantons d'adopter des dispositions plus strictes compte tenu de leur compétence de principe de protection de la santé publique (article 4 de la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif; cf. également ATF 128 I p. 295). Néanmoins, compte tenu de la primauté du droit fédéral (art. 49, al. 1 de la Constitution fédérale), le droit cantonal ne peut entraver la bonne application du droit fédéral. Il est donc important de rappeler ici que les législations fédérales sur la protection contre le tabagisme passif (délai référendaire au 22 janvier 2009) et sur le travail (LTr du 13 mars 1964, RS 822.11) sont également applicables.

A titre d'exemple, s'agissant des **fumoirs** qui pourront exceptionnellement être aménagés à Genève (article 4, alinéas 4 et 5 du projet), la loi fédérale sur le travail (LTr) impose que les mesures nécessaires soient prises en vue de protéger les employés. Dans le même sens, la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif impose que ces fumoirs soient exploités **sans service** (art. 2, alinéa 2 de la loi fédérale).

### Art. 2

#### *Alinéa 1*

L'alinéa 1 reprend la dénomination des lieux publics telle qu'elle est ancrée à l'alinéa 2 de l'article 178B Cst-GE. Elle recoupe pour le surplus le champ d'application défini par la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif en tant qu'il vise les espaces accessibles au public (article 1).

## Art. 2

### *Alinéas 2 et 3*

S'agissant des alinéas 2 et 3, il est important de définir les notions de lieux « accessibles au public » et de lieux « fermés » afin d'assurer une application uniforme de la loi et une formulation assez précise pour permettre une bonne compréhension de son champ d'application (principe de prévisibilité).

En ce qui concerne l'**accessibilité** au public, la définition proposée se conforme à celle figurant dans d'autres législations cantonales, notamment celles d'Uri et de Saint-Gall. Elle permet de préciser que les locaux dont l'accès est réservé à des usagers ayant un statut répondant à des critères précis et préalablement établis ne peuvent être considérés comme accessibles au public, ce qui est par exemple le cas des cercles (cf. article 4, alinéa 3 du projet).

Quant à la notion de lieux publics **fermés**, elle s'appuie sur la définition des lieux « clos » préconisée par les principes directeurs élaborés en vue de l'application de la Convention-cadre de l'OMS sur la lutte antitabac, signée par la Suisse le 25 juin 2004. Il doit être ainsi retenu qu'un lieu public dit « fermé » est muni d'un toit entouré de murs ou cloisons. Peu importe que ces murs ou cloisons soient permanents ou temporaires, seules étant décisives la circulation et la qualité de l'air. Cela permet une protection large contre l'exposition à la fumée du tabac dans la mesure où l'interdiction de fumer s'étend ainsi à des lieux extérieurs ou semi-ouverts, tout en respectant le périmètre délimité par l'article 178B Cst-GE.

S'agissant de la problématique particulière des terrasses, il est rappelé que les communes sont compétentes en matière de délivrance d'autorisations relatives à l'utilisation du domaine public et fixent les dates d'installation en tenant compte notamment des intérêts des exploitants. Seule l'utilisation de parasols fonctionnant exclusivement à l'aide d'énergies renouvelables ou de rejets de chaleur est autorisée dans le cadre de la législation actuelle (article 22A de la loi sur l'énergie, du 18 septembre 1986, RSGE L 2 30).

## Art. 3

Cet article vise à détailler le champ d'application de l'art. 178B Cst-GE, plus précisément son alinéa 3. A noter qu'une telle énumération ne peut être exhaustive, raison pour laquelle il a été décidé d'insérer le mot « notamment ». A noter encore que cette énumération se calque sur celle de l'article 1 de la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif et la complète, lorsque nécessaire, sur la base de la jurisprudence rendue en lien

avec d'autres législations cantonales (cf. ci-après le commentaire par rapport aux maisons de jeux, lettre e).

### **Art. 3**

#### *lettre a*

Cette lettre reprend l'énumération faite à l'art. 178B, al. 3 let. a Cst-GE.

Il importe de préciser qu'en raison d'une répartition des compétences opérées par la Constitution fédérale entre la Confédération et les cantons, les bâtiments fédéraux ne sont pas compris dans cette énumération (IN 129-A, p. 9). Ceci est du reste confirmé par l'art. 62f de la loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, du 21 mars 1997 (RS 172.010), qui traite du droit du domicile de la Confédération sur les bâtiments lui appartenant.

Quant aux bâtiments et locaux visés par un accord de siège prévoyant leur extra-territorialité et leur inviolabilité, ils ne sont pas non plus couverts (cf. avis de droit du prof. Vincent Martenet, page 9). Plus précisément, s'agissant des bâtiments diplomatiques et consulaires, non seulement leur accès n'est pas forcément ouvert au public, mais de plus, les sanctions existantes en droit suisse ne peuvent être exécutées à leur encontre compte tenu de l'inviolabilité de leurs locaux (Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, du 18 avril 1961 RS 0.191.01 et Convention de Vienne sur les relations consulaires, du 24 avril 1963 RS 0.191.02).

### **Art. 3**

#### *lettre b*

Il a été décidé d'utiliser les notions d'hôpitaux et d'autres institutions de santé à des fins de simplification et d'unification eu égard à la législation genevoise en matière de santé (loi sur la santé, du 7 avril 2006, RSGE K 1 03 ci-après : LS). Ainsi, les institutions de santé visées en sus des hôpitaux sont celles énumérées à l'art. 100 LS, soit les établissements médicaux privés et publics, les établissements médico-sociaux, les organisations d'aide et de soins à domicile, les laboratoires d'analyses ou de recherches médicales, les services d'ambulance, les institutions de lutte contre les dépendances, les institutions de promotion de la santé et de prévention, les autres institutions spécialisées, les pharmacies publiques, les drogueries et les commerces d'opticien.

Il est en outre mentionné qu'une exception concernant les chambres des hôpitaux, des cliniques et d'autres lieux de soins est prévue à l'article 4, alinéa 1, lettre c de la présente loi.

**Art. 3***lettre c*

La présente disposition soumet à l'interdiction de fumer tous les établissements de formation, les écoles et les garderies, que ceux-ci soient publics ou privés. A noter que pour les établissements privés, la législation actuelle impose déjà le respect des normes d'hygiène dans le cadre de l'enseignement (article 2, alinéa 1 du règlement relatif à l'enseignement privé, du 28 juillet 1971, RSGE, C 1 10.83).

**Art. 3***lettre d*

Cette lettre reprend l'énumération faite à l'art. 178B, al. 3 let. b Cst-GE en tant que ces bâtiments n'ont pas déjà été visés par un autre alinéa.

**Art. 3***lettre e*

Les maisons de jeux ne sont pas expressément mentionnées à l'art. 178B Cst-GE. Afin de lever tout doute, il est néanmoins jugé nécessaire de les citer puisque les casinos se situent dans des bâtiments fermés et accessibles au public. Le fait que leur accès puisse être restreint (art. 23 de la loi fédérale sur les jeux de hasard et les maisons de jeux, du 18 décembre 1998, RS 935.52) n'y change rien dans la mesure où il s'agit de restrictions d'accès qui sont facultatives, pas forcément préétablies et qui ne limitent pas l'entrée à un cercle de personnes étroitement délimité.

Le Tribunal fédéral a du reste d'ores et déjà tranché la question dans un arrêt du 19 février 2008 (2C\_165/2007/biz). Il a en effet estimé, s'agissant de la législation tessinoise en matière d'interdiction de fumer dans les lieux publics, que même si les maisons de jeux n'étaient pas expressément mentionnées, il ne faisait nul doute que l'interdiction générale voulue les couvrait également. Se référant à l'une de ses décisions précédentes (ATF 133 I 110 du 28 mars 2007 dans le cadre de la validité de l'IN 129), le Tribunal fédéral a précisé que l'interdiction de fumer dans les établissements publics (restaurants, cafés et hôtels) ne touchait pas directement au libre exercice de la profession, ce d'autant plus qu'il n'avait pas été démontré qu'une diminution du chiffre d'affaires en avait découlé. Il a conclu en indiquant que la situation des maisons de jeux, sous cet angle, était identique à celle des établissements publics.

En conséquence, il se justifie pleinement de soumettre les maisons de jeux à l'interdiction de fumer.

**Art. 3***lettre f*

Compte tenu du fait qu'il s'agit de lieux intérieurs ou fermés et accessibles au public, il convient de soumettre les commerces, les centres commerciaux et les galeries marchandes à l'interdiction de fumer.

**Art. 3***lettre g*

Les lieux de détention ou d'internement sont également concernés par l'interdiction de fumer puisque la santé du personnel et du public doit aussi y être protégée (cf. également sur ce point l'avis de droit du professeur Vincent Martenet, pages 30 et 33). Pour cette raison, il est décidé de citer expressément les établissements d'exécution des peines et des mesures dans le champ d'application de la présente loi.

Il est en outre mentionné qu'une exception concernant les cellules de détention et d'internement est prévue à l'article 4, alinéa 1, lettre a de la présente loi.

**Art. 3***lettre h*

Cette lettre reprend l'art. 178B al. 3 let. d Cst-GE.

**Art. 3***lettre i*

Cette lettre reprend l'art. 178B al. 3 let. c Cst-GE.

La soumission des établissements LRDBH à l'interdiction de fumer est importante car elle permet une protection de la santé du public et du personnel concerné.

Il est en outre mentionné qu'une exception concernant les cercles est prévue à l'article 4, alinéa 3 de la présente loi.

**Art. 4***Alinéa 1 Lieux à caractère privatif*

Dans le cadre de son analyse sur l'existence d'une atteinte à la dignité humaine et à la liberté personnelle par l'IN 129, le professeur Vincent Martenet a relevé qu'en visant tous les bâtiments dépendant de l'Etat ainsi que tous les locaux ouverts au public, l'interdiction de fumer telle que voulue par l'article 178B Cst-GE était très restrictive et pouvait affecter des personnes au

point qu'elles se trouvent dans la quasi-impossibilité de fumer (avis de droit, pages 11 et ss). Ces considérations l'ont amené à proposer au Grand Conseil, d'une part, une invalidation partielle de l'IN 129, de manière à restreindre la portée de l'interdiction aux seules **parties publiques des lieux publics**, et, d'autre part, des réserves d'interprétation portant sur la situation des détenus, des pensionnaires d'établissements de santé (publics ou privés) et des clients des lieux d'hébergement (avis de droit, pages 50 à 52). C'est ainsi le caractère privatif des cellules de détention, des chambres des lieux de soins et des lieux d'hébergement qui a motivé les réserves formulées par le professeur Vincent Martenet.

La commission législative du Grand Conseil a pour sa part estimé à sa majorité que l'invalidation partielle se justifiait de même que les réserves d'interprétation formulées par le professeur Martenet en tant qu'elles permettaient de garantir tant le respect des droits populaires que celui des droits fondamentaux en jeu (IN 129-B page 12).

Amené à se prononcer sur la validité de l'IN 129, le Tribunal fédéral a de même considéré qu'un certain nombre d'exceptions devait accompagner l'interdiction conformément à la volonté manifestée par le Grand Conseil lors des travaux préparatoires (ATF 133 I 110 du 28 mars 2007, cons. 6.2). A ce propos, il a d'ailleurs relevé que les parties au recours sur la recevabilité de l'initiative s'accordaient sur le fait que l'interdiction générale de fumer devait être assortie d'exceptions pour tenir compte des situations particulières dans lesquelles les personnes désireuses de fumer se trouvent lorsqu'elles sont appelées à demeurer un certain temps dans un espace fermé dont elles ne peuvent aisément sortir. En effet, l'interdiction absolue de fumer dans de tels lieux équivaldrait pour elles à une interdiction permanente de fumer. Et le Tribunal fédéral d'évoquer ici le cas particulier des détenus et des pensionnaires d'établissements médicaux (cons. 7.3). A propos de la proportionnalité de l'interdiction, le Tribunal fédéral a encore mentionné le cas des chambres d'hôtels et d'hébergement, à usage privatif, dans lesquels le problème de la fumée passive se pose – de son point de vue – avec moins d'acuité et dont les occupants peuvent se prévaloir d'un droit à la protection de leur sphère privée (cons. 7.3).

S'agissant enfin de la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif, il est important de noter qu'elle prévoit que le Conseil fédéral devra régir de manière spécifique la situation dans les établissements de détention ainsi que dans les établissements de séjour permanent ou prolongé (article 2, alinéa 3). A ce propos le rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique au Conseil national, du 1<sup>er</sup> juin 2007, mentionne la nécessité de dérogations pour les lieux assimilés au domicile (chambres d'hôtel ou

établissements de type sanitaire, social ou médico-social) ainsi que pour les lieux de détention et ce dans un souci de proportionnalité (FF 2007 V, p. 5866 et 5871).

Dans la mesure où l'interprétation de l'article 178B Cst-GE doit se fonder sur les travaux préparatoires et les intentions qui ont été clairement exposées à cette occasion, tout en restant conforme au droit supérieur, le présent projet de loi prévoit la possibilité de formuler des exceptions portant sur les catégories suivantes :

- les cellules de détention et d'internement

Sur le principe, nous rappelons que la direction de l'Office pénitentiaire, dans sa position du 30 mars 2006, a fait état de l'impossibilité de mettre en œuvre une interdiction de fumer totale dans les lieux de détention pour des raisons pratiques et légales (cf. réponses annexées à l'avis de droit du professeur Vincent Martenet).

De jurisprudence constante en effet, la liberté personnelle ainsi que la protection de la sphère privée sont tout particulièrement protégées dans les lieux de détention, que celle-ci soit pénale, civile ou administrative, de sorte qu'une interdiction totale serait manifestement disproportionnée (cf. également sur ce point le rapport du Conseil d'Etat, IN 129-A page 13 et l'avis de droit du professeur Vincent Martenet, pages 30 et ss).

S'agissant par ailleurs d'une solution qui viserait à accroître le nombre de sorties à l'air libre des fumeurs (et non-fumeurs), la direction de l'Office pénitentiaire a relevé qu'elle se heurterait à des obstacles de sécurité vu les risques inhérents aux mouvements de détenus à l'intérieur comme à l'extérieur des bâtiments cellulaires (cf. avis de droit du professeur Vincent Martenet, page 31).

Au vu de ce qui précède et du caractère essentiellement privatif des cellules, le présent projet propose de laisser aux responsables des établissements la possibilité de prévoir des exceptions à l'interdiction de fumer dans des cellules pour autant qu'elles soient isolées des autres espaces et ventilées de manière adéquate. Il en va du respect de la liberté personnelle et de la sphère privée des détenus qui sont amenés à y demeurer, généralement de manière durable. Des cellules collectives réservées à des fumeurs sont aussi envisageables. En tout état de cause, ces aménagements devront garantir que les nuisances liées à la consommation du tabac restent cantonnées aux cellules. Il va de soi que les détenus pourront également fumer lors des promenades à l'extérieur.

La situation des patients en milieu fermé d'un hôpital psychiatrique, qui n'ont pas la possibilité de sortir fréquemment du bâtiment, est comparable à

celle des détenus de sorte que la même solution s'impose (cf. avis de droit du professeur Vincent Martenet, p. 33).

- les chambres d'hôtels et d'autres lieux d'hébergement

Les lieux d'hébergement sont indiscutablement visés par l'interdiction totale de fumer telle que formulée à l'article 178B, al. 3 lettre c Cst-GE. Du point de vue de la protection du public, l'interdiction doit manifestement viser tous les lieux collectifs, de réunion et de passage. Toutefois, une interdiction qui irait jusqu'à s'appliquer à toutes les chambres d'un hôtel ou d'une pension toucherait manifestement les personnes dans leur sphère privée, en tant que ces lieux sont de véritables substituts de domicile, temporaires ou durables. Ces établissements relèvent pour le surplus de propriétés privées.

C'est la raison pour laquelle tant le professeur Vincent Martenet (cf. avis de droit, pages 46 et ss) que le Tribunal fédéral (ATF 133 I 110, cons. 7.3) ont admis la possibilité de prévoir des exceptions dans ce domaine. Celles-ci sont bien entendu admissibles dans la mesure où les chambres désignées comme "fumeurs" sont isolées des autres espaces et ventilées de manière adéquate. L'aménagement de plages horaires pendant lesquelles la fumée est interdite peut également être prévu par l'exploitant de manière à protéger le personnel. Une telle exception reste dans un rapport raisonnable entre les droits fondamentaux des clients/pensionnaires et l'intérêt de santé publique.

- les chambres d'hôpitaux et d'autres lieux de soins

Les hôpitaux et autres lieux de soins, qu'ils soient de nature publique ou privée, se trouvent dans une situation particulière dans la mesure où ils accueillent des patients qui peuvent y séjourner durablement. Si une interdiction totale de fumer dans les lieux de passage ou de réunion ne pose guère de problème, en revanche l'appréciation doit être nuancée pour les chambres qui ont un caractère privatif marqué, en particulier lorsque les patients sont amenés à y séjourner de manière prolongée sans possibilité d'en sortir aisément compte tenu de leur traitement ou état de santé. Dans cette dernière hypothèse, les chambres deviennent de véritables **substituts de domicile** et une interdiction de fumer pourrait être constitutive d'une atteinte à la liberté personnelle doublée d'une atteinte à la vie privée (cf. également sur ce point l'avis de droit du professeur Vincent Martenet pages 12-13, p. 35 et p. 37).

Au vu de ce qui précède, et afin de respecter le principe de proportionnalité, un assouplissement à l'interdiction de fumer dans les chambres est donc nécessaire comme l'a relevé le Tribunal fédéral (ATF 133 I 110 du 28 mars 2007, cons. 7.3). En revanche, la solution visant à la mise en place de fumeurs doit elle être écartée pour des motifs liés à

l'efficacité de l'interdiction (cf. avis de droit du professeur Vincent Martenet, p. 35 et p. 27)

A noter encore qu'un tel assouplissement se justifie d'autant plus pour les lieux de soins dépendant d'institutions privées (article 178B, alinéa 3, lettre b Cst-GE). En effet, l'Etat doit s'imposer une certaine retenue s'agissant des bâtiments privés du fait de la garantie de la propriété et de l'absence d'un rapport particulier entre l'Etat, le personnel et les patients dans ce cadre (cf. avis de droit du professeur Vincent Martenet, page 37).

Il faut donc admettre qu'une dérogation à l'interdiction de fumer pour les chambres des hôpitaux et des autres lieux de soins reste dans un rapport raisonnable entre le respect de la liberté personnelle des patients ainsi que de leur sphère privée et les intérêts publics de protection de la santé et du respect de l'hygiène publique. Certes, pour être admissible, la dérogation ne pourra concerner que des chambres individuelles ou collectives consacrées exclusivement à des fumeurs, isolées des autres espaces et ventilées de manière adéquate. Des restrictions d'horaires, à déterminer par les exploitants des bâtiments, en vue de protéger le personnel soignant et les visiteurs sont au surplus parfaitement envisageables.

Nous concluons en mentionnant que l'on ne saurait parler d'une "régression" pour les institutions de soins qui consacrent déjà une interdiction totale de fumer, et nous pensons ici en particulier aux Hôpitaux universitaires de Genève. En tant qu'établissement public autonome, ils conservent en effet toute latitude de prévoir que la fumée ne soit autorisée que dans des situations particulières ou qu'elle soit même complètement exclue compte tenu des impératifs de fonctionnement et de protection du personnel. Les établissements publics disposent en effet du *Hausrecht*, soit du pouvoir d'édicter certaines règles dans leur sphère de puissance et dans leurs relations avec les usagers, notamment des règles de discipline, ce bien entendu dans les limites des lois et ordonnances (ATF 98 Ib 306, 97 I 835; André Grisel, *Traité de droit administratif*, éditions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1984, p. 241-242 et p. 318).

### *Alinéa 2*

Nous venons d'évoquer à propos de l'art. 4, al. 1 les motifs qui militent en faveur de dérogations possibles s'agissant des chambres d'hébergement, de lieux de soins et des cellules de détention. Il n'en reste pas moins qu'il appartient aux exploitants ou responsables des lieux publics de définir par règlement interne l'aménagement de ces dérogations pour tenir compte des situations particulières des détenus/patients/clients, des impératifs de fonctionnement des établissements (exigences de sécurité, organisation des

soins, etc.) ainsi que de la protection du personnel telle qu'exigée par la législation fédérale sur le travail. Nous rappellerons ici l'autonomie dont jouissent les établissements publics pour l'exécution de la mission déléguée par le législateur (André Grisel, op. cit., page 318) et la retenue dont doit faire preuve l'Etat s'agissant de bâtiments de droit privé, telle qu'évoquée par le professeur Vincent Martenet (avis de droit, page 37).

De manière à s'assurer que ces dérogations répondent aux exigences légales posées, notamment en lien avec la ventilation et la séparation des locaux, et restent dans un rapport raisonnable entre les intérêts publics et privés en jeu, les modalités d'exécution devront être soumises à l'approbation du département en charge de la santé, autorité de surveillance sanitaire au sens de la loi sur la santé, du 7 avril 2006 (RSGE K 1 03). Les responsables disposent pour ce faire d'un délai transitoire de 12 mois (article 11 de la présente loi).

A noter enfin que l'Etat et, d'une manière générale, les institutions concernées par l'interdiction devront tenir compte de manière appropriée de la situation particulière dans laquelle se trouvent les personnes à mobilité réduite pour lesquelles une interdiction totale de fumer, notamment sur leur lieux de travail, pourrait selon les cas apparaître disproportionnée. De telles situations, vu leur caractère très spécifique, ne peuvent toutefois pas faire l'objet d'une exception générale.

### *Alinéa 3 Cercles*

L'interdiction de fumer dans les établissements de restauration et de débit de boissons (LRDBH) est certainement l'un des points les plus sujets à controverse dans le cadre du débat sur le tabagisme passif. Ceci s'explique d'autant plus à Genève par le fait que l'art. 178B Cst-GE a consacré une interdiction **totale** de fumer alors que d'autres législations cantonales (VS, ZH, ZG, UR, TI, SG, NW, SO, LU, GR, BE, BS, BL, AR), de même que la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif prévoient pour leur part des interdictions **partielles** soit en lien avec l'existence de fumoirs soit en lien avec la surface des établissements.

Il n'y a guère de sens aujourd'hui de reprendre ici le débat sur la possibilité d'autoriser des **fumoirs dans les établissements LRDBH** dans le cadre de la législation genevoise, d'une part car une telle solution apparaîtrait manifestement contraire aux travaux préparatoires et à l'esprit de l'IN 129 et, d'autre part, la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif réserve expressément aux cantons la possibilité d'adopter des normes plus restrictives (art. 4).

S'agissant des travaux préparatoires, il convient de relever que le professeur Vincent Martenet, entendu par la commission législative chargée d'étudier la validité de l'initiative, a précisé très clairement qu'un contre-projet à l'IN 129 était inutile s'agissant des cellules, des lieux de soins et d'hébergement, l'invalidation partielle proposée – et adoptée – permettant de résoudre cette question; en revanche un contre-projet se justifiait si l'optique était d'autoriser des salles fumeurs dans certains établissements publics. Or, un tel contre-projet n'a pas été présenté au peuple, **le Grand Conseil ayant jugé que l'interdiction totale restait encore dans le cadre de ce qui est permis en vertu du principe de la proportionnalité** (cf. avis de droit du professeur Vincent Martenet, pages 41 et ss, en particulier 43 et 45 et rapport IN 129-B, page 11-12). **C'est donc bien une interdiction totale de fumer, sans possibilité d'autoriser des fumeurs, qui a été plébiscitée à 80% par le peuple.**

Dans le même sens et du point de vue de la proportionnalité, le Tribunal fédéral a jugé qu'au regard d'autres solutions, telles la création d'espaces ou de coins fumeurs, l'aménagement d'horaires, ou la ventilation des locaux, **l'interdiction générale de fumer présente des avantages déterminant du point de vue du résultat recherché** dans la mesure où « *seule une règle claire et sans ambiguïté est à même d'engendrer un réel changement dans les habitudes, tout en évitant de nombreuses difficultés d'interprétation et d'application* » (ATF 133 I 110 du 28 mars 2007, cons. 7.2). A propos des établissements LRDBH, le Tribunal fédéral s'est encore exprimé en ces termes :

*« L'interdiction de fumer dans les établissements publics tels que les restaurants, les bars et les hôtels n'affecte pas directement les exploitants dans le libre exercice de leur profession. Il n'est au demeurant pas démontré que l'interdiction de fumer entraînera une diminution du chiffre d'affaires (cf. FF 2006 p. 3553, note 9). Il est vrai qu'elle rendra a priori impossible l'exploitation d'établissements qui seraient exclusivement consacrés à la consommation de tabac (bars à cigares ou à narghilés). Dans ces endroits, fréquentés exclusivement par des fumeurs (sous réserve des employés dont la protection relève, on l'a vu, de la LTr), le problème de la fumée passive ne se pose pas dans les mêmes termes, ce qui pourrait également justifier une dérogation dans la loi; la possibilité existe en outre de faire de ces établissements des **clubs privés**. Ces aménagements pourront, eux aussi, être prévus dans la législation d'application. »* (cons. 7.4).

Dans la droite ligne des considérants du Tribunal fédéral, et au vu de la définition des lieux publics posée à l'article 2, force est de considérer que les cercles (clubs privés), dont l'accès est restreint à un nombre limité de

personnes étroitement déterminées par le but de l'association, ne sont pas soumis à l'interdiction de fumer. En effet, leur accès est réservé aux seuls membres de l'association dont la liste doit être communiquée à l'autorité compétente (art. 38 LRDBH et art. 5, al. 2 et 44 de son règlement). Des invités ne sont autorisés qu'à titre exceptionnel (art. 27, al. 3 du règlement d'exécution de la LRDBH). De plus, leurs conditions restrictives d'exploitation, en particulier l'absence d'enseigne et de publicité (art. 31 et 32 LRDBH) ainsi que l'interdiction d'exploiter simultanément un café-restaurant et un cercle (article 31, al. 2 du règlement d'exécution de la LRDBH) sont de nature à éviter une distorsion de concurrence susceptible de nuire aux autres établissements publics. Il n'est pas inutile de mentionner ici que le non-respect des conditions légales relatives à l'exploitation des cercles peut entraîner des sanctions extrêmement lourdes en termes d'amendes (jusqu'à 60'000 F) et d'autorisation d'exploiter (articles 67 et suivants LRDBH).

A noter enfin qu'avec l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif, les cercles seront soumis au régime fédéral du moment qu'ils occupent du personnel (article 1 de la loi fédérale). Dans ce cas, ils auront donc le choix, s'ils entendent rester fumeurs, entre l'aménagement d'un fumoir isolé, désigné comme tel et doté d'une ventilation adéquate, et l'exploitation en tant qu'établissements fumeurs pour autant notamment que leur surface accessible au public soit égale ou inférieure à 80 m<sup>2</sup> (article 2, alinéa 2 et article 3 de la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif).

#### *Alinéa 4 Commerces spécialisés dans la vente de tabac*

L'interdiction de fumer peut entraver le libre exercice de l'activité de marchand de tabac dans la mesure où cette activité nécessite l'existence d'un local de dégustation important pour la politique commerciale.

Compte tenu du principe de proportionnalité qui doit guider toute intervention étatique et de la situation particulière de ces commerces, il se justifie de leur permettre de disposer d'un local de dégustation réservé à la clientèle, isolé des autres espaces et ventilé de manière adéquate. Une telle solution a du reste été esquissée dans l'avis de droit du professeur Vincent Martenet (pages 39 et ss) et les conditions posées par le présent projet de loi paraissent suffisamment restrictives pour assurer le respect de la protection du public et des travailleurs.

Il doit être souligné ici que cette exception ne vise que l'espace de dégustation d'un commerce spécialisé dans la vente de tabac, ce qui ne saurait se confondre ni avec un magasin de tabac et journaux ni avec l'exploitation

d'un établissement de débit de boissons et de restauration au sens de la LRDBH (bar-tabac).

La solution proposée ici est par ailleurs compatible avec la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif qui admet de manière générale la possibilité d'aménager des fumeurs dans les espaces accessibles au public (article 1, alinéa 2 lettre j et article 2, alinéa 2 de la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif).

### *Alinéa 5 Aéroport international de Genève*

L'Aéroport international de Genève (ci-après : l'aéroport) est un bâtiment public, exploité par un établissement public. Il ne fait ainsi aucun doute qu'il est un lieu public soumis à l'interdiction de fumer.

L'exception du fumeur de l'aéroport est toutefois nécessaire pour tenir compte de la situation particulière des voyageurs (fumeurs) en transit ainsi que des requérants d'asile, et appliquer à ceux-ci une mesure qui soit conforme au principe de proportionnalité. Elle est par ailleurs compatible avec le droit fédéral qui admet de manière générale la possibilité d'aménager des fumeurs (article 2, alinéa 2 de la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif).

A titre liminaire, il est relevé ici que l'exception proposée a une portée extrêmement restreinte puisqu'elle vise un fumeur isolé pour les passagers qui se trouvent **en zone de transit**, soit après les contrôles douaniers et policiers. Elle définit ainsi un local unique et fermé, isolé des autres espaces, ne bénéficiant d'aucun service et ouvert à un cercle étroit de personnes. Les autres voyageurs non fumeurs ou le personnel de l'aéroport ne seront donc pas en contact avec la fumée.

Par ailleurs, sur le fond, une telle exception s'impose en raison du principe de la proportionnalité. En effet, et comme le rappelle le professeur Vincent Martenet dans son avis de droit (avis de droit du 7 avril 2006, page 47), il ne faut pas négliger l'effet cumulé des différents cas d'application de l'interdiction de fumer, particulièrement pour une personne en voyage, professionnel notamment.

Il est relevé ici que l'aéroport constitue un espace clos avec des voies d'accès et de sorties limitées, tant pour des raisons de respect des prescriptions douanières et des frontières que pour des motifs de sécurité.

De plus, nombre de voyageurs transitant par Cointrin sont citoyens de pays pour lesquels la Suisse exige un visa d'entrée sur son territoire. Pour un simple transit par l'aéroport, le visa n'est cependant pas exigé de sorte qu'il est **impossible** pour ces voyageurs de sortir de l'aéroport sur sol suisse pour

fumer une cigarette. La directive de l'OFAC sur l'avitaillement des aéronefs en carburant imposant par ailleurs une interdiction de fumer sur les aires de trafic (qui comprennent le tarmac), il faut ainsi retenir que les voyageurs (fumeurs) nécessitant l'obtention d'un visa d'entrée en Suisse n'ont pas d'autre alternative que de rester à l'intérieur de l'aéroport.

Or, le temps d'attente entre deux vols est rarement inférieur à quarante-cinq minutes et peut durer jusqu'à plusieurs heures. Il vient par ailleurs s'ajouter à la durée du voyage antérieur et du voyage postérieur dont il doit être tenu compte. A cet égard, il sied encore de souligner que de priver complètement une personne de fumer peut contribuer à augmenter son niveau de stress et sa nervosité avant l'envol. L'existence d'un fumoir en zone de transit peut diminuer ce facteur de risque et concourir ainsi à la sécurité à bord.

Enfin, il faut aussi garder à l'esprit que les personnes qui déposent une demande d'asile lors de leur arrivée à l'aéroport sont contraintes de demeurer dans l'enceinte aéroportuaire jusqu'au moment où l'autorité fédérale compétente a pris une première décision à leur égard. C'est un délai de plusieurs jours qui est souvent nécessaire. Or, le fumoir de l'aéroport est le seul lieu qui peut être mis à disposition de ces personnes pour pouvoir fumer durant cette phase d'attente (cf. ordonnance du DFJP relative à l'exploitation des logements de la Confédération dans le domaine de l'asile, du 24 novembre 2007, RS 142.311.23).

Enfin, il faut relever encore que dans son arrêt du 28 mars 2007 (ATF 133 I 110, cons. 7.3), le Tribunal fédéral a expressément considéré que les situations particulières dans lesquelles pouvaient se trouver certains fumeurs appelaient une application spécifique du principe de proportionnalité :

*« Les parties s'accordent sur le fait que, pour être conforme au principe de la proportionnalité au sens étroit, l'interdiction générale de fumer dans les lieux publics doit être assortie d'exceptions. Il s'agit en effet de tenir compte des situations particulières dans lesquelles la personne désireuse de fumer est appelée à demeurer un certain temps dans un espace fermé dont elle ne peut pas, ou pas aisément, sortir, ce qui équivaudrait pour elle à une interdiction permanente de fumer ... »*

Il faut donc admettre que les principes énoncés ci-dessus par le Tribunal fédéral trouvent une parfaite application en ce qui concerne les voyageurs (fumeurs) en transit par l'aéroport de Cointrin.

**Art. 5**

Compte tenu de l'évolution et de la multiplication des produits destinés à la consommation du tabac, il appert que la cigarette n'a plus le monopole des effets néfastes de la fumée passive. Vu les nombreuses questions d'ores et déjà posées à ce sujet durant la phase d'élaboration de la norme constitutionnelle, il est nécessaire de préciser quels produits sont visés par l'interdiction.

Ainsi, référence faite à la définition posée par la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac signée par le Suisse le 25 juin 2004 et à l'ordonnance fédérale sur les produits du tabac et les produits contenant des succédanés de tabac destinés à être fumés (ordonnance du 27 octobre 2004, RS 817.06), il a été décidé d'interdire les produits fabriqués entièrement ou partiellement à partir de tabac. Sont ainsi notamment visés les cigares, les pipes, les beedies, et les narghilés.

A noter encore que l'e-cigarette avec nicotine est pour l'heure interdite en Suisse (art. 37 al. 3 de l'ordonnance fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels, du 23 novembre 2005, RS 817.02)

**Art. 6***Alinéa 1*

Afin de permettre une application optimale de la présente loi et donc de la protection contre le tabagisme passif, l'obligation est prévue pour l'exploitant ou le responsable des lieux de signaler l'interdiction de fumer de manière adéquate.

**Art. 6***Alinéas 2 et 3*

L'exploitant ou le responsable des lieux publics est un acteur essentiel de la mise en œuvre de l'interdiction. Par son obligation d'afficher l'interdiction et en enjoignant aux usagers de la respecter, il contribue à la bonne application de la loi. En cas de non respect, il peut faire appel à la force publique.

Il est rappelé d'une manière générale que l'exploitant d'un établissement LRDBH répond du comportement adopté par les personnes participant à l'exploitation de l'établissement (article 21 LRDBH, RSGE I 2 21) de même que le responsable d'un lieu public répond d'une manière générale du comportement de ses auxiliaires (article 101 du code des obligations, du 30 mars 1911, RS 220).

**Art. 6*****Alinéa 4***

Enfin, il est encore précisé que l'exploitant ou le responsable des lieux publics doit laisser les agents publics procéder à des inspections, au même titre que ce qui est d'ores et déjà prévu par la LRDBH pour les établissements de restauration (article 26 LRDBH, RSGE I 2 21).

**Art. 7*****Alinéa 1***

Il convient logiquement de confier l'application de la présente loi au département en charge de la santé en tant que département exerçant la surveillance dans ce domaine et eu égard aux tâches de prévention inscrites dans la loi sur la santé, du 7 avril 2006 (RSGE K 1 03).

**Art. 7*****Alinéas 2 à 4***

Compte tenu de la portée extrêmement vaste de l'interdiction, qui vise tous les bâtiments publics et privés accessibles au public, des processus de collaboration et d'échange d'informations avec les agents publics déjà en charge du contrôle d'autres prescriptions de police doivent être institutionnalisés pour garantir une application efficiente de la loi et répondre aux attentes de la population.

Il faut mentionner ici non seulement les agents de police et les agents de sécurité municipaux, chargés de l'application des prescriptions de police de manière générale ou par délégation de tâches (art. 3, al. 1 lettre b et 4, al. 6 de la loi sur police, du 26 octobre 1957, F 1 05), mais également les agents du service du commerce et du service de la consommation et des affaires vétérinaires chargés du contrôle des établissements LRDBH.

A noter encore que les dossiers et fichiers de police étant rigoureusement secrets (art. 1A de la loi sur les renseignements et les dossiers de police et la délivrance des certificats de bonne vie et mœurs, du 29 septembre 1977, RSGE F 1 25) il convient de prévoir la transmission de ces rapports au département en charge de la santé en l'inscrivant dans une base légale. Dans le même sens du reste, le projet de loi sur les agents de sécurité municipaux, les contrôleurs municipaux du stationnement et les gardes auxiliaires des communes (PL 10178), prévoit la transmission des rapports et constats des agents aux autorités compétentes (art. 5, al. 3).

**Art. 8***Alinéa 1*

S'agissant du fumeur, celui qui brave l'interdiction est punissable, conformément à la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif (article 8, alinéa 1, lettre a du présent projet et article 5, alinéa 1, lettre a de la loi fédérale).

S'agissant de l'exploitant ou du responsable (article 8, alinéa 1, lettres b et c du présent projet), le législateur fédéral a délibérément choisi de ne pas le punir lorsqu'il omet de faire respecter l'obligation de fumer (FF 2007, p. 5867). Cette volonté s'impose aux cantons compte tenu de la primauté du droit fédéral (art. 49, al. 1 de la Constitution fédérale). Il n'en reste pas moins que les cantons sont compétents pour imposer d'autres devoirs à l'exploitant ou au responsable (article 4 de la loi fédérale) et pour prévoir en conséquence les sanctions pénales permettant d'obtenir leur exécution (art. 335 ch. 1 du code pénal suisse, du 21 décembre 1937, RS 311.0 - CPS). Ainsi, l'exploitant ou le responsable n'est punissable que s'il ne s'acquitte pas de ses obligations spécifiques de signaler l'interdiction de fumer et de laisser libre accès à ses locaux pour inspection ou s'il viole les conditions d'aménagement de lieux/locaux fumeurs telles que fixées par le présent projet de loi et le droit fédéral (articles 4 et 6, alinéas 1 et 4 du présent projet de loi et article 2, alinéas 2 et 3 et article 5 alinéa 1 let. b de la loi fédérale).

Pour le surplus, les montants des sanctions sont adaptés au droit fédéral (art. 5, alinéa 1 de la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif) et la fourchette prévue (100 F à 1'000 F) permet de tenir compte des circonstances particulières de l'infraction (antécédents, situation personnelle du sanctionné) conformément aux principes du nouveau droit des sanctions (notamment article 49 CPS).

**Art. 8***Alinéa 2*

Conformément à l'article 212, alinéa 1 du code de procédure pénale genevois (RSGE E 4 20), le service des contraventions est compétent pour prononcer l'amende.

**Art. 8***Alinéa 3*

La communication d'office des jugements pénaux au département a pour but d'assurer une application optimale de la loi grâce à une meilleure visibilité sur les décisions rendues.

**Art. 8*****Alinéa 4***

Une règle similaire est déjà prévue à l'art. 19, al. 3 LRDBH. Compte tenu du fait que les établissements publics sont souvent gérés par un exploitant ou un responsable ne correspondant pas forcément au propriétaire, il est utile de prévoir une obligation d'information de ce dernier afin qu'il puisse prendre toute mesure utile, le cas échéant, à l'encontre de son exploitant ou responsable.

**Art. 9**

Cette disposition consiste en une concrétisation de l'art. 116 Cst-GE, lequel permet au Conseil d'Etat de prendre les dispositions nécessaires aux fins d'exécution des lois. Ainsi, la compétence d'édicter un règlement pour garantir la bonne exécution de la présente loi est d'ores et déjà réservée au Conseil d'Etat.

**Art. 10**

Compte tenu du résultat de la votation populaire du 24 février 2008 relative à l'adoption de l'art. 178B Cst-GE, au vu de laquelle près de 80% de la population genevoise a choisi d'interdire la fumée dans les établissements publics, il importe de garantir une entrée en vigueur rapide de la présente loi. Ainsi, pour des raisons de célérité évidentes, il est décidé de prévoir son entrée en vigueur au lendemain de sa promulgation dans la Feuille d'avis officielle.

**Art. 11**

Des exceptions à l'interdiction peuvent être introduites par l'exploitant ou le responsable des lieux à caractère privatif, aux conditions de l'article 4, alinéa 1, à l'entrée en vigueur de la présente loi. Leurs modalités doivent être approuvées par le département dans un délai maximum de 12 mois.

**Art. 12**

***Alinéa 1 : loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève (RSGE B 1 01)***

Dans la mesure où tous les bâtiments publics dépendant de l'Etat sont visés par l'interdiction de fumer, il convient d'abroger l'article 89, alinéa 2 de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève, devenu obsolète en tant qu'il ne vise qu'une interdiction limitée à la salle du Grand Conseil et aux tribunes.

**Art. 12*****Alinéa 2 : loi sur la police (RSGE F 1 05)***

En l'état de la législation actuelle, les agents de sécurité municipaux (ci-après ASM) sont habilités à faire appliquer notamment les prescriptions relatives à la tranquillité publique (règlement concernant la tranquillité publique et l'exercice des libertés publiques, du 8 août 1956, RSGE F 3 10.03) et à la salubrité publique (règlement sur la propreté, la salubrité et la sécurité publiques, du 17 juin 1955, RSGE F 3 15.04). Il s'impose donc logiquement de leur confier également la mission de faire appliquer les dispositions relatives à l'interdiction de fumer qui relèvent de l'hygiène publique. De plus, par leur action dissuasive de proximité, ils sont les mieux à même de réprimer d'éventuels excès, en particulier en lien avec les nuisances sonores qui pourraient découler de l'éviction de la fumée dans les établissements voués à la restauration.

Ce choix est d'autant plus justifié que dans le projet de loi sur les agents de sécurité municipaux, les contrôleurs municipaux du stationnement et les gardes auxiliaires des communes (PL 10178 déposé le 28 novembre 2007), il est explicitement proposé de confier comme mission prioritaire aux ASM le contrôle de l'application des prescriptions de police concernant l'exploitation à titre onéreux d'établissements voués à la restauration, au débit de boissons et à l'hébergement (art. 10 chiffre 8° du PL 10178).

**Art. 12*****Alinéa 3 : loi sur les spectacles et divertissements (RSGE I 3 05)***

L'article 6, al. 2 de la loi sur les spectacles et les divertissements qui règlemente l'affichage de l'interdiction de fumer dans les salles de spectacles devient sans objet compte tenu de l'obligation générale d'affichage prévue par la présente loi.

De plus, les spectacles et divertissements se déroulant dans des lieux intérieurs étant visés par l'interdiction de fumer, il convient de procéder à une légère adaptation de l'article 6, al. 3 (qui devient 2) de manière à limiter une éventuelle dérogation aux manifestations se déroulant en plein air.

Au bénéfice de ces explications, nous vous remercions, Mesdames et Messieurs les députés, de réserver un bon accueil au présent projet de loi.

*Annexes :*

- 1) Avis de droit du Professeur Vincent Martenet du 7 avril 2006*
- 2) ATF 133 I 110 du 28 mars 2007*

VINCENT MARTENET

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE  
L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

MEMBRE DE LA COMMISSION FÉDÉRALE DE LA CONCURRENCE

DR EN DROIT, TITULAIRE DU BREVET D'AVOCAT, LL.M.

## LA VALIDITÉ DE L'INITIATIVE POPULAIRE 129 « FUMÉE PASSIVE ET SANTE »

### Introduction

Par courrier du 3 mars 2006, Mme Maria Anna Hutter, Sautier du Grand Conseil de la République et canton de Genève, nous a confirmé que le Bureau du Grand Conseil nous confiait le mandat de rédiger un avis de droit portant sur la constitutionnalité de l'initiative populaire cantonale 129 « Fumée passive et santé » (ci-après : « l'initiative 129 »).

Dans la première partie du présent avis de droit, nous passerons en revue les différentes conditions de validité des initiatives populaires cantonales, pour arriver au constat que l'initiative 129 est problématique sous l'angle de l'une d'elles, *la conformité au droit supérieur*. Le reste de l'avis de droit sera consacré à cette condition. Ainsi, sa deuxième partie portera sur *la répartition des compétences* entre la Confédération et les cantons dans le domaine visé par l'initiative 129. Sa troisième partie traitera de la compatibilité de l'initiative 129 avec *les droits fondamentaux* garantis aux particuliers. Sa quatrième partie sera entièrement consacrée au principe de *la proportionnalité* – principe général de l'activité étatique et condition de restriction des libertés.

### I. Les conditions de validité des initiatives populaires cantonales

#### A. L'unité de la matière

Le principe de l'unité de la matière découle de la liberté de vote et requiert un *rappor intrinsèque* ainsi qu'une *unité de but* entre les diverses parties d'une initiative soumise au peuple, c'est-à-dire un rapport de connexité qui fasse apparaître comme objectivement

Le présent avis de droit ne lie d'aucune manière la Commission fédérale de la concurrence.

justifiée la réunion de plusieurs propositions en une seule question soumise au vote<sup>1</sup>. Il vise avant tout les initiatives populaires, mais peut aussi concerner les objets émanant des autorités, soumis au vote du peuple. *Son intensité varie* en fonction de divers paramètres :

- Le principe est appliqué plus strictement aux révisions partielles de la constitution cantonale qu'aux projets législatifs<sup>2</sup>.
- Les initiatives populaires sont jugées plus sévèrement à l'aune de ce principe que les projets émanant des autorités<sup>3</sup>.
- Le principe est plus contraignant à l'égard d'une initiative portant sur une révision partielle que sur une révision totale de la constitution, soumise à une procédure propre<sup>4</sup>.
- Les exigences sont plus sévères pour les initiatives rédigées de toutes pièces que pour celles qui sont conçues en termes généraux<sup>5</sup>.

Lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas l'unité de la matière, elle doit être annulée, entièrement ou partiellement. La *scission* de l'initiative en plusieurs parties, soumises à des votes distincts, peut toutefois être prévue par le droit cantonal<sup>6</sup>, sauf en cas de violation flagrante du principe d'unité de la matière<sup>7</sup>.

L'initiative 129 a pour but de protéger la population contre l'exposition à la fumée du tabac. Un rapport de connexité existe entre les trois alinéas de l'article 178B Cst. GE, constituant le texte de l'initiative 129, si bien que le principe de l'unité de la matière doit être considéré comme respecté en l'espèce.

## B. L'unité de la forme

L'exigence de l'unité de la forme figure expressément dans la Constitution genevoise<sup>8</sup>. Elle signifie qu'une initiative populaire ne saurait être, *en même temps*, rédigée et conçue en termes généraux. En d'autres termes, l'unité de la forme est respectée lorsque l'initiative est déposée *exclusivement* sous la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou *exclusivement* sous celle d'un projet rédigé de toutes pièces.

L'initiative 129 est sans conteste une initiative populaire rédigée de toutes pièces. Certes, le caractère normatif d'une partie du premier alinéa de l'article 178B Cst. GE est pour le moins sujet à caution. La présence dans une règle de droit d'une affirmation selon laquelle « il est démontré scientifiquement que [la fumée du tabac] entraîne la maladie, l'invalidité et la mort » est inhabituelle. En effet, les règles de droit indiquent généralement *ce qui devrait être* (« *sollen* ») et non ce qui est (« *sein* »). Pour cette raison, le droit a un caractère normatif, ce qui l'oppose aux lois scientifiques. Cette singularité de l'article 178B Cst. GE ne suffit cependant pas à conclure que le principe de l'unité de la forme n'est pas respecté par l'initiative 129.

<sup>1</sup> ATF 130 I 185 *ASLOCA*, consid. 3.

<sup>2</sup> ATF 123 I 63 *Charles Beer*, consid. 4b.

<sup>3</sup> ATF 129 I 366 *Schäppi*, consid. 2.2 ; ATF 123 I 63 *Charles Beer*, consid. 4b.

<sup>4</sup> ATF 130 I 185 *ASLOCA*, consid. 3.1.

<sup>5</sup> ATF 130 I 185 *ASLOCA*, consid. 3.1 ; ATF 123 I 63 *Charles Beer*, consid. 4b.

<sup>6</sup> ATF 130 I 185 *ASLOCA*, consid. 4 ; ATF 123 I 63 *Charles Beer*, consid. 4c.

<sup>7</sup> Voir l'article 66 al. 2 de la Constitution de la République et canton de Genève, du 24 mai 1847 (RS/GE A 2 00 ; ci-après : « Cst. GE » ou la « Constitution genevoise »).

<sup>8</sup> ATF 129 I 381 *Comité d'initiative 119*, consid. 4.

<sup>8</sup> Article 66 al. 1 Cst. GE.

### C. L'unité du genre

Ce principe découle notamment de la liberté de vote, garantie à l'article 34 al. 2 de la Constitution fédérale, du 18 avril 1999 (ci-après : « Cst. féd. »), car le citoyen doit savoir s'il se prononce sur une modification constitutionnelle ou simplement législative, et doit avoir le droit, le cas échéant, de se prononcer séparément sur les deux questions<sup>9</sup>.

L'initiative 129 est clairement de nature constitutionnelle puisqu'elle porte sur une disposition constitutionnelle qui devrait s'insérer dans la Constitution genevoise. Aussi cette condition ne soulève-t-elle aucune difficulté en l'espèce.

### D. L'exécutabilité

Il faut encore que l'initiative populaire puisse effectivement être réalisée. Cette exigence n'apparaît expressément ni dans la Constitution fédérale, ni dans la Constitution genevoise, mais elle est logique. Pour être déclarée nulle, il faut que l'initiative soit manifestement irréalisable, ce qui est très rarement le cas. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, « [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 »<sup>10</sup>.

Répondant à diverses questions que nous lui avons posées, la Direction de l'Office pénitentiaire de la République et canton de Genève conclut que « [d]es obstacles de principe, liés à la situation constitutionnelle des droits des détenus de même que des empêchements objectifs liés à des questions de sécurité rendent impossible la mise en œuvre d'une interdiction totale de fumer à l'intérieur d'un établissement de détention »<sup>11</sup>. On peut se poser la question de savoir si, sur ce point, l'initiative est véritablement réalisable. Nous préférons laisser la question ouverte, compte tenu de notre analyse sous l'angle du principe de la proportionnalité<sup>12</sup>.

En somme, la mise en œuvre de l'initiative 129 soulèverait divers problèmes pratiques. C'est toutefois le lot de nombre d'initiatives populaires. Cela ne suffit pas à les rendre irrecevables. Il faut dès lors considérer que l'initiative 129 respecte également l'exigence de l'exécutabilité, sous réserve de la question que nous venons de laisser ouverte.

### E. La conformité au droit supérieur

#### 1. La portée de l'exigence

Les initiatives populaires cantonales doivent respecter le droit supérieur, c'est-à-dire l'ensemble du droit international liant la Confédération et du droit fédéral<sup>13</sup>. Il faut plus exactement qu'elles se prêtent à une interprétation conforme au droit supérieur<sup>14</sup>. Le Tribunal fédéral impose même à l'autorité statuant sur la validité d'une initiative populaire, d'en interpréter les termes « dans le sens le plus favorable aux initiants »<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> ATF 130 I 185 *ASLOCA*, consid. 2.1. Voir l'article 66 al. 1 Cst. GE.

<sup>10</sup> ATF 128 I 190 *Michel Rossetti*, consid. 5.

<sup>11</sup> Document daté du 30 mars 2006, p. 6, annexé au présent avis de droit.

<sup>12</sup> Voir *infra* IV.C.3.a/ad.

<sup>13</sup> ATF 129 I 392 A., consid. 3 ; ATF 125 I 227 G., consid. 4a. Voir l'article 66 al. 3 Cst. GE.

<sup>14</sup> ATF 125 I 227 G., consid. 5d/cc.

<sup>15</sup> ATF 128 I 190 *Michel Rossetti*, consid. 4.

Les initiatives populaires cantonales doivent aussi se prêter à une interprétation conforme aux conventions internationales ou intercantionales conclues par le canton en cause, à tout le moins lorsque celles-ci ne sont pas dénonçables. En revanche, il n'est pas exclu qu'une initiative populaire cantonale contraire à une convention dénonçable puisse, selon les cas, s'interpréter comme un mandat de dénonciation donné aux autorités politiques. Dans une telle hypothèse, l'initiative pourrait s'avérer recevable. Le point demeure cependant controversé.

Les conflits normatifs doivent être évités dans toute la mesure du possible en recourant au principe de l'interprétation conforme du droit interne – y compris cantonal – au droit international liant la Suisse<sup>16</sup>. Le droit cantonal doit, en outre, être interprété de manière conforme au droit fédéral. Ce principe de l'interprétation conforme permet bien souvent de régler les tensions opposant, en apparence, une norme cantonale au droit fédéral. Le principe de l'interprétation conforme ne permet toutefois pas de s'écarter du sens – et non du seul texte – clair de la norme cantonale<sup>17</sup>.

La condition de la conformité au droit supérieur implique d'interpréter tant la norme cantonale en cause que les normes supérieures avec lesquelles elles se trouvent potentiellement en conflit. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>18</sup>, une norme s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation *littérale*). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation *historique*), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation *téléologique*) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation *systématique*)<sup>19</sup>. Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important.

L'examen de la conformité de l'initiative 129 par rapport au droit supérieur ne peut être réalisé aussi rapidement que pour les autres conditions de validité. En effet, l'initiative 129 soulève diverses difficultés par rapport au droit supérieur. Son caractère radical et la très large interdiction du fumer qu'elle prévoit se trouvent en conflit *potentiel* avec divers droits et principes supérieurs. La deuxième partie de l'avis de droit portera ainsi sur la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons dans le domaine visé par l'initiative 129. Sa troisième partie traitera de la compatibilité de l'initiative 129 avec les droits fondamentaux garantis aux particuliers. Sa quatrième partie sera entièrement consacrée au principe de la proportionnalité. Avant d'entamer cet examen, il n'est peut-être pas inutile de rappeler quelques principes relatifs au rôle des autorités chargées de statuer sur la conformité d'une initiative populaire au droit supérieur.

## 2. La retenue des autorités politiques et judiciaires

Les autorités politiques cantonales ainsi que les autorités judiciaires cantonales<sup>20</sup> et fédérales font généralement preuve de retenue lorsqu'il s'agit d'examiner la conformité d'une initiative populaire cantonale au droit supérieur. Cette retenue est notamment perceptible lorsque la

<sup>16</sup> ATF 125 II 417 A., consid. 4c., SJ 2000 I 202 rés.

<sup>17</sup> ATF 119 Ia 241 A.S., consid. 7, qui ne parle que du texte clair de la norme, ce qui est trop restrictif.

<sup>18</sup> Voir notamment ATF 130 II 65 *Service des contributions du canton du Jura*, consid. 4.2 et les nombreuses références jurisprudentielles.

<sup>19</sup> ATF 130 II 65 *Service des contributions du canton du Jura*, consid. 4.2.

<sup>20</sup> Cela concerne les cantons qui, contrairement au canton de Genève, ouvrent une voie de recours judiciaire au plan cantonal à l'encontre des décisions sur la validité d'une initiative populaire cantonale.

justification fournie à l'appui d'une norme cantonale est liée à la santé publique<sup>21</sup> ou est d'ordre technique.

Plus généralement, un organe de l'Etat chargé d'une tâche juridictionnelle s'impose traditionnellement une retenue importante, dans l'exercice de cette tâche, lorsque des questions de principe se posent<sup>22</sup>, lorsqu'une évaluation politique de la question s'impose<sup>23</sup>, lorsqu'un principe peut être mis en œuvre de différentes manières<sup>24</sup>, lorsque la matière à régler est complexe<sup>25</sup> ou encore lorsque les enjeux financiers sont importants<sup>26</sup>.

Enfin, lorsqu'un doute subsiste sur la validité d'une initiative populaire, l'adage « *in dubio pro populo* » veut que l'initiative populaire soit tout de même soumise au vote du peuple.

### 3. L'invalidation partielle d'une initiative populaire cantonale

Lorsque seule une partie d'une initiative populaire est contraire au droit supérieur, 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 »<sup>27</sup>. Le Tribunal fédéral ajoute qu'« [e]n 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 »<sup>28</sup>. Selon la doctrine, « en règle générale une initiative partiellement invalide doit être soumise au peuple et ceci même si l'invalidité frappe l'une de ses parties importantes. Il faut seulement que la partie valide de l'initiative demeure malgré tout importante et que l'on puisse objectivement admettre que les signataires de l'initiative l'auraient également signée dans cette mesure restreinte »<sup>29</sup>. Pour autant que ces principes soient respectés, l'invalidation peut être « chirurgicale » et consister en la suppression de quelques mots d'un ou de plusieurs alinéas<sup>30</sup>.

En revanche, il n'est pas possible, sous couvert d'invalidation partielle, de modifier le texte d'une initiative populaire<sup>31</sup>, par exemple en ajoutant des mots ou en changeant le sens. Une correction purement formelle est néanmoins admissible<sup>32</sup>, de même que l'adjonction d'une note de bas de page<sup>33</sup>.

<sup>21</sup> Pour des illustrations, voir notamment ATF 125 I 322 S., consid. 3d (limitation de l'accès aux professions de la santé aux seules personnes capables); ATF 123 I 201 *Pharmacie Victoria SA*, consid. 4 (restriction de la publicité pour les médicaments afin de lutter contre leur consommation excessive ou abusive).

<sup>22</sup> ATF 117 V 318 *Staatliche Pensionskasse SO*, consid. 6b.

<sup>23</sup> ATF 129 II 193 H., consid. 4.2.4; ATF 120 Ia 329 X, consid. 3, SJ 1995, 761.

<sup>24</sup> ATF 130 I 113 A., consid. 3.3; ATF 129 II 193 H., consid. 4.2.4.

<sup>25</sup> ATF 117 V 318 *Staatliche Pensionskasse SO*, consid. 5b.

<sup>26</sup> ATF 119 V 277 *Caisse de pensions de l'Etat de Vaud*, consid. 4b.

<sup>27</sup> ATF 128 I 190 *Michel Rossetti*, consid. 6 *in initio* et les références jurisprudentielles.

<sup>28</sup> ATF 128 I 190 *Michel Rossetti*, consid. 6 *in initio*.

<sup>29</sup> ANDREAS AUER, *Problèmes et perspectives du droit d'initiative à Genève*, Lausanne 1987, p. 53, n° 103.

<sup>30</sup> Pour un exemple, voir la décision du Conseil municipal d'Anières, du 6 décembre 2005, ne validant que partiellement l'initiative municipale « Pour sauver le cœur du village d'Anières » (biffage de toute référence dans l'initiative à certains articles d'une loi cantonale). Aucun recours n'a été déposé au Tribunal administratif et le Conseil d'Etat n'est pas intervenu sur la base de son pouvoir de surveillance (articles 61 et 66 de la loi genevoise du 13 avril 1984 sur l'administration des communes; RS/GE B 6 05).

<sup>31</sup> PIERRE TSCHANNEN, *Die Formen der Volksinitiative und die Einheit der Form*, ZBl. 2002, pp. 2-29, 9, no 11.

La règle est expressément prévue en droit fédéral s'agissant des initiatives populaires visant à la révision partielle de la Constitution fédérale (article 99 de la loi fédérale sur l'Assemblée fédérale, du 13 décembre 2002 [RS 171.10]).

<sup>32</sup> TSCHANNEN (note 31), p. 9, n° 11 et les exemples qu'il donne.

<sup>33</sup> Sur ce dernier point, voir ALFRED KÖLZ, « So wie die Initiative lautet » - Welches ist das massgebende Verfassungsrecht, das durch eine Volksinitiative geändert werden soll?, ZBl. 1997, pp. 241-251, 250-251.

C'est à l'aune de ces principes que doit être interprété l'article 66 al. 3 Cst. GE, en vertu duquel le Grand Conseil « déclare partiellement nulle l'initiative dont une partie est manifestement non conforme au droit si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides ; à défaut, il déclare l'initiative nulle ». Cet article n'exige pas de rechercher si la ou les parties non invalidées correspondent à la volonté des initiants. On a voulu « objectiviser » dans toute la mesure du possible l'analyse de la validité des initiatives populaires. Il n'en demeure pas moins que, s'agissant d'initiatives populaires genevoises, le Tribunal fédéral n'hésite pas à se référer, par exemple, aux exposés figurant sur les formules de récolte des signatures<sup>34</sup>.

#### 4. La possibilité d'assortir une initiative de réserves d'interprétation

Enfin, sans aller jusqu'à invalider tout ou partie d'une initiative populaire, il est parfaitement loisible à l'autorité qui statue sur la validité de l'initiative d'assortir celle-ci d'une ou plusieurs *réserves d'interprétation*, selon une terminologie utilisée notamment par le Conseil constitutionnel français. De telles réserves sont admissibles pour autant que deux conditions soient cumulativement réunies. En premier lieu, ces réserves doivent contribuer à une mise en œuvre conforme au droit supérieur. A défaut, elles n'ont pas lieu d'être. En second lieu, elles doivent rester dans le cadre de l'interprétation possible de la norme en cause. A cet égard, il s'agit certes d'utiliser tout le potentiel des méthodes traditionnelles d'interprétation, mais aller jusqu'à s'en affranchir conduirait les juges à outrepasser leurs compétences, sous couvert d'interprétation<sup>35</sup>.

## II. La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons

### A. Les principes

Les compétences de la Confédération sont énumérées dans la Constitution fédérale, sous réserve des compétences coutumières et de celles qui sont implicites ou encore inhérentes à l'Etat fédéral. Plusieurs types de compétence coexistent dans le chapitre 2 du titre 3 de la Constitution fédérale. Nous nous bornerons ici à évoquer les plus importantes.

La plupart des compétences attribuées à la Confédération sont *concurrentes non limitées aux principes*. La seule attribution d'une telle compétence à la Confédération n'a *a priori* aucun impact sur les législations cantonales. Pour cette raison, la compétence est qualifiée de concurrente. Il faut, en réalité, attendre que la Confédération fasse *usage* de sa compétence pour que la législation cantonale adoptée dans le domaine en question soit affectée. Le seul fait que la Confédération ait légiféré dans un domaine ne prive pas les cantons de toute compétence dans celui-ci. Pour que tel soit le cas, il faut que la Confédération ait légiféré *de manière exhaustive et complète* dans le domaine en question.

Les compétences *concurrentes limitées aux principes* ne permettent à la Confédération que de poser les principes dans le domaine en question. En somme, la Confédération est habilitée à adopter une *législation-cadre* et non pas une législation complète dans un domaine déterminé. Lorsque la Confédération est au bénéfice d'une compétence *concurrente fragmentaire*, elle n'est légitimée à légiférer, dans un domaine déterminé, que sur les points limitativement

<sup>34</sup> Voir, pour une illustration, ATF 128 I 190 *Michel Rossetti*, consid. 6.2.

<sup>35</sup> Voir, par analogie, ATF 130 II 65 *Service des contributions du canton du Jura*, consid. 4.2. et les arrêts cités.

énumérés par la disposition constitutionnelle attributive de compétence. Enfin, les compétences *parallèles* permettent la coexistence de compétences fédérales et cantonales dans un domaine déterminé. Cette coexistence est *durable* et concerne aussi bien les principes que les règles de mise en œuvre.

### B. La protection de la population contre la fumée passive

Plusieurs articles de la Constitution fédérale attribuent des compétences à la Confédération en matière de *santé publique* et de *protection des travailleurs*, susceptibles de servir de base à une législation fédérale destinée à protéger la population contre l'exposition à la fumée du tabac. Nous nous bornerons à mentionner les deux plus importants pour notre analyse.

En matière de *santé publique*, l'article 118 al. 2 let. a Cst. féd. permet à la Confédération de légiférer sur « l'utilisation des denrées alimentaires ainsi que des agents thérapeutiques, des stupéfiants, des organismes, des produits chimiques et des objets qui peuvent présenter un danger pour la santé ». La législation fédérale adoptée sur la base de cette norme protège les consommateurs et donc, s'agissant du tabac, les fumeurs. L'article 118 al. 2 let. b Cst. féd. donne à la Confédération la compétence de légiférer sur « la lutte contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses de l'être humain et des animaux ». La Confédération pourrait s'appuyer pour adopter une législation luttant contre les méfaits du tabagisme passif, dans la mesure où cette lutte contribue à prévenir des maladies cardiovasculaires ou le cancer<sup>36</sup>. Elle n'a cependant pas légiféré jusqu'à présent, si bien que la compétence des cantons subsiste.

En matière de *protection des travailleurs*, l'article 110 al. 1 let. a Cst. féd. confère une compétence très large à la Confédération. L'article 6 de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr)<sup>37</sup> impose des obligations aux employeurs et aux travailleurs. Sur la base de cet article, le Conseil fédéral a adopté, dans une ordonnance, une norme relative à « la protection des travailleurs non-fumeurs »<sup>38</sup>. En vertu de l'article 19 OLT 3, « [l']employeur doit veiller, dans le cadre des possibilités de l'exploitation, à ce que les travailleurs non-fumeurs ne soient pas incommodés par la fumée d'autres personnes ». Cette ordonnance détermine les mesures qui doivent être prises par toutes les entreprises soumises à la LTr<sup>39</sup>. A cet égard, l'administration fédérale ainsi que les administrations cantonales et communales sont soumises aux dispositions de la LTr relatives à la protection de la santé (art. 6, 35 et 36a)<sup>40</sup> ainsi qu'aux ordonnances mettant en œuvre ces dispositions<sup>41</sup>.

Le champ d'application de l'article 19 OLT 3 et celui de l'initiative 129 se recoupent, partiellement en tout cas. Il convient cependant d'observer que, dans le domaine de la lutte

<sup>36</sup> Rapport du Conseil fédéral du 10 mars 2006 sur la protection contre le tabagisme passif, à paraître in FF 2006, p. 11 ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (OFJ), *avis de droit du 8 mai 2003*, IAAC 2004 IV 1054-1061 (n° 68.81), 1059-1060.

Voir aussi le rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur la validité et la prise en considération de l'initiative populaire 129 « Fumée passive et Santé », du 11 janvier 2003, p. 5 ; TOBIAS JAAG / MARKUS RÜSSLI, *Schutz vor Passivrauchen : verfassungsgrechtliche Aspekte*, PJA 2006, pp. 21-29, 25.

<sup>37</sup> Article 19 de l'ordonnance 3 relative à la LTr, du 18 août 1993 (OLT 3).

<sup>38</sup> Article 1 al. 1 LTr.

<sup>39</sup> Article 3a LTr.

<sup>40</sup> Dans ce sens, THOMAS GEISER in THOMAS GEISER / ADRIAN VON KAENEL / RÉMY WYLER, *Commentaire de la loi sur le travail*, Berne 2005, p. 87, n° 3 ad Art. 3a ; voir aussi ROGER BAUMBERGER, *Rauchen am Arbeitsplatz*, thèse Zurich, Berne 2002, p. 159.

contre le tabagisme, le Tribunal fédéral a déjà reconnu aux cantons la compétence de prendre des mesures renforçant celles prises au plan fédéral<sup>42</sup>.

Certes, depuis l'entrée en vigueur de *la loi fédérale sur le travail*, les cantons ne sont plus autorisés à prendre des dispositions en faveur de la protection des travailleurs<sup>43</sup>. L'article 71 lettre b LTr réserve toutefois les dispositions fédérales, cantonales et communales sur les rapports de service de droit public, étant précisé que les prescriptions en matière de protection de la santé, de temps de travail et de repos ne peuvent faire l'objet de dérogations qu'en faveur des travailleurs. De plus, des normes cantonales sont admissibles lorsqu'elles protègent des personnes n'entrant pas – ou entrant dans une mesure réduite seulement – dans le champ d'application de la loi sur le travail, comme les exploitants eux-mêmes et leur famille, ainsi que les employés dirigeants<sup>44</sup>. En outre, des normes cantonales ayant pour but de protéger *le public en général* sont admissibles, même si elles ont pour conséquence secondaire de protéger des travailleurs<sup>45</sup>. Enfin, les cantons restent compétents pour édicter des dispositions de droit public dont les buts et les moyens envisagés convergent avec ceux prévus par le droit fédéral, sauf dans les domaines que le législateur fédéral a véritablement entendu régler de façon exhaustive<sup>46</sup>.

L'initiative 129 a pour but de protéger *la population en général*<sup>47</sup>. Il est néanmoins possible que, dans certains cas, l'interdiction de fumer protège sinon exclusivement, du moins principalement des travailleurs soumis à la loi fédérale sur le travail. On peut penser, par exemple, à des vendeurs dans un commerce de produits du tabac, tenus d'être présents dans un local de dégustation aménagé dans le commerce. Or l'initiative 129 interdit la fumée dans un tel local. Les clients sont les fumeurs, si bien que les seuls bénéficiaires de l'interdiction sont les vendeurs. Faut-il alors considérer que les cantons sont dépourvus de toute compétence législative dans un cas de ce genre ? Il s'agit d'un réel problème juridique qu'il ne faut pas sous-estimer. Quatre observations peuvent néanmoins conduire à plutôt pencher pour la négative, sous réserve de situations particulières qui seront évoquées dans la dernière partie du présent avis de droit<sup>48</sup>.

- L'article 178B Cst. GE fait partie du droit public et son but converge avec celui prévu par le droit fédéral, quand bien même les moyens qu'il prévoit renforcent sensiblement ceux prévus en droit fédéral<sup>49</sup>.
- Il serait choquant qu'en une matière où le droit fédéral est considéré comme insuffisant par les autorités fédérales elles-mêmes<sup>50</sup>, les cantons soient dépourvus de

<sup>42</sup> ATF 128 I 295 *Association suisse des annonceurs*, consid. 3f. Cet arrêt concernait notamment l'article 9 al. 1 de la loi genevoise sur les procédés de réclame. Le Tribunal fédéral a jugé admissible cette disposition, laquelle interdit l'affichage de publicité en faveur du tabac et des alcools de plus de 15 volumes pour cent sur le domaine public cantonal et sur le domaine privé visible depuis le domaine public cantonal.

<sup>43</sup> ATF 130 I 279 *Gewerbeverband Basel-Stadt*, consid. 2.2 et 2.3 ; ATF du 21 mars 1997 publié en SJ 1997, pp. 421 ss, consid. 2c et les références jurisprudentielles.

<sup>44</sup> Articles 3 let. d et 4 LTr. Voir néanmoins l'article 3a let. b LTr. Voir notamment PASCAL MAHON / ANNE BENOÎT in GEISER / VON KAENEL / WYLER (note 41), pp. 702-704, n° 21-22 ad Art. 71.

<sup>45</sup> ATF du 21 mars 1997 publié en SJ 1997, pp. 421 ss, consid. 2c *in fine*.

Voir notamment MAHON / BENOÎT (note 44), pp. 702-703, n° 21 ad Art. 71.

<sup>46</sup> Voir notamment ATF 114 Ia 350 X, consid. 4a ; ATF du 21 mars 1997 publié en SJ 1997, pp. 421 ss, consid. 2b et les références jurisprudentielles.

<sup>47</sup> Cela ressort expressément de l'article 178B al. 1 Cst. GE. Voir notamment ANDREAS AUER, *Le droit face à la political correctness : la constitutionnalité de l'initiative populaire genevoise « Fumée passive et santé »*, PJA 2006, pp. 3-20, 8, n° 37.

<sup>48</sup> Voir *infra* IV.C.3.b/bd et *be* ainsi que IV.C.3.c.

<sup>49</sup> Voir aussi AUER (note 47), p. 8, n° 38.

toute compétence, ce d'autant plus qu'en fin de compte, le domaine de la santé relève principalement de leur responsabilité<sup>51</sup>.

- Il est souvent très difficile, en matière de lutte contre le tabagisme passif, de distinguer de manière nette la protection du public de celle des travailleurs. Dans la plupart des cas, l'une ne va pas sans l'autre, et réciproquement. En estimant que les cantons ne sont pas compétents dans certains cas où la protection du public n'est que secondaire, on crée le risque que les employeurs s'engouffrent dans ces brèches, ce qui aurait *in fine* des effets nuisibles pour le public en général et la collectivité.
- Il serait contraire aux principes de base du fédéralisme<sup>52</sup> qu'une compétence fédérale (protection des travailleurs) ait un effet d'attraction sur une compétence cantonale (protection de la santé publique et de la population en général), en ce sens qu'elle empêcherait les cantons d'adopter des règles protégeant le public et les travailleurs. Un tel effet d'attraction doit, en tout cas, être nié lorsque le droit cantonal poursuit le même but que le droit fédéral, voire renforce celui-ci.

Enfin, la législation genevoise ne saurait évidemment s'appliquer à des bâtiments, des locaux ou des moyens de transport exclusivement *régis par le droit fédéral*<sup>53</sup>. Le droit genevois ne trouve pas non plus à s'appliquer aux bâtiments et locaux couverts par un accord de siège prévoyant l'extraterritorialité et l'inviolabilité desdits bâtiments et locaux. Certes, l'article 178B Cst. GE ne contient aucune réserve à ce propos. Cela ne remet pas en cause sa validité. Il va de soi, en effet, que l'article 178B Cst. GE n'a pas vocation à élargir le champ d'application du droit genevois et ne déploiera ses effets que dans ce champ.

### III. Le respect des droits fondamentaux

#### A. Généralités

Avant d'examiner si et, le cas échéant, dans quelle mesure l'initiative 129 porte atteinte à des droits fondamentaux, il paraît important de rappeler brièvement *la raison d'être* de ces droits.

La démocratie ne se traduit pas seulement par le gouvernement de la majorité, c'est-à-dire la toute-puissance du principe majoritaire. La majorité ne peut légiférer que dans le respect de la constitution et, tout particulièrement, des droits fondamentaux qu'elle contient. Selon la jurisprudence bien établie du Conseil constitutionnel français, *la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution*<sup>54</sup>. Le bon fonctionnement de la démocratie

<sup>50</sup> Rapport du Conseil fédéral (note 36), p. 2 *in initio* (résumé) : « En accord avec les objectifs du Programme national pour la prévention du tabagisme, le Conseil fédéral estime qu'il est nécessaire de renforcer la protection des employés sur leur lieu de travail ainsi que la protection de la population dans les lieux clos accessibles au public. »

<sup>51</sup> ATF 128 I 295 *Association suisse des annonceurs*, consid. 3d.

Dans le même sens, voir le rapport du Conseil d'Etat (note 36), pp. 7-8 ; DORIS VATERLAUS, *Analyse et commentaire sur la constitutionnalité de l'initiative « Fumée passive et santé »*, p. 6.

<sup>52</sup> Articles 3 et 42-43 Cst. féd.

<sup>53</sup> Sur ce point, le rapport du Conseil d'Etat (note 36) est trop large puisqu'il se fonde simplement sur le titre de propriété (p. 8, ch. 2.1.2.3 : « Le canton de Genève ne peut dès lors pas imposer de règlement intérieur aux immeubles appartenant à la Confédération. »).

<sup>54</sup> Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, relative à la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie. Cette jurisprudence a été maintes fois confirmée par la suite.

suppose la garantie des droits fondamentaux<sup>55</sup>. Ceux-ci permettent d'éviter, s'agissant des actes normatifs, une éventuelle tyrannie de la majorité.

Seulement – et la remarque est essentielle –, toutes les revendications émises par des particuliers ne sont pas couvertes par des droits fondamentaux. On peut certes préconiser une extension illimitée du champ d'application des droits fondamentaux. Il ne faut cependant jamais perdre de vue que cette extension restreint les options à disposition du législateur et qu'invalider une norme – qui plus est de nature constitutionnelle – ou empêcher qu'elle soit soumise au peuple au motif qu'elle viole un droit fondamental n'est pas un acte anodin. C'est un acte important dans le processus démocratique qui ne saurait être accompli à la légère. Il faut dès lors que la violation d'un droit fondamental soit claire. Lorsque tel n'est pas le cas, il convient de résoudre la tension pouvant exister entre une norme ordinaire et un droit fondamental par le biais de l'interprétation, en s'assurant que l'interprétation donnée à la norme soit compatible avec le droit fondamental en cause.

Au reste, les droits fondamentaux s'inscrivent *dans un système de valeurs*, au premier rang desquelles figure certainement la dignité humaine. Cette remarque est importante s'agissant des libertés individuelles. En effet, celles-ci sont au service de valeurs et risquent parfois d'être dévoyées si elles sont invoquées pour elles-mêmes, sans être sous-tendues par des valeurs considérées comme essentielles ou même importantes dans une démocratie et un Etat de droit.

## B. L'existence d'une atteinte aux libertés

### 1. La dignité humaine et la liberté personnelle

La garantie de la *dignité humaine* se trouve au cœur de tout catalogue des droits fondamentaux. Elle est souvent placée au début de ce catalogue<sup>56</sup> et rayonne sur les autres droits fondamentaux. Elle signifie fondamentalement que tout être humain a le droit d'être traité de manière humaine et non dégradante. La protection de la dignité humaine revêt une grande importance notamment dans les domaines de la détention et de la médecine<sup>57</sup>. Ainsi fixe-t-elle des limites absolues à la privation de liberté, « de façon à garantir le développement de la personne »<sup>58</sup>.

La *liberté personnelle*, quant à elle, comprend le droit à l'intégrité physique et psychique ainsi que la liberté de mouvement<sup>59</sup>. Elle englobe aussi « toutes les facultés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine »<sup>60</sup>. La liberté personnelle ne garantit cependant pas une liberté d'action générale<sup>61</sup>, opposable à toute contrainte étatique. Le droit à l'intégrité physique et psychique « revêt une importance particulière dans les domaines du droit des détenus et de la protection de la personnalité »<sup>62</sup>.

<sup>55</sup> Voir notamment JÖRG PAUL MÖLLER, *Der politische Mensch – menschliche Politik*, Bâle, Genève et Munich, 1999, pp. 71 ss.

<sup>56</sup> Article 7 Cst. féd., par exemple.

<sup>57</sup> Message du Conseil fédéral, du 20 novembre 1996, relatif à la nouvelle Constitution fédérale : FF 1997 I 1 ss., 142.

<sup>58</sup> FF 1997 I 142.

<sup>59</sup> Article 10 al. 2 Cst. féd.

<sup>60</sup> ATF 127 I 6 P., consid. 5a. Pour des illustrations, voir AUER (note 47), pp. 9-10, n° 47.

<sup>61</sup> ATF 130 I 369 G., consid. 2.

<sup>62</sup> FF 1997 I 150.

La protection de la personnalité des détenus a donné lieu à d'innombrables arrêts, parfois très incisifs à l'égard des autorités de détention<sup>63</sup>.

Un lien existe indiscutablement entre la dignité humaine et la liberté personnelle<sup>64</sup>. La garantie de la dignité humaine doit être considérée comme « la dernière ressource du droit, au cas où la garantie de tous les autres droits fondamentaux demeurerait inefficace »<sup>65</sup>. Par ailleurs, une restriction à la liberté personnelle est possible, aux conditions de l'article 36 Cst. féd., tandis qu'une atteinte à la dignité humaine n'est pas permise.

L'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés porte-t-elle atteinte à la dignité humaine et à la liberté personnelle ? La Cour européenne des droits de l'homme et le Tribunal fédéral ne se sont pas encore prononcés sur ces questions. Plusieurs auteurs estiment – en faisant toutefois preuve d'une certaine prudence – qu'une interdiction de fumer peut, selon les cas, porter atteinte à la liberté personnelle<sup>66</sup>.

A notre sens, il convient de répondre à cette question de manière nuancée. Au préalable, il nous semble qu'une interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés ne conduit pas à traiter les individus de manière dégradante et donc à porter atteinte à la dignité humaine. Adopter une approche inverse reviendrait à dénaturer ce droit fondamental.

S'agissant de la liberté personnelle, il paraît très discutable de considérer que fumer est, en tout temps et en toutes circonstances, une manifestation élémentaire de la personne humaine protégée par cette liberté<sup>67</sup>. Concrètement, un instituteur auquel on interdirait de fumer en classe devant ses élèves n'est vraisemblablement pas touché dans sa liberté personnelle. Il dispose de nombreuses autres occasions de fumer. Il lui suffit, par exemple, de sortir du bâtiment scolaire. On nous rétorquera que l'analyse d'une telle interdiction peut parfaitement être effectuée par le biais des conditions de restriction des libertés<sup>68</sup> ou des restrictions qui peuvent être infligées à une personne qui se trouve dans un rapport spécial avec l'Etat, après avoir admis l'atteinte à la liberté personnelle. Une telle approche, qui revient à détacher la liberté de toute valeur, de toute responsabilité, peut cependant s'avérer pernicieuse. Ainsi serait-il choquant que l'instituteur puisse s'opposer à cette interdiction pour le seul motif –

<sup>63</sup> Pour une synthèse, voir notamment JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 1999, pp. 65-79 ; MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz – Ergänzungsband zur dritten Auflage des gleichnamigen Werks von Jörg Paul Müller*, Berne 2005, pp. 48-51.

<sup>64</sup> FF 1997 I 142.

<sup>65</sup> FF 1997 I 142.

<sup>66</sup> AUER (note 47), p. 10, n° 49 : « La conclusion irait donc plutôt dans le sens de classer le fait de fumer dans la catégorie des comportements qui sont protégés par la liberté personnelle. Mais il est vrai que, faute de précédent, cette conclusion ne s'impose pas de façon évidente. » ; JAAG / RÜSSLI (note 36), p. 28.

<sup>67</sup> C'est probablement dans ce sens qu'il faut comprendre le Conseil fédéral lorsqu'il relève que « le droit protège les éléments essentiels du développement personnel et le fait de fumer partout et en tout temps n'en fait certainement pas partie » (le rapport précité du Conseil fédéral [note 36], p. 11) ; voir aussi le rapport du Conseil d'Etat (note 36), p. 13. Egalement très réservé, BAUMBERGER (note 41), p. 29.

Dans un arrêt non publié du 5 juillet 2005 (2A.6/2005) en la cause X. (chef de train) c. CFF, le Tribunal fédéral était confronté à la résiliation d'un contrat de travail, motivée notamment par le non-respect d'une clause contractuelle interdisant à M. X. de consommer de l'alcool en service comme hors service. Le Tribunal fédéral a estimé que la liberté personnelle et la sphère privée de M. X. étaient touchées (consid. 3.2). Il a néanmoins jugé que l'interdiction répondait à un intérêt public et était proportionnée. Cette jurisprudence n'est pas directement transposable à l'interdiction de fumer prévue par l'initiative 129. En effet, si l'article 178B Cst. GE entre en vigueur, les fumeurs conserveront la possibilité de fumer dans la plupart des cas, par exemple en sortant du bâtiment dans lequel ils se trouvent.

<sup>68</sup> Article 36 Cst. féd.

attesté, par hypothèse – qu'elle est dépourvue de toute base légale<sup>69</sup> formelle ou seulement matérielle, même très imprécise<sup>70</sup>.

En visant tous les bâtiments ou locaux publics dépendant de l'Etat ainsi que tous les bâtiments et locaux ouverts au public<sup>71</sup>, l'interdiction va très loin et affectera des personnes qui seront pratiquement empêchées de fumer ou qui verront leur liberté de fumer considérablement restreinte. Quatre catégories de personnes viennent tout particulièrement à l'esprit :

- *Les personnes détenues*, pour lesquelles le droit à l'intégrité physique et psychique revêt une importance particulière, n'ont la possibilité de fumer que lors de leur sortie quotidienne en cas d'interdiction totale de fumer dans la prison<sup>72</sup>.
- *Les personnes placées dans une institution* (psychiatrique, par exemple), qui ne sont pas autorisées à sortir ou seulement de manière très limitée du bâtiment dans lequel elles séjournent, sont aussi touchées dans une mesure importante par une interdiction totale si elles fument régulièrement.
- Il en va de même *des personnes séjournant durablement dans un établissement de soins ou de séjour* (hôpital, clinique, EMS, etc.) qui ne peuvent pas ou seulement difficilement se rendre à l'extérieur de l'établissement pour fumer, en raison de leur état de santé ou du traitement qui leur est administré.
- Une quatrième catégorie, plus délicate à appréhender, se compose *des personnes à mobilité très réduite travaillant dans un bâtiment ou un local* visé par l'article 178B al. 3 Cst. GE qui ne peuvent que difficilement sortir du bâtiment ou du local pour fumer une cigarette.

A notre sens, la liberté personnelle de ces quatre catégories de personnes *au moins* est touchée par l'initiative 129. Cela ne permet cependant pas de conclure à l'inconstitutionnalité de celle-ci, puisque la liberté personnelle peut être restreinte aux conditions de l'article 36 Cst. féd.

Enfin, il faut se demander si l'interdiction de fumer dans les établissements publics au sens de la législation sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement porte atteinte à la liberté personnelle des fumeurs fréquentant ces établissements. Le fait de pouvoir fumer dans de tels établissements peut être ressenti par un nombre important de fumeurs comme un facteur contribuant à l'épanouissement de leur personnalité, voire comme un élément forgeant leur identité et l'image qu'ils souhaitent projeter d'eux. Des décennies de campagnes publicitaires et de films associant les établissements publics (restaurants, bars, discothèques, clubs, etc.) et la consommation de tabac laissent inévitablement des traces... Faut-il en conclure que l'article 178B al. 3 let. c Cst. GE porte atteinte à la liberté personnelle des clients souhaitant fumer dans un établissement public ? Nous ne saurions en tout cas l'exclure de manière catégorique. Afin de rendre un avis complet, nous supposons que tel est le cas, ce qui nous conduira à examiner l'interdiction sous l'angle de l'article 36 Cst. féd.

## 2. La protection de la sphère privée

En vertu de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950 (ci-après : « CEDH »)<sup>73</sup> et de l'article 13 al. 1 Cst. féd., toute personne a droit *au respect*

<sup>69</sup> Article 36 al. 1 Cst. féd.

<sup>70</sup> Sur les exigences réduites en matière de base légale dans les rapports spéciaux, voir, pour une synthèse de la doctrine, MARKUS MÖLLER, *Das besondere Rechtsverhältnis – Ein altes Rechtsinstitut neu gedacht*, these d'habilitation Berne, Berne 2003, pp. 21-22.

<sup>71</sup> Article 178B al. 3 let. a et b Cst. GE.

<sup>72</sup> Dans le même sens, voir le rapport du Conseil d'Etat (note 36), p. 13.

de sa vie privée. Cette garantie fondamentale confère à chacun « le droit d'organiser sa vie et d'entretenir des rapports avec d'autres personnes, sans que l'Etat ne l'en empêche »<sup>74</sup>. La protection offerte vise non seulement les espaces privés et clos, mais aussi les lieux publics et les espaces extérieurs<sup>75</sup>. Se fondant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la doctrine française a développé la notion de « vie privée sociale »<sup>76</sup>. A ce propos, la Cour est allée jusqu'à affirmer que les « relations personnelles, sociales et économiques [...] sont constitutives de la vie privée de tout être humain »<sup>77</sup> ! Dans un autre arrêt, elle a déduit de l'article 8 CEDH « un droit à l'identité et au développement personnel », notant que « [l]a sauvegarde de la stabilité mentale est à cet égard un préalable inéluctable à la jouissance effective du droit au respect de la vie privée »<sup>78</sup>.

Tout comportement n'est cependant pas protégé par le droit au respect de la vie privée, même si l'on assiste à une extension considérable – parfois surprenante – de la notion de vie privée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>79</sup>. Il s'agit de conserver un esprit critique et de se demander si une extension du champ de protection de ce droit est véritablement justifiée, compte tenu des valeurs essentielles qui le sous-tendent.

En droit suisse, la liberté personnelle et la protection de la sphère privée se recoupent partiellement. Aussi plusieurs remarques qui précèdent s'applique-t-elle *mutatis mutandis* à la protection de la sphère privée. Ici aussi, une approche nuancée est de mise. Il semblerait particulièrement artificiel de soutenir, par exemple, qu'une interdiction de fumer dans un bloc opératoire d'un hôpital public porte atteinte à la vie privée. Cela reviendrait à dénaturer cette dernière notion.

Pour les quatre catégories de personnes mentionnées ci-dessus<sup>80</sup>, il peut être soutenu que l'atteinte à la liberté personnelle se double d'une atteinte à la vie privée, ne serait-ce que parce que l'interdiction les touche dans un environnement dont elles ne peuvent sortir ou seulement difficilement. L'interdiction les touche véritablement dans leur sphère privée.

Enfin, il faut se demander si l'interdiction de fumer dans les établissements publics au sens de la législation sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement porte atteinte à la vie privée des fumeurs fréquentant ces établissements. Cela nous semble très discutable, sous réserve des lieux d'hébergement. Néanmoins, afin de rendre un avis complet, nous supposons que tel est le cas, ce qui nous conduira à examiner l'interdiction sous l'angle de l'article 36 Cst. féd. Les lieux d'hébergement forment une catégorie particulière. En tant que l'interdiction de fumer vise une chambre dans un hôtel, une résidence, une pension de famille, un foyer ou une auberge de jeunesse<sup>81</sup>, elle touche les individus dans leur sphère privée.

<sup>73</sup> RS 0.101.

<sup>74</sup> FF 1997 I 154.

<sup>75</sup> FF 1997 I 154.

<sup>76</sup> Voir notamment JEAN-PIERRE MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris 2002, p. 60 ; FRÉDÉRIC SUDRE ET AL., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris 2005, pp. 435-443 et les nombreuses références jurisprudentielles.

<sup>77</sup> Arrêt *Slivenko c. Lettonie* du 9 octobre 2003, requête n° 48321/99, Rec. 2003-X, § 96.

<sup>78</sup> Arrêt *Bensaid c. Royaume-Uni* du 6 février 2001, requête n° 44599/98, Rec. 2001-I, § 47.

<sup>79</sup> Voir récemment, pour une synthèse, FRÉDÉRIC SUDRE, *Rapport introductif – La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée*, in FRÉDÉRIC SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 2005, pp. 11-33 ; STEPHAN BREITENMOSER, *Die neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK*, in DANIEL THÜRER (éd.), *EMRK: Neuere Entwicklungen*, Zurich / Bâle / Genève 2005, pp. 121-153, notamment 152-153.

<sup>80</sup> Voir *supra* III.B.1. Pour une approche plus large à certains égards, voir AUER (note 47), pp. 11-12, n° 60.

<sup>81</sup> Voir les articles 51 al. 1 et 52 de la loi genevoise du 17 décembre 1987 sur la restauration, le débit de boisson et l'hébergement (RS/GE I 2 21).

En revanche, il semble pour le moins douteux qu'une interdiction de fumer dans un endroit tel qu'un supermarché porte atteinte à la vie privée<sup>82</sup>. Cela revient à considérer que *tout* comportement humain est « vie privée », avec deux risques : celui de diluer la protection offerte par la garantie et celui de nuire à la cohésion sociale.

### 3. La protection du domicile

En vertu des articles 8 CEDH et 13 al. 1 Cst. féd., toute personne a droit à la protection de son domicile. La notion de domicile doit être entendue de manière large et ne se limite pas à celle que vise l'article 23 al. 1 du Code civil suisse<sup>83</sup>. Ainsi, une chambre d'hôtel ou une chambre dans une maison de retraite bénéficient de la protection conventionnelle et constitutionnelle<sup>84</sup>. Les atteintes au droit à la protection du domicile sont généralement jugées sévèrement par le Tribunal fédéral et la Cour européenne des droits de l'homme<sup>85</sup>.

### 4. La liberté économique

La liberté économique comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice<sup>86</sup>.

L'initiative 129 ne porte atteinte que dans une certaine mesure à la liberté économique. Parmi les différents bâtiments et locaux visés, ce sont essentiellement les commerces<sup>87</sup> et les établissements publics au sens de la législation sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement<sup>88</sup> pour lesquels un examen approfondi s'impose<sup>89</sup>.

Les commerces ne sont pas eux-mêmes directement touchés par l'initiative 129, sous la réserve indiquée dans le paragraphe qui suit. Indirectement<sup>90</sup>, un impact de celle-ci sur leur chiffre d'affaires sera difficile, voire impossible à démontrer. Indirectement au second degré<sup>91</sup>, l'initiative 129 aura peut-être un impact négatif sur la vente de cigarettes, cigares et tabac. Un tel impact indirect au second degré ne devrait pas être considérée comme étant constitutive d'une atteinte à la liberté économique des commerçants.

Les marchands de tabac dont les magasins comportent *des espaces de dégustation* devront fermer ceux-ci si l'initiative 129 est validée, puis approuvée par le peuple. Il est parfaitement possible que cette fermeture affecte de manière négative leurs ventes. On peut assez raisonnablement imaginer que l'existence de tels espaces leur permet de réaliser un chiffre d'affaires supplémentaire. Dans le cas contraire, ils s'en passeraient. Aussi ces commerçants peuvent-ils se prévaloir de la liberté économique<sup>92</sup>.

Les tenanciers d'établissements publics au sens de la législation sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement pourront continuer à exploiter leurs établissements. Il est difficile

<sup>82</sup> Dans ce sens pourtant, AUER (note 47), p. 12, n° 60.

<sup>83</sup> RS 210.

<sup>84</sup> FF 1997 I 155. Voir notamment MÖLLER (note 63), pp. 121-122.

<sup>85</sup> Voir notamment FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris 2005, pp. 405-406, n° 226.

<sup>86</sup> Article 27 al. 2 Cst. féd.

<sup>87</sup> Article 178B al. 3 let. b Cst. GE.

<sup>88</sup> Article 178B al. 3 let. c Cst. GE.

<sup>89</sup> Dans son rapport (note 36, pp. 11-12), le Conseil fédéral met tout particulièrement l'accent sur la liberté économique et relègue au second plan la liberté personnelle.

<sup>90</sup> Les consommateurs renoncent à faire des achats – ou limitent ceux-ci – dans un magasin parce qu'ils ne peuvent consommer du tabac pendant leurs achats.

<sup>91</sup> La vente de tabac diminue parce que sa consommation est interdite dans les lieux publics.

<sup>92</sup> Comp. le rapport du Conseil d'Etat (note 36), p. 16.

de déterminer par avance si une interdiction telle que celle qui résulte de l'initiative 129 affectera leur chiffre d'affaires. Les expériences faites à l'étranger semblent indiquer qu'une interdiction de fumer dans les lieux publics ne provoque pas une baisse du chiffre d'affaires<sup>93</sup>. Aussi est-il douteux que tous les tenanciers d'établissements publics puissent se prévaloir de la liberté économique à l'encontre de l'initiative 129<sup>94</sup>.

En revanche, certains établissements publics ont pour vocation principale, sinon unique, la consommation du tabac (bars à cigares ou à narghilehs, par exemple). L'interdiction de fumer porte atteinte à la liberté économique des tenanciers de ces établissements<sup>95</sup>.

### 5. La garantie de la propriété

La garantie de la propriété<sup>96</sup> entre en ligne de compte pour les bâtiments et locaux *privés*. La liberté des propriétaires sera restreinte par l'initiative 129. En effet, la consommation du tabac sera interdite dans les bâtiments et locaux *privés* considérés comme lieux *publics* par l'initiative 129. Est-ce suffisant pour parler d'atteinte à la garantie de la propriété ? Cela ne peut pas être exclu de manière catégorique. Aussi supposons-nous que la garantie de la propriété est touchée par ladite initiative<sup>97</sup>.

### 6. L'interdiction de la discrimination

En vertu de l'article 8 al. 2 Cst. féd., « nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique ». L'énumération des critères figurant à cette disposition n'est aucunement exhaustive. D'autres caractéristiques personnelles peuvent entrer en ligne de compte.

Il pourrait être soutenu que l'initiative 129 conduit au bannissement des fumeurs des lieux publics. Les fumeurs seraient ainsi discriminés en raison de leur mode de vie. En réalité, c'est bien plus *la fumée* qui est bannie de tels lieux. L'interdiction de la discrimination serait vraisemblablement détournée de son but si les fumeurs invoquaient le bénéfice de la protection accrue que confère l'article 8 al. 2 Cst. féd.<sup>98</sup>

Cela dit, même si l'on admet qu'ils peuvent se prévaloir de cette garantie, l'on ne doit pas perdre de vue qu'une différence de traitement peut être justifiée par des motifs *objectifs* et non *discriminatoires*. Or la protection de la santé publique représente sans conteste un tel motif. Certes, des mesures considérées comme excessives, voire purement vexatoires, pourraient devenir discriminatoires<sup>99</sup>. Cependant, de telles mesures restreindraient sans doute de manière

<sup>93</sup> Voir, pour une synthèse, le tableau figurant en annexe 4 du rapport de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS), présenté par Mme BERNADETTE ROUSSILLE à la demande du Ministre français de la santé et de la solidarité, Paris, décembre 2005 ; voir aussi le rapport du Conseil d'Etat (note 36), pp. 35-36.

<sup>94</sup> Comp. AUER (note 47), pp. 12-13, n<sup>o</sup> 65-66.

<sup>95</sup> AUER (note 47), p. 13, n<sup>o</sup> 67-68 ; rapport du Conseil d'Etat (note 36), pp. 15-16.

<sup>96</sup> Article 26 Cst. féd.

<sup>97</sup> Voir aussi le rapport du Conseil d'Etat (note 36), p. 16.

<sup>98</sup> BO (tiré à part sur la réforme de la Cst. féd.) 1998 CN 162 (ROLAND OSTERMANN), à propos des critères énumérés à l'article 8 al. 2 Cst. féd. : « [...] cette énumération, par l'importance des cas qu'elle porte sur le devant de la scène, nous invite aussi à ne pas galvauder le terme de discrimination comme il l'est lorsqu'il est récupéré par les fumeurs. »

<sup>99</sup> Voir aussi VINCENT MARTENET, *Géométrie de l'égalité*, Zurich / Paris / Bruxelles 2003, p. 463, n<sup>o</sup> 1034. C'est probablement dans ce sens qu'il faut comprendre la réserve envisagée par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence récente en matière de protection contre l'exposition à la fumée du tabac : « Die Schutzmassnahmen des Arbeitgebers sollen den Betriebsablauf und das Arbeitsklima im Betrieb nicht

disproportionnées la liberté personnelle ou le droit au respect de la vie privée, sans qu'il soit nécessaire, en même temps, d'analyser la problématique sous l'angle de l'article 8 al. 2 Cst. féd.

### 7. La gravité de l'atteinte

Le degré de gravité de l'atteinte influe sur l'exigence de la base légale<sup>100</sup> ainsi que sur l'examen du but et de la proportionnalité d'une mesure<sup>101</sup>. L'atteinte causée à la liberté personnelle et à la protection de la sphère privée des quatre catégories de personnes que nous avons identifiées plus avant<sup>102</sup> peut être considérée comme relativement grave, voire grave<sup>103</sup>. Il en va de même de l'atteinte causée à la liberté économique d'un exploitant d'un établissement public ayant pour vocation principale, sinon unique, la consommation du tabac (bars à cigares ou à narghilehs, par exemple)<sup>104</sup>.

En revanche, l'atteinte à la liberté personnelle ou au droit à la protection de la sphère privée des fumeurs ne saurait être relativement grave – pour autant qu'une atteinte soit admise dans ce cas, ce que nous contestons – s'agissant des lieux publics spacieux et bien aérés, comme les supermarchés<sup>105</sup>. Les fumeurs peuvent librement sortir, à tout moment, de ces lieux publics pour consommer du tabac.

En outre, il nous semble douteux qu'il faille qualifier de relativement grave l'atteinte subie par des personnes travaillant dans des locaux fermés utilisés uniquement par des fumeurs, tels que des bureaux individuels<sup>106</sup>. Du moment que les autres usagers du bâtiment public sont frappés d'une interdiction de fumer, guère contestée, le simple fait de bénéficier d'un bureau individuel en raison de sa fonction ne saurait rendre l'atteinte grave.

Enfin, l'interdiction visant les établissements publics au sens de la législation sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement changera – si elle est validée, puis adoptée – les habitudes des fumeurs. Cela suffit-il à rendre l'atteinte grave<sup>107</sup>? Cela n'est pas certain dans la mesure où l'interdiction vise un comportement *perturbateur*, au sens du droit de l'environnement, et que les fumeurs conservent la possibilité de fumer à l'extérieur des établissements publics. Nous estimons, en tout cas, qu'elle ne présente pas le même degré de gravité que l'atteinte causée à la liberté des détenus, par exemple. Il est vrai cependant qu'elle n'est pas anodine.

### 8. Des obligations positives à la charge des collectivités publiques ?

Avant d'examiner les conditions de restriction des libertés, il faut encore se demander si les différentes libertés passées en revue jusqu'ici ne contraignent pas l'Etat à prendre des mesures destinées à protéger *les non-fumeurs*.

Ni la Convention européenne des droits de l'homme ni la Constitution fédérale ne consacrent *expressis verbis* un droit de l'homme à un *environnement sain*. Néanmoins, la jurisprudence

*beeinträchtigen und keine Diskriminierung der Raucherinnen und Raucher darstellen.* » (ATF du 8 février 2006 en la cause 4C.354/2005, consid. 5.A.3).

<sup>100</sup> Article 36 al. 1 Cst. féd.

<sup>101</sup> Article 36 al. 2 et 3 Cst. féd.

<sup>102</sup> Voir *supra* III.B.1.

<sup>103</sup> Dans le même sens, AUER (note 47), p. 12, n° 60.

<sup>104</sup> Dans le même sens, AUER (note 47), p. 13, n° 68.

<sup>105</sup> D'un avis différent, AUER (note 47), p. 12, n° 60.

<sup>106</sup> D'un avis différent, AUER (note 47), p. 12, n° 60.

<sup>107</sup> Dans ce sens, AUER (note 47), p. 12, n° 60.

de la Cour européenne des droits de l'homme a déduit certains aspects d'un tel droit des articles 2<sup>108</sup> et 8<sup>109</sup> CEDH. Plus récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a certes refusé d'admettre l'existence d'une obligation positive de l'Etat de protéger les non-fumeurs au moyen d'une interdiction totale de fumer dans les lieux publics<sup>110</sup>. Cependant, la Cour a admis, plus récemment encore, que l'exposition au tabagisme passif *dans un lieu de détention* peut être constitutive d'une violation de l'article 3 CEDH<sup>111</sup>, si bien que les autorités sont tenues de prendre les mesures nécessaires afin de protéger la santé d'un détenu<sup>112</sup>. Cette jurisprudence influe sur l'ordre juridique suisse, dans la mesure où le Tribunal fédéral prend en considération, dans la mise en œuvre de la Convention en droit interne, non seulement les arrêts qui concernent spécifiquement la Suisse, mais aussi ceux rendus à propos d'autres Etats, dès lors que ces arrêts portent sur des situations identiques ou simplement comparables en Suisse.

En l'état de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Tribunal fédéral, il semble difficile de reconnaître une obligation positive à la charge des Etats visant à interdire *totement* la fumée dans les lieux publics. Cette jurisprudence est cependant très évolutive. A notre sens, il n'est nullement exclu qu'à l'avenir, la jurisprudence mette à la charge des autorités étatiques des obligations positives très larges de protéger les non-fumeurs contre le tabagisme passif. Dans un arrêt du 29 juin 2005, la Cour de cassation française a jugé qu'un employeur est « tenu d'une obligation de sécurité de résultat vis-à-vis de ses salariés en ce qui concerne leur protection contre le tabagisme dans l'entreprise »<sup>113</sup>. Le

<sup>108</sup> Arrêt *Öneriyildiz c. Turquie* du 30 novembre 2004 (Grande Chambre), requête n° 48939/99, §§ 71-73 et 90.

<sup>109</sup> Arrêt *Lopez Ostra c. Espagne* du 9 décembre 1994, Série A, n° 303-C, pp. 38 ss, 54-55, § 51 ; arrêt *Guerra et autres c. Italie* du 19 février 1998, Rec. 1998-I, pp. 210 ss, 228, § 60 ; arrêt *McGinley et Egan c. Royaume-Uni* du 9 juin 1998, Rec. 1998-III, pp. 1334 ss, 1363-1364, § 101.

<sup>110</sup> Décision *Botti c. Italie* du 2 décembre 2004, requête n° 77360/01, à propos d'une personne exposée à la fumée du tabac : « *Considérant que les intérêts du requérant, en tant que non-fumeur, s'opposent à ceux d'autres individus à continuer de fumer, et eu égard à la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales, la Cour estime que l'absence d'interdiction générale de fumer dans les endroits ouverts au public ne s'analyse pas en un défaut de protection de la part de l'Etat italien des droits du requérant au regard des articles 2 et 8 de la Convention [...].* »

Voir aussi la décision *Vaden c. Grèce* du 20 octobre 2005, requête n° 35115/03, dans laquelle la Cour a déclaré recevable la requête d'un détenu se plaignant notamment d'avoir été exposé à la fumée du tabac en prison, mais a refusé d'y voir une violation de l'article 8 CEDH : « *Le requérant se plaint des conditions de son incarcération dans les prisons de Chalkida et de Korydallos. Il relève, en particulier, qu'en raison du tabagisme passif, des odeurs désagréables et des insomnies provoquées par les discussions, le ronflement ou les chuchotements des autres prisonniers, son espérance de vie sera réduite. Il invoque les articles 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 17, 18 de la Convention et les articles 1, 2, 3 du Protocole no 1 et 2 du Protocole no 7. La Cour examinera ce grief sous l'angle de l'article 3 de la Convention [interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants], seule disposition pertinente en l'espèce.* »

<sup>111</sup> Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

<sup>112</sup> Arrêt *Ostrovar c. Moldavie* du 13 septembre 2005, requête n° 35207/03, § 85 : « *The Court further notes that the Government [does] not deny that the applicant was kept in a cell with prisoners who were permitted to smoke in the cell. At the same time it is an undisputed fact that the applicant was suffering from asthma and that the prison authorities were aware of his condition but did not take any steps to separate him from smokers. [...] Accordingly, the Court considers that the Government did not fulfil [its] obligation to safeguard the applicant's health and instead allowed him to be exposed to cigarette smoke, which was dangerous in view of his medical condition, particularly, since the applicant was kept in the cell twenty-three hours a day.* »

Voir aussi l'arrêt *Novoselov c. Russie* du 2 juin 2005, requête n° 66460/01, §§ 34 et 44 ainsi que la décision *Vlasov c. Russie* du 14 février 2006, requête n° 78146/01, ch. 4b de la partie « en fait » et ch. 1b de la partie « en droit » et la décision *Trepashkin c. Russie* du 15 septembre 2005, requête n° 36898/03, ch. 3b de la partie « en fait » et ch. 1 de la partie « en droit ».

<sup>113</sup> Cour de cassation française, chambre sociale, arrêt du 29 juin 2005, pourvoi n° 03-44412 en la cause opposant *Mme X à la société ACME Protection*.

passage d'une obligation de moyen à une obligation de résultat crée pour les employeurs une situation de risque juridique totalement inédite. Dans un arrêt du 8 février 2006, le Tribunal fédéral a estimé que les travailleurs allergiques à la fumée ont droit à une protection accrue sur leur lieu de travail<sup>114</sup>. Transposer cette jurisprudence à des rapports de service entre l'Etat et ses employés n'est pas une simple vue de l'esprit.

L'évolution de la théorie des obligations positives dans le contexte qui nous occupe pourrait toucher l'Etat à un double titre :

- s'il est démontré, voire rendu vraisemblable qu'il n'a pas protégé ses employés contre le tabagisme passif et qu'il en résulte un dommage pour un ou plusieurs employés ;
- s'il est démontré, voire rendu vraisemblable qu'il n'a pas protégé des détenus<sup>115</sup>, des patients de longue durée d'hôpitaux publics, etc. contre le tabagisme passif et qu'il en résulte un dommage pour ces personnes.

La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme sur les conditions de détention semble évoluer dans ce sens. Le rapport du Conseil d'Etat n'en tient pas suffisamment compte<sup>116</sup>.

### C. La restriction des libertés

#### 1. La base légale

Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur *une base légale*. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi<sup>117</sup>. L'initiative 129 est de nature constitutionnelle. Elle satisfait dès lors les exigences découlant de l'article 36 al. 1 Cst. féd. Il convient néanmoins de formuler deux précisions.

En premier lieu, l'article 178B al. 1 Cst. GE ne constitue aucunement un blanc-seing en faveur du Conseil d'Etat. Les mesures que le Conseil d'Etat est chargé de prendre contre les atteintes à l'hygiène et à la santé de la population résultant de l'exposition à la fumée du tabac seront limitées. Les mesures les plus importantes en la matière devront reposer sur une base *légale formelle*<sup>118</sup>. Cette remarque ne remet pas en cause la validité de l'article 178B al. 1 Cst. GE, mais seulement sa portée.

En second lieu, le canton de Genève ne pourra faire l'économie d'*une loi* mettant en œuvre les alinéas 2 et 3 de l'article 178B Cst. GE. Pour ne prendre qu'un exemple, les sanctions en cas de violation de l'interdiction de fumer dans des lieux publics devront figurer dans une loi au sens formel<sup>119</sup> et non pas simplement dans un règlement du Conseil d'Etat.

#### 2. Le but légitime

Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui<sup>120</sup>. Ainsi l'Etat peut-il être amené à agir afin de protéger les intérêts d'autrui.

<sup>114</sup> ATF du 8 février 2006 en la cause 4C.354/2005.

<sup>115</sup> Voir le rapport précité du Conseil fédéral (note 36), p. 11.

<sup>116</sup> Rapport (note 36), pp. 16-17.

<sup>117</sup> Article 36 al. 1, 1<sup>ère</sup> et 2<sup>ème</sup> phrases, Cst. féd.

<sup>118</sup> AUER (note 47), p. 13, n<sup>os</sup> 74-75.

<sup>119</sup> Rapport du Conseil d'Etat (note 36), p. 26, note 84.

<sup>120</sup> Article 36 al. 2 Cst. féd.

L'initiative 129 tend à la protection de l'*hygiène publique* et de la *santé*<sup>121</sup>. Ce sont indiscutablement des buts légitimes au regard de l'article 36 al. 2 Cst. féd.<sup>122</sup> En outre, l'initiative 129 protège les *droits des non-fumeurs*. S'agit-il de droits fondamentaux au sens de la disposition constitutionnelle précitée ? Certes, la Constitution fédérale ne garantit ni le droit à la santé, ni le droit à un environnement sain. Cependant, le droit à la protection de la sphère privée entre aussi en ligne de compte du point de vue des non-fumeurs<sup>123</sup>. Dans cette optique également, l'initiative 129 répond à un but légitime.

### 3. La proportionnalité

Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé<sup>124</sup>. Indépendamment de la question de savoir si un droit fondamental est touché, l'activité de l'Etat doit respecter le principe de la proportionnalité<sup>125</sup>. L'examen de la proportionnalité de l'initiative 129 requiert une analyse très fine et complexe, raison pour laquelle elle fera l'objet d'une partie entière du présent avis de droit<sup>126</sup>. Avant de nous atteler à cette tâche, il convient de nous arrêter quelques instants sur l'influence de divers principes sur l'analyse des conditions de restriction des libertés.

### 4. L'examen des restrictions à l'aune des principes de prudence, prévention et précaution

En vertu de l'article 74 al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase, Cst. féd., la Confédération est tenue de veiller à prévenir les atteintes nuisibles ou incommodes pour l'être humain et son environnement naturel. Le texte français de l'article 74 al. 2 Cst. féd. est imprécis dans la mesure où il consacre, en réalité, le *principe de précaution (Vorsorgeprinzip)*<sup>127</sup> et non pas simplement le principe de prévention<sup>128</sup>. Les cantons sont aussi concernés. On trouve, du reste, une ébauche du principe de prévention, voire de précaution dans la Constitution genevoise<sup>129</sup>. Au surplus, le principe de précaution revêt aussi une grande importance en droit européen de la santé et des denrées alimentaires<sup>130</sup>.

La question de savoir si l'article 74 Cst. féd. vise aussi – et, le cas échéant, dans quelle mesure – les locaux intérieurs est controversée<sup>131</sup>. Nous ne souhaitons pas trancher la question de manière définitive dans le présent avis de droit. On observera simplement que lorsque la santé

<sup>121</sup> Titre de l'article 178B Cst. GE.

<sup>122</sup> AUER (note 47), p. 14, n<sup>os</sup> 79 et 82.

<sup>123</sup> JAAG/RÜSSLI (note 36), p. 28.

<sup>124</sup> Article 36 al. 3 Cst. féd.

<sup>125</sup> Article 5 al. 2 Cst. féd. Dans le même sens, voir le rapport du Conseil d'Etat (note 36), p. 15.

<sup>126</sup> Voir *infra* IV.

<sup>127</sup> Dans ce sens, voir notamment HERIBERT RAUSCH / ARNOLD MARTI / ALAIN GRIFFEL, *Umweltrecht – Ein Lehrbuch*, Zurich / Bâle / Genève 2004, p. 19, n<sup>o</sup> 43 ; voir également ALEXANDRE FLUECKIGER, note in RDAF 2003, pp. 527-529, 528.

<sup>128</sup> Sur la distinction entre ces deux principes, voir notamment FLUECKIGER (note 127), p. 528 : « Le principe de précaution prend en quelque sorte le relais du principe de prévention lorsque l'on est en face d'une atteinte potentiellement grave sans que celle-ci puisse être établie avec certitude en l'état actuel des connaissances scientifiques. » ; voir également du même auteur, *La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution*, Revue européenne des sciences sociales 2003, pp. 107-127, 112-113.

<sup>129</sup> Article 160D al. 4 Cst. GE (protection de l'environnement au sens large, comprenant la garantie d'un environnement sain et d'une bonne qualité de vie ; cf. l'alinéa 1 de cet article).

<sup>130</sup> Voir spécialement ROLF H. WEBER / MICHAEL VLCEK, « *Vorsorgeprinzip als Wegweiser im Lebensmittel- und Gesundheitsrecht* », Jusletter du 3 avril 2006.

<sup>131</sup> Pour une réponse positive, JAAG/RÜSSLI (note 36), p. 26 ; BAUMBERGER (note 41), p. 34.

Pour une réponse négative, voir l'avis de droit précité de l'OFJ (note 36), p. 1058.

publique est en jeu, une collectivité publique dispose d'une certaine marge d'appréciation lui permettant d'opter pour des mesures protectrices. Il s'agit d'une forme de *prudence* qui ne prête guère à la critique.

Cela dit, ni le principe de prévention, ni celui de précaution ne sauraient se substituer à toute analyse de la légitimité et de la proportionnalité d'une mesure. Toutefois, le principe de précaution en tout cas peut conduire à *un certain assouplissement* de l'examen de la proportionnalité d'une mesure, notamment de son aptitude<sup>132</sup> et de sa nécessité<sup>133</sup>. Ce principe influence également la pesée des intérêts que requiert le principe de la proportionnalité au sens étroit<sup>134</sup>. Il est vrai que la doctrine et la jurisprudence se sont encore peu intéressées à la relation entre le principe de précaution et le principe de la proportionnalité<sup>135</sup>. A notre sens, l'un ne se substitue pas à l'autre, mais peut conduire à l'assouplissement de son examen. Le principe de proportionnalité constitue aussi une limite du principe de précaution<sup>136</sup>.

La nocivité du tabagisme passif est aujourd'hui établie. Des doutes ne sont plus permis à ce propos. Il n'est dès lors pas nécessaire de se retrancher, *d'une manière générale*, derrière le principe de précaution pour légitimer des interventions de l'Etat. Au reste, même si l'on souhaitait faire application de ce principe, le seuil minimal de scientificité exigé pour l'appliquer<sup>137</sup> serait clairement atteint<sup>138</sup>. Cela étant précisé, le principe de prévention, voire celui de précaution peuvent néanmoins entrer en ligne de compte lors du *choix des mesures* pour lutter contre le tabagisme passif.

#### IV. La proportionnalité de l'initiative populaire 129

Le principe de la proportionnalité se décompose en trois sous-principes : l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens étroit. L'activité de l'Etat doit, d'une manière générale, être proportionnée au but visé<sup>139</sup>. Cette exigence ne se limite dès lors pas aux restrictions apportées aux droits fondamentaux<sup>140</sup>, même si l'examen de la proportionnalité d'un acte étatique est sans doute plus stricte lorsque sont touchés des droits fondamentaux. Le principe a en réalité une portée générale<sup>141</sup>. Aussi convient-il d'examiner la proportionnalité de toutes

<sup>132</sup> FLUECKIGER (note 128), p. 115.

<sup>133</sup> Voir notamment, parmi de nombreux auteurs, RAUSCH / MARTI / GRIFFEL (note 127), pp. 20-21, n° 47 et les références doctrinales : « *In materieller Hinsicht muss die Schädlichkeit oder Gefährlichkeit eines bestimmten Verhaltens bzw. einer bestimmten Situation nicht mit naturwissenschaftlicher Genauigkeit erwiesen sein, um rechtliche Folgen zu haben. Ebenso wenig muss die Notwendigkeit oder Wirksamkeit einer entsprechenden Massnahme strikt nachgewiesen sein. [...] Es genügt also eine einigermaßen reelle, plausible, auf Erfahrungswerte gestützte Wahrscheinlichkeit. Dabei ist im Zweifelsfall auf das pessimistischere Szenario abzustellen (« in dubio pro securitate » [...]). »*

<sup>134</sup> RAUSCH / MARTI / GRIFFEL (note 127), pp. 28-29, n° 77 et l'exemple cité.

<sup>135</sup> Voir néanmoins RAUSCH / MARTI / GRIFFEL (note 127), pp. 28-29, n° 75-77.

<sup>136</sup> Dans ce sens, RETO MORELL in BERNHARD EHRENZELLER / PHILIPPE MASTRONARDI / RAINER J. SCHWEIZER / KLAUS A. VALLENDER (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, Lachen / Zurich 2002, p. 861, n° 18 ad Art. 74.

<sup>137</sup> Sur ce point, voir notamment FLUECKIGER (note 128), pp. 115-116 et 125.

<sup>138</sup> Voir cependant AUER (note 47), p. 16, n° 96.

<sup>139</sup> Article 5 al. 2 *in fine* Cst. féd.

<sup>140</sup> Article 36 al. 3 Cst. féd.

<sup>141</sup> Il doit, par exemple, être appliqué lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue des mesures que doit prendre une entreprise pour protéger la santé des travailleurs (HANS-ULRICH SCHEIDEGGER / CHRISTINE PITTELOU in GEISER / VON KAENEL / WYLER [note 41], p. 120, n° 19 ad Art. 6), étant précisé que la protection de la santé constitue une première priorité pour l'entreprise (ATF du 8 février 2006 en la cause 4C.354/2005, consid. 5.4.4).

les parties de l'initiative 129, y compris celles dont il est douteux qu'elles portent atteinte à des droits fondamentaux.

### A. L'aptitude

La règle de l'*aptitude* veut que la mesure choisie par l'autorité soit propre à atteindre le but visé. Il faut que le moyen mis en œuvre par l'autorité puisse *effectivement* permettre de réaliser le but visé.

A partir du moment où il est établi que le tabagisme passif nuit à la santé<sup>142</sup>, une norme qui tend à réduire, voire à supprimer l'exposition à la fumée du tabac dans les lieux publics intérieurs ou fermés est propre à atteindre le but visé, à savoir la protection de l'hygiène publique, de la santé et des droits d'autrui<sup>143</sup>. Ainsi l'initiative 129 respecte-t-elle la règle de l'*aptitude*.

### B. La nécessité

La règle de la *nécessité* impose à l'autorité de choisir, parmi différentes mesures propres à atteindre le but visé, celle qui porte le moins gravement atteinte aux intérêts des personnes touchées. Concrètement, « une mesure est disproportionnée s'il est possible d'atteindre le même résultat par un moyen moins incisif »<sup>144</sup>.

Si elle permettait d'atteindre le même résultat, *la seule contrainte ou pression sociétale* pourrait être considérée comme suffisante<sup>145</sup>. Cependant, aujourd'hui encore, de l'avis du Conseil fédéral, des centaines de personnes meurent prématurément chaque année du fait de leur exposition à la fumée du tabac<sup>146</sup>. De nombreux fumeurs fument dans des lieux publics où se trouvent également des non-fumeurs (personnel, usagers et clients). Cette seule contrainte ou pression ne saurait dès lors suffire et ne permet pas d'atteindre le même résultat que l'initiative 129.

La création d'*espaces fumeurs bien délimités mais non fermés* est un autre moyen qui est parfois invoqué afin de s'opposer à une interdiction totale de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés. Dans une étude récente, commandée par le Ministre français de la santé et de la solidarité, il est indiqué que l'existence d'emplacements fumeurs délimités mais non fermés « prête à confusion et à détournement, n'est pas acceptable sur le plan sanitaire de la protection des non-fumeurs et ne l'est plus socialement »<sup>147</sup>.

La *ventilation* de bâtiments ou locaux occupés tant par des fumeurs que par des non-fumeurs, sans qu'il y ait de séparation nette, est aussi un moyen qui est parfois invoqué afin de

<sup>142</sup> Voir notamment le rapport précité du Conseil fédéral (note 36), p. 2 (résumé) : « *L'effet néfaste du tabagisme passif sur la santé de l'être humain de tout âge est établi et bien documenté. Il n'y a pas de niveau d'exposition à la fumée du tabac qui soit inoffensif.* »

<sup>143</sup> Dans le même sens, JAAG / RÜSSLI (note 36), p. 28 et le rapport du Conseil d'Etat (note 36), p. 19.

<sup>144</sup> Pour une approche nettement plus circonspecte, voir AUER (note 47), pp. 16-17, n<sup>os</sup> 96-97.

<sup>145</sup> Voir AUER (note 47), pp. 17-18, n<sup>os</sup> 100-103.

<sup>146</sup> Voir le rapport précité (note 36), p. 2 (résumé) : « *Le tabagisme passif engendre une morbidité (asthme, pneumonie, etc.) et une mortalité accrues (infarctus du myocarde, cancer du poumon, mort subite du nourrisson, etc.). Son impact est estimé à plusieurs centaines de décès prématurés par an – soit davantage que les décès causés par les actes de violence, le sida ou la consommation de drogues illégales.* »

<sup>147</sup> Rapport de l'IGAS (note 93), p. 42.

s'opposer à une interdiction totale de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés<sup>148</sup>. Cependant, l'efficacité de la seule ventilation est largement contestée<sup>149</sup>. De plus, pour être performante, la ventilation occasionne des coûts importants. En période d'économie d'énergie, on peut raisonnablement se demander si une consommation supplémentaire d'énergie se justifie uniquement pour extraire la fumée se trouvant à l'intérieur de bâtiments ou locaux, alors que les fumeurs peuvent eux-mêmes fumer à l'extérieur.

Enfin, le cloisonnement des emplacements fumeurs, accompagné d'une ventilation efficace est probablement la mesure qui est la plus susceptible d'atteindre le but visé par l'initiative 129<sup>150</sup>. Cependant, « les nombreuses expertises réalisées pour étudier l'impact des différents niveaux de ventilation (technique de dilution) sur les composantes nocives de la fumée du tabac présentes sous forme de particules dans l'air (CO, NO, composés aromatiques et nicotine) montrent que ces composantes ne disparaissent pas totalement : cette pollution serait diminuée de 90% par la ventilation la plus performante (technologie de déplacement). Non seulement, en effet, la fumée ne doit pas pénétrer chez les non-fumeurs, mais il faut aussi que ces espaces soient respirables pour les fumeurs. »<sup>151</sup>

D'autres arguments peuvent conduire à la conclusion que l'existence de locaux réservés aux fumeurs, cloisonnés et bien ventilés, ne permet pas d'atteindre le même résultat qu'une interdiction totale : « L'interdiction absolue présente l'intérêt d'être claire et sans ambiguïté. Les fumeurs, même fermés et dédiés, ne sont pas totalement fiables du point de vue de la

<sup>148</sup> Pour une telle approche, cf. SECRETARIAT D'ETAT À L'ÉCONOMIE, *Santé au travail – Commentaire des ordonnances 3 et 4 relatives à la loi sur le travail*, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2005, ad Art. 19 OLT 3 ; voir aussi BAUMBERGER (note 41), p. 93.

Même si ce commentaire réalisé par le seco revêt une certaine importance (HANS-ULRICH SCHEIDEGGER / CHRISTINE PITTELOUD in GEISER / VON KAENEL / WYLER [note 41], p. 119, n° 17 ad Art. 6), il a été réalisé, s'agissant de l'article 19 OLT 3, en 1995. Il ne reflète plus suffisamment, à notre sens, l'état des connaissances et des exigences en matière de protection de la santé au travail.

<sup>149</sup> DIMITRIOS KOZIAS ET AL. (Centre de recherche européen), *Preliminary Results on the Impact of Various Air Exchange Rates on the Levels of Environmental Tobacco Smoke (ETS) Components*, Rapport établi pour la Commission européenne, Ispra (Italie) 2003, dans lequel il est indiqué que les résultats obtenus lors de tests sur l'exposition au tabagisme passif en milieu fermé montrent que les différents niveaux de ventilation dans des conditions recréant des situations réelles ne diminuent pas la présence de composantes nocives issues de la fumée du tabac. Il en est déduit que les efforts de réduction de la pollution atmosphérique intérieure par une ventilation accrue ne vont pas mener à une amélioration de la qualité de l'air. Les substances polluantes sont émises en grande quantité pendant que la cigarette est fumée et ne se résorbent que lentement même en présence de ventilation de différentes vitesses. La diffusion de polluants étant lente, sa dilution avec de l'air propre ne permet pas de baisser la nocivité rapidement. En fin de compte, la ventilation n'est pas considérée comme une mesure efficace de contrôle de la fumée du tabac. Voir également ASHRAE (American Society of Heating, Refrigerating and Air-conditioning Engineers), *Environmental Tobacco Smoke, Position Document Approved by ASHRAE Board of Directors*, 30 juin 2005, p. 2 (résumé) : « No other engineering approaches, including current and advanced dilution ventilation or air cleaning technologies, have been demonstrated or should be relied upon to control health risks from ETS [Environmental Tobacco Smoke] exposure in spaces where smoking occurs. Some engineering measures may reduce that exposure and the corresponding risk to some degree while also addressing to some extent the comfort issues of odor and some forms of irritation. »

<sup>150</sup> Le rapport du Conseil d'Etat (note 36, p. 20) va dans ce sens, ce qui ne l'empêche pas de valider intégralement l'initiative 129.

Voir aussi AUER (note 47), p. 18, n° 108 ; JAAG / RÜSGLI (note 36), p. 28 : « Weniger einschneidende Massnahmen sind insbesondere getrennte Räume für Raucher und Nichtraucher oder Raucherplätze im Freien. Wo auf diesem Weg der Schutz von Passivrauchern gewährleistet kann, ist ein vollständiges Rauchverbot nicht erforderlich und daher unverhältnismässig. »

<sup>151</sup> Rapport de l'IGAS (note 93), p. 15 ainsi que l'annexe 12 de ce rapport (résumé de diverses études). Voir néanmoins ASHRAE (note 149), p. 2 (résumé) : « Although complete separation and isolation of smoking rooms can control ETS exposure in non-smoking spaces in the same building, adverse health effects for the occupants of the smoking room cannot be controlled by ventilation. »

protection des non-fumeurs. Ils ne correspondent pas non plus aux besoins des fumeurs qui, souvent, ne les apprécient guère. Ils sont coûteux et peuvent créer des distorsions de concurrence entre les entreprises. La possibilité de fumeurs crée des confusions au niveau de l'interprétation et du contrôle de l'application de la loi.<sup>152</sup> Pour des motifs similaires, la Chambre des Communes a récemment opté pour une interdiction totale de fumer dans les établissements publics en Angleterre et au Pays de Galles, sans permettre l'installation de fumeurs.<sup>153</sup>

Il ne s'agit pas de se fier à un rapport plutôt qu'à un autre. Des études conduisent peut-être à des résultats différents. Cela dit, une collectivité publique peut légitimement se fier à des études récentes et impartiales, commandées par la Commission européenne et par le Ministre français de la santé et de la solidarité. Il ne s'agit pas non plus de se fier à la solution retenue dans un pays plutôt que dans un autre. Néanmoins, le fait que plusieurs pays démocratiques, dans lesquels les droits fondamentaux sont garantis, aient récemment opté pour une interdiction totale, constitue une indication qu'une telle solution peut être jugée *nécessaire* pour lutter efficacement contre l'exposition à la fumée du tabac.

Nous examinerons de manière approfondie ces différents arguments lorsque nous nous pencherons sur le sous-principe de la proportionnalité au sens étroit. En l'état de notre analyse, nous estimons que l'initiative 129 respecte le sous-principe de la nécessité, mais pour autant que la notion de « lieux publics intérieurs ou fermés »<sup>154</sup> soit définie de manière plus étroite qu'elle ne l'est à l'article 178B al. 2 Cst. GE.<sup>155</sup>

### C. La proportionnalité au sens étroit

#### 1. La notion

La règle de la *proportionnalité au sens étroit* suppose de mettre en balance la gravité des effets de la mesure choisie sur la situation des personnes touchées et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public ou de la protection des droits d'autrui. La proportionnalité au sens étroit est généralement le sous-principe décisif lors de l'examen d'une mesure portant atteinte aux libertés individuelles.

La portée de l'initiative 129 est très large. Il n'est pas possible de conclure d'une manière générale à sa validité sans examiner, séparément, les différents lieux publics intérieurs ou fermés visés.

#### 2. L'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés

##### a) La notion de « lieux publics intérieurs ou fermés »

En vertu de l'article 178B al. 2 Cst. GE, « [a]fin de protéger l'ensemble de la population, il est interdit de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés, tout particulièrement dans ceux soumis à une autorisation d'exploitation ».

<sup>152</sup> Rapport de l'IGAS (note 93), pp. 55-56.

<sup>153</sup> Articles 2 et 3 § 3 du Health Bill (76) du 15 février 2006.

Voir la note de synthèse établie par BBC News le 14 février 2006, *Q&A: Ban on smoking in public*, annexée au présent avis de droit.

<sup>154</sup> Article 178B al. 2 Cst. GE.

<sup>155</sup> Voir *infra* IV.C.2 et IV.C.3.

La notion clé de cet alinéa est celle de « lieux publics », notion que l'on trouve notamment à l'article 8 al. 2 de la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) pour la lutte antitabac, du 21 mai 2003 (ci-après : « CCLAT ») :

« Chaque Partie adopte et applique, dans le domaine relevant de la compétence de l'Etat en vertu de la législation nationale, et encourage activement, dans les domaines où une autre compétence s'exerce, l'adoption et l'application des mesures législatives, exécutives, administratives et/ou autres mesures efficaces prévoyant une protection contre l'exposition à la fumée du tabac dans *les lieux de travail intérieurs, les transports publics, les lieux publics intérieurs et, le cas échéant, d'autres lieux publics* »<sup>156</sup>.

La Suisse a signé la CCLAT, mais ne l'a pas encore ratifiée. Les réponses de l'OMS aux questions les plus fréquentes en matière de tabagisme passif se fondent, elles aussi, sur la notion de « lieu public » :

« How to protect the passive smoker?

- i. Recognise that everyone has the right to breathe air not contaminated with tobacco smoke.
- ii. Recognize that all workers have the right to work in places where they are not exposed to the harmful effects of SHS [Second Hand Smoke].
- iii. Increase consciousness that smoking harms not only the person who smokes but also those around him/her. This is especially important to protect people from exposure to SHS at home, where legislation has no effect.
- iv. Legislate in favour of an individual's right to a smoke-free environment. Governments can legislate to protect people from involuntary exposure to tobacco smoke by establishing smoke-free public places and workplaces.»<sup>157</sup>

Il paraît dès lors difficile de reprocher aux initiants d'avoir utilisé la notion de « lieu public » puisque l'OMS se fonde sur celle-ci dans le cadre de la lutte contre le tabagisme passif. Au reste, cette notion est un concept indéterminé, relativement souple, permettant une mise en œuvre différenciée<sup>158</sup>.

L'exposé figurant sur la formule de récolte des signatures donne des indications générales sur la raison d'être de l'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés : « Le personnel des établissements publics est le plus exposé. Il doit pouvoir travailler dans un environnement professionnel qui ne mette pas sa santé en péril. Les personnes les plus vulnérables (femmes enceintes, enfants, personnes âgées, personnes souffrant de troubles respiratoires, cardio-vasculaires et allergiques) ainsi que l'ensemble de la population doivent pouvoir fréquenter les lieux publics sans devoir respirer un air contaminé par la fumée du tabac »<sup>159</sup>. Les explications plus détaillées figurant au dos de l'initiative mettent aussi l'accent sur la protection du personnel et du public. Rien de critiquable jusqu'à présent. La difficulté vient de liste des lieux publics intérieurs ou fermés se trouvant à l'article 178B al. 3 Cst. GE<sup>160</sup>.

<sup>156</sup> Nous soulignons.

<sup>157</sup> Adresse Internet suivante : [http://www.who.int/tobacco/research/secondhand\\_smoke/faq/en/index.html](http://www.who.int/tobacco/research/secondhand_smoke/faq/en/index.html) (nous soulignons).

<sup>158</sup> Dans le même sens, AUER (note 47), p. 13, n° 73 : « [...] plusieurs [des] dispositions [de l'art. 178B Cst. GE] prêteront à interprétation, notamment la notion de "lieux publics intérieurs ou fermés". »

<sup>159</sup> Deuxième point de l'argumentaire de l'initiative 129 (« Pourquoi cette initiative ? »), figurant au bas de la page de signature de l'initiative.

<sup>160</sup> Voir *infra* IV.C.3.

b) *L'équation « bâtiment public ou ouvert au public = lieu public »*

L'article 178B al. 3 Cst. GE indique ce qu'il faut entendre par « lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés sont concernés » par l'interdiction. La liste paraît adéquate dans son principe. Cependant, si certains bâtiments ou établissements qui y sont énumérés comportent certes des lieux publics intérieurs ou fermés valablement visés par l'interdiction, ils comprennent néanmoins aussi des lieux privatifs, dans lesquels il n'est pas évident que l'interdiction trouve application. Ainsi, la fumée devrait être interdite dans une cellule individuelle d'une prison ou dans une chambre d'hôtel, en vertu de l'article 178B al. 3 let. a et c Cst. GE, alors même qu'il s'agit de lieux à caractère privatif. Cela ne remet cependant pas en cause le fait que les prisons et les hôtels sont concernés par l'interdiction et que la protection du public ainsi que du personnel doit aussi être garantie en leurs murs.

En somme, l'alinéa 3 de l'article 178B Cst. GE est trop large (*overinclusive*) par rapport au but – légitime – visé. Cela conduit à s'interroger sur une invalidation totale ou partielle de l'initiative 129.

c) *Pour une invalidation partielle, très limitée, de l'initiative 129*

Comme nous l'avons vu, l'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés est, en tant que telle, admissible. La volonté de protéger la population est aussi parfaitement admissible. Ce sont là des points suffisamment importants et centraux de l'initiative 129 pour exclure son invalidation totale. Du reste, l'argumentaire figurant sur la page même de signature de l'initiative 129<sup>161</sup> met l'accent sur ces points.

Toute la difficulté vient du fait qu'en vertu de l'article 178B al. 3 Cst. GE l'*intégralité* des bâtiments qui y sont énumérés sont assimilés à des lieux publics, alors qu'ils peuvent parfaitement comprendre des espaces privatifs. Restent donc deux possibilités : biffer purement et simplement l'alinéa 3 ou procéder à une ablation réduite. A notre sens, la deuxième solution est possible et doit, par conséquent, être préférée car elle permet de conserver la plus grande partie du texte. Le début de l'alinéa 3 a la teneur suivante : « Par lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés sont concernés, il faut entendre : [...] ». Dans l'optique de valider aussi largement que possible l'initiative 129, nous préconisons de supprimer les mots « Par lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés », la virgule après « sont concernés » et les mots « il faut entendre ». L'alinéa 3 de l'article 178B Cst. GE aurait ainsi la teneur suivante :

- « <sup>3</sup> sont concernés :
- a) [...];
  - b) [...];
  - c) [...];
  - d) [...];
  - e) [...]. »

Tous les bâtiments, locaux, établissements ou transports énumérés à l'article 178B al. 3 Cst. GE sont effectivement concernés<sup>162</sup> par l'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou privés. L'interdiction les concerne *dans la mesure où* ils constituent des lieux publics. Elle les concerne, en d'autres termes, *pour leurs parties* qui doivent être considérées

<sup>161</sup> L'article 66 al. 3 Cst. GE ne prévoit pas de se fonder sur l'argumentaire à l'appui d'une initiative populaire. Le Tribunal fédéral le fait néanmoins à propos des initiatives populaires genevoises (ATF 128 I 190 *Michel Rossetti*, consid. 6.2).

<sup>162</sup> Le Grand Robert de la langue française, 2<sup>ème</sup> éd., tome 2, Paris 2001, p. 389 : « Etre concerné, intéressé, touché (par qqch.) ; avoir affaire avec. [...] Je ne suis pas concerné : cela ne me regarde pas. »

comme des lieux publics. Il se peut, en effet, que seule *une partie* de certains bâtiments ou établissements mérite d'être qualifiée de la sorte. L'assouplissement que nous préconisons ne doit cependant pas remettre en cause les buts fondamentaux de l'initiative 129, à savoir :

- protéger le public ;
- protéger le personnel ;
- mettre en place une interdiction aussi étendue que possible dans les bâtiments, locaux, établissements ou transports publics ou ouverts au public.

Le fait que l'interdiction de fumer ne s'applique pas dans certains locaux à caractère exclusivement ou essentiellement privatif ne revient pas à créer une dérogation à l'interdiction de fumer dans les lieux publics, mais à *définir* de manière plus précise et plus exacte cette dernière notion<sup>163</sup>. Paradoxalement, l'invalidation partielle que nous préconisons et l'analyse du « contenu » des bâtiments et établissements publics ou ouverts au public ont pour conséquence de coller de manière plus proche aux buts fondamentaux de l'initiative 129 que ne le fait cette dernière dans sa version intégrale.

Il appartiendra à la *législation d'exécution* de préciser ce point. A cet égard, le canton de Genève ne connaît pas le système de la « réserve de la constitution » (« *Verfassungsvorbehalt* »), en vertu duquel les lois cantonales doivent reposer sur une base constitutionnelle<sup>164</sup>. Le Grand Conseil est dès lors compétent pour adopter une loi d'exécution de l'article 178B Cst. GE, même si cette disposition et le reste de la Constitution genevoise ne le prévoient pas expressément.

La solution que nous préconisons présente l'avantage de conserver la presque totalité de l'article 178B Cst. GE sans procéder à l'adjonction de mots, ce qui n'est pas autorisé dans le cadre de l'examen de la validité d'une initiative populaire. Le seul point délicat est que l'alinéa 3 commencerait, en vertu de notre proposition, par une lettre minuscule. Nous avons la faiblesse de penser que les juristes peuvent accepter cette petite incartade par rapport aux canons de la technique législative ! Au reste, la pratique admet une correction purement formelle<sup>165</sup>, telle que celle qui consiste à mettre une majuscule au verbe « sont », à l'article 178B al. 3 Cst. GE, une fois l'ablation effectuée.

Il nous faut maintenant indiquer dans quelle mesure au moins les bâtiments, locaux, établissements et transports concernés par l'interdiction de fumer constituent des lieux publics. En cas de doute, il conviendra d'étendre autant que possible, le champ de l'interdiction car tel semble le but de l'initiative 129.

<sup>163</sup> Dans le même sens, voir le rapport de l'IGAS (note 93), p. 41.

<sup>164</sup> Ce système existe dans certains cantons alémaniques (voir notamment l'article 26 al. 1 de la Constitution argovienne du 25 juin 1980 et le § 90 de la Constitution de Bâle-Campagne, du 17 mai 1984).

<sup>165</sup> Voir TSCHANNEN (note 31), p. 9, n° 11.

### 3. Les lieux publics intérieurs ou fermés valablement visés par l'initiative populaire 129

a) *Tous les bâtiments ou locaux publics dépendant de l'Etat et des communes ainsi que de toutes autres institutions de caractère public*

#### aa) *Les principes*

Au préalable, il convient de rappeler que les bâtiments et locaux publics auxquels, d'une manière générale, le droit genevois ne s'applique pas, ne sont évidemment pas concernés par l'interdiction de fumer.

L'interdiction peut viser tous les lieux de passage (halls, couloirs, etc.), les lieux de réunion (salles de réunion) et les lieux collectifs (bureaux collectifs, salles de classes, cafétérias, etc.) dans les bâtiments ou locaux visés par l'article 178B al. 3 let. a Cst. GE. Le séjour dans ces lieux est suffisamment court pour les fumeurs si bien que l'atteinte à leur liberté personnelle ou à la protection de leur sphère privée doit être considérée comme faible, si tant est que l'on considère que ces deux droits sont touchés. Ces personnes ont la possibilité de sortir du bâtiment pour fumer. Une collectivité publique peut valablement considérer, au vu de ce qui précède, que des motifs de santé publique et de protection des droits d'autrui l'emportent sur des considérations liées aux libertés individuelles des fumeurs.

On peut néanmoins se poser la question de savoir si la création d'*espaces fumeurs* bien délimités, voire de *fumoirs cloisonnés* n'est pas une mesure plus respectueuse des libertés. Comme nous l'avons vu<sup>166</sup>, des motifs liés à la santé publique, mais aussi à l'efficacité de l'interdiction peuvent conduire une collectivité publique à renoncer à la création de tels espaces ou de tels fumoirs. La ventilation n'est généralement pas une réponse satisfaisante<sup>167</sup>, ses coûts sont importants et la tendance est plutôt à l'économie d'énergie. Il faut encore ajouter que les collectivités publiques jouissent, *comme tout propriétaire foncier*, d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer ce qui est permis et ce qui est interdit dans leur bâtiment. A titre de comparaison, plusieurs entreprises interdisent d'ores et déjà de fumer dans l'intégralité de leurs bâtiments<sup>168</sup>, en mettant en avant la protection de la santé de leur personnel, voire du public. Ainsi l'initiative 129 ne préconise-t-elle pas une solution farfelue et inconnue en pratique. On nous rétorquera peut-être que l'Etat est lié par les droits fondamentaux, ce qui n'est pas directement le cas d'un employeur privé. Toutefois, en vertu de l'article 328 du Code des obligations (CO), un employeur privé est tenu de protéger et de respecter, dans les rapports de travail, la personnalité de ses employés. Cette obligation est proche de celle qui est faite à l'Etat-employeur de protéger la liberté personnelle et la sphère privée des membres de la fonction publique. La comparaison est dès lors possible *mutatis*

<sup>166</sup> Voir *supra* IV.B.

<sup>167</sup> Elle ne l'est – semble-t-il – qu'à des conditions très strictes. Voir ASHRAE (note 149), p. 6 : « *Allowing smoking only in separate and isolated rooms, typically dedicated to smoking, can control ETS exposure in non-smoking spaces in the same building. Effective isolation is achievable through airflow and pressure control including location of supply outlets and return and exhaust air inlets to preserve desirable airflow directions at doorways, as well as the use of separate ventilation systems serving the smoking spaces.* » Dans un tel cas, les personnes qui occupent le fumoir ne sont elles-mêmes évidemment protégées. Voir ASHRAE (note 149), p. 6 : « *The risk of adverse health effects for the occupants of the smoking room cannot be controlled by ventilation* », ce qui conduit l'association à la conclusion suivante : « *A total ban on indoor smoking is the only effective means of controlling the health risks associated with ETS exposure.* »

<sup>168</sup> Apparemment, les bâtiments occupés par des multinationales sont généralement non-fumeurs (voir le courrier du Dr. Elisabeth Conne-Perréard, du 22 mars 2006, annexé au présent avis de droit). Voir aussi les données chiffrées figurant in BAUMBERGER (note 41), p. 173.

*mutandis*. Or il est très intéressant de noter que la doctrine et la jurisprudence ne semblent pas déduire de l'article 328 CO un droit à fumer dans le bâtiment où se trouve le lieu de travail d'un employé. Au contraire, tel qu'il est généralement interprété, l'article 328 CO permet, voire oblige de mettre en place une interdiction de fumer dans un bâtiment lorsque la protection de la santé des employés qui ne fument pas le requiert<sup>169</sup>.

On relèvera enfin que, dans un contexte général de lutte contre la consommation du tabac, il serait peut-être un peu schizophrénique de reconnaître une obligation positive à la charge de l'Etat de mettre en place des fumeurs ou des espaces fumeurs dans ses bâtiments. De surcroît, de tels fumeurs ou espaces altéreraient le message que l'Etat veut faire passer à propos de la nocivité du tabac.

Compte tenu de l'assouplissement que nous préconisons<sup>170</sup>, il s'agit de procéder à une pesée des intérêts extrêmement fine pour déterminer si l'interdiction de fumer doit s'appliquer dans *les locaux à caractère exclusivement ou essentiellement privatif* se trouvant dans des bâtiments publics. Nous allons recenser les locaux dans lesquels l'interdiction de fumer peut poser problème ou, à tout le moins, mérite un examen plus approfondi. Le présent avis de droit ne saurait cependant prétendre à l'exhaustivité sur ce plan. Il contient toutefois des principes qui devraient être utiles pour déterminer le statut de locaux à caractère privatif que nous aurions omis de prendre en compte.

#### *ab) Les bureaux individuels fermés et ventilés*

Les bureaux individuels fermés et ventilés se trouvant dans un bâtiment public, au sens de l'article 178B al. 3 let. a Cst. GE, doivent-ils être exclus du champ d'application de l'interdiction de fumer<sup>171</sup> ? Il nous semble que les droits fondamentaux n'empêchent pas une collectivité de répondre de manière négative à cette question.

Au préalable, il sied d'observer que l'atteinte aux libertés individuelles est limitée dans un tel cas, si tant est qu'elle soit établie. Les occupants de bureaux individuels conservent la faculté, en tout temps, de fumer à l'extérieur du bâtiment. De plus, des entreprises pratiquent une telle interdiction y compris dans les bureaux individuels<sup>172</sup>. Par ailleurs, des problèmes existent quant à la ventilation. Il n'est pas exclu qu'une installation adéquate puisse les résoudre, mais l'on peut se demander s'il appartient à l'Etat d'engager de telles dépenses et de contribuer à l'augmentation d'énergie.

On nous rétorquera que, pour autant que la ventilation permette d'éviter que les occupants d'autres bureaux soient exposés à la fumée du tabac, l'interdiction ne poursuit, dans ce cas, aucun but légitime, si ce n'est celui de lutter uniquement contre *le tabagisme actif*. Or la lutte contre le tabagisme actif par le biais d'une interdiction frappant les personnes majeures sort du cadre de l'initiative 129 et s'avère nettement plus problématique sous l'angle de la protection de la liberté personnelle et de la sphère privée. Cette argumentation n'est qu'en partie exacte, pour trois motifs en tout cas :

<sup>169</sup> Voir, en dernier lieu, l'ATF du 8 février 2006 en la cause 4C.354/2005, consid. 5.4.3 ; voir aussi ERICH JANUTIN, *Gesundheit im Arbeitsrecht*, thèse Zurich, Zurich 1991, p. 181 ; BAUMBERGER (note 41), pp. 93 et 114 avec les références.

Il est vrai que sont surtout visés les locaux communs et les bureaux collectifs (ATF du 8 février 2006 en la cause 4C.354/2005, consid. 5.2 *in fine* et 5.4.2 ; JANUTIN, présente note, p. 181). Le Tribunal fédéral ne déduit pas de l'article 328 CO une obligation générale d'interdire la fumée dans les bâtiments occupés par des travailleurs, mais met l'accent sur la proportionnalité des mesures requises (consid. 5.3 et 5.4).

<sup>170</sup> Voir *supra* IV.C.2.c.

<sup>171</sup> Pour une telle exception, voir AUER (note 47), p. 19, n° 114.

<sup>172</sup> Voir les indications chiffrées figurant in BAUMBERGER (note 41), p. 173.

puisse être résolue de manière satisfaisante, une solution pourrait consister à maintenir une interdiction totale de fumer dans le bâtiment, mais à renoncer, par avance, à infliger des sanctions à de telles personnes ou, à tout le moins, de faire preuve de souplesse à leur endroit. Il ne s'agit ici pas d'une véritable exception dans la mesure où la renonciation à fumer dans le bâtiment public est l'objectif à atteindre pour ces personnes également. Elles sont donc aussi concernées par l'interdiction. L'absence de sanction tiendrait compte de leur situation particulière. Une autre solution consisterait à s'assurer que de telles personnes occupent des bureaux à proximité immédiate d'une sortie du bâtiment ou d'un balcon.

Nous nous bornons ici à formuler une recommandation aux termes de laquelle l'Etat, les communes et les autres institutions de caractère public doivent tenir compte, de manière appropriée, de la situation particulière dans laquelle se trouvent *les personnes à mobilité réduite*.

*ac) Les bureaux collectifs occupés par des fumeurs*

La conclusion à laquelle nous parvenons à propos des bureaux individuels, à savoir que l'interdiction de fumer peut les viser également, vaut *a fortiori* pour les bureaux collectifs, fussent-ils occupés uniquement par des fumeurs ou des personnes acceptant de partager leur bureau avec des fumeurs. On ajoutera simplement que les allées et venues sont inévitablement plus nombreuses dans des bureaux collectifs, lesquels peuvent abriter des installations utilisées par d'autres employés (imprimantes, photocopieuses, téléfax, etc.). De plus, une personne qui fume et qui accepte la fumée dans le bureau qu'elle partage avec d'autres fumeurs peut décider d'arrêter de fumer. Dans une telle hypothèse, on voit mal comment elle pourrait exiger désormais que toutes les autres personnes occupant le bureau cessent de fumer dans celui-ci. De plus, en pratique, il ne sera pas forcément possible d'attribuer rapidement un autre bureau à cette personne.

*ad) Les lieux de détention*

En guise d'introduction, nous ne résistons pas à l'aphorisme suivant : *on ne parle jamais autant de liberté qu'en prison*. Il sera question ici non seulement de la liberté des fumeurs, mais aussi de celle des non-fumeurs.

Au préalable, il paraît essentiel de relever que, dans un lieu de détention également, la santé du personnel et du public doit être protégée<sup>177</sup>. En ce sens, les lieux de détention sont concernés par l'interdiction de fumer et l'initiative 129 les vise également. Cela signifie que les lieux de passage, de réunion et de séjour du personnel ou des détenus non-fumeurs sont soumis à l'interdiction de fumer. Il n'y a dès lors aucune exception à l'interdiction de fumer dans les lieux publics fermés ou intérieurs.

Reste cependant un point très délicat. Comme nous l'avons vu, la liberté personnelle ainsi que la protection de la sphère privée sont tout particulièrement protégées dans les lieux de détention<sup>178</sup>. Le développement de la personnalité des détenus ne saurait être entravé. Leur stabilité mentale doit être prise en compte. Les détenus ne bénéficient que d'une sortie quotidienne à l'air libre. Or chacun sait que, pour un fumeur ordinaire, une seule occasion de fumer par jour n'est pas suffisante. Il en découle que, dans sa version intégrale, l'initiative 129 a pratiquement pour effet d'interdire le *tabagisme actif* dans les lieux de détention. Permettre à un fumeur ordinaire de fumer pendant une unique et brève sortie quotidienne est

<sup>177</sup> VATERLAUS (note 51), p. 12.

<sup>178</sup> Voir *supra* III.B.1 et III.B.2.

- Une personne se trouvant dans un bureau individuel est fréquemment amenée à discuter avec des collègues. Des réunions peuvent se tenir dans son bureau. On ose même espérer que des échanges entre collègues soient fréquents dans la fonction publique. Le bureau ne sera pas toujours fermé, etc. Or des études ont démontré que les éléments nocifs du tabac restent dans l'air longtemps après la consommation du tabac<sup>173</sup>. Aussi l'idée qu'un bureau individuel constitue une sphère parfaitement étanche est-elle hautement discutable<sup>174</sup>.
- Par ailleurs – et l'argument nous semble important, voire décisif à lui seul –, les bureaux individuels sont généralement réservés au personnel de la fonction publique occupant une position hiérarchique relativement élevée<sup>175</sup>. Cela signifie qu'une exception en faveur des personnes occupant des bureaux individuels bénéficierait aux employés se trouvant aux niveaux les plus élevés de la hiérarchie et accentuerait encore celle-ci. Il ne faut probablement pas y voir, à proprement parler, une violation de l'égalité de traitement, car la situation d'une personne se trouvant dans un bureau individuel n'est pas la même que celle d'une personne qui partage un bureau avec d'autres. Néanmoins, on ne pourrait s'empêcher de penser, pour prendre l'exemple de l'Université, qu'une secrétaire doit sortir du bâtiment pour fumer une cigarette, tandis qu'un professeur ordinaire peut fumer dans son bureau, au chaud dans le bâtiment. Un argument tiré de la cohésion entre les membres de la fonction publique (au sens large) et de la solidarité entre eux peut justifier une interdiction totale de fumer dans un bâtiment public, y compris dans les bureaux individuels.
- Il n'est enfin pas déraisonnable de penser qu'une mesure s'appliquant de manière uniforme et à toutes les personnes concernées peut être mieux acceptée et s'avérer plus facile à appliquer. Des exceptions altèrent le message et écornent la politique générale visée. Il peut en résulter une certaine confusion. A titre d'exemple, un chef de service de l'administration qui aurait fumé avant la tenue d'une longue réunion dans son bureau individuel doit-il renoncer à la réunion? Des employés peuvent-ils refuser de se rendre dans son bureau? Les exemples pourraient être multipliés. On le voit, les difficultés d'application ne manqueraient pas de surgir en cas d'autorisation limitée aux bureaux individuels.

Ces arguments peuvent évidemment être discutés, notamment sur le plan de l'opportunité. Néanmoins, le peuple d'un canton qui se fonderait sur ces motifs ne paraît pas agir de manière incompatible avec les droits fondamentaux. L'interruption du processus démocratique ne se justifie dès lors pas.

Il convient néanmoins d'émettre une réserve concernant les personnes à mobilité réduite (personnes handicapées) qui occupent un bureau individuel éloigné de la sortie du bâtiment et qui ne sont pas en mesure – ou ne le sont que difficilement – de sortir du bâtiment pendant leur journée de travail. Le nombre de cas devrait être très limité. La situation de ces personnes est différente de celle d'autres personnes<sup>176</sup>. Il n'est pas exclu que la pesée des intérêts s'effectue différemment en ce qui les concerne. Pour autant que la question de la ventilation

<sup>173</sup> Voir spécialement KOTZIAS (note 149).

<sup>174</sup> Dans le même sens, voir le rapport de l'IGAS (note 93), p. 39.

<sup>175</sup> A titre d'exemple, à l'Université de Genève, « [e]n général, les professeurs, les cadres du personnel administratif et technique et toute personne dont l'activité nécessite une certaine confidentialité peuvent disposer d'un bureau individuel » (voir les réponses du Rectorat aux questions que nous lui avons posées, annexées au présent avis de droit).

<sup>176</sup> Interrogée sur ce point, l'Université de Genève ne semble pas disposée à accorder un régime particulier à ces personnes (voir les réponses du Rectorat aux questions que nous lui avons posées, annexées au présent avis de droit).

presque plus cruel que de lui interdire totalement de fumer. L'augmentation du nombre de sorties ne semble pas possible pour des raisons de sécurité et de manque de personnel<sup>179</sup>.

Il faut encore ajouter que le lien entre un détenu et son lieu de détention est plus fort que celui qui peut exister entre un membre de la fonction publique et son lieu de travail. Dans son rapport au Ministre français de la santé et de la solidarité, l'IGAS a parlé de *substituts de domicile* notamment à propos des lieux de détention<sup>180</sup>. L'IGAS recommande de ne pas interdire totalement de fumer dans ces lieux<sup>181</sup>. Devant la Chambre des Communes, Mme PATRICIA HEWITT, ministre britannique de la santé, a parlé, à propos des prisons, d'endroits « *like homes* »<sup>182</sup> ! L'interdiction totale de fumer ne s'y appliquera pas<sup>183</sup>. En interdisant de fumer dans la résidence contrainte d'une personne, on touche à la *sphère privée* d'une personne. La pesée des intérêts doit dès lors en tenir compte.

Par ailleurs, une interdiction totale de fumer dans les lieux de détention affecte des personnes qui se trouvent dans une situation de stress. Si elles fument régulièrement, ces personnes sont, en quelque sorte, frappées d'une double peine (privation de liberté et interdiction pratiquement totale de fumer) non justifiée par le but de l'incarcération ou le fonctionnement normal de l'établissement de détention<sup>184</sup>. Un sevrage de tous les détenus fumeurs ou un traitement au moyen de substituts nicotiques, sachant que la majorité, voire le 80% des détenus fument<sup>185</sup>, ne constituent pas des alternatives réalistes<sup>186</sup>.

On nous répondra que l'Etat de Californie connaît, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2005, une interdiction totale de fumer dans les lieux de détention. Apparemment, les détenus du couloir de la mort doivent aussi se plier à cette interdiction, sous peine de sanctions... Nous ferons trois observations à cet égard :

- Le contexte existant en Californie n'est pas transposable à celui qui existe à Genève. En Californie, une interdiction de fumer dans les lieux publics existait depuis 10 ans environ avant son extension aux lieux de détention. L'interdiction vise même des lieux en plein air.
- Une telle interdiction peut être source de violence et de contrebande dans les lieux de détention<sup>187</sup>.

<sup>179</sup> Réponses de la Direction de l'Office pénitentiaire aux questions que nous lui avons posées, annexées au présent avis de droit.

<sup>180</sup> D'un avis différent, VATERLAUS (note 51), p. 11.

<sup>181</sup> Rapport de l'IGAS (note 93), pp. 41-42.

<sup>182</sup> Rapport de l'IGAS (note 93), p. 42. Voir cependant la note 62 à cette page du rapport : « *Se pose la question des cellules communes, des dortoirs ou des chambres à plusieurs où nul ne devrait subir du tabagisme involontaire mais que peuvent être réservés à des fumeurs ou des non-fumeurs.* »

<sup>183</sup> Voir la note de synthèse établie par BBC News le 14 février 2006, Q&A : *Ban on smoking in public, annexée au présent avis de droit* : « *People will still be able to smoke outdoors, and in private homes, plus places that Ms Hewitt says are "like homes", such as care institutions, army barracks, and prisons.* »

<sup>184</sup> Article 3 § 2 du Health Bill (76) du 15 février 2006.

<sup>185</sup> Sur ces critères, voir ATF 124 I 336 *Michatlov*, consid. 4c.

<sup>186</sup> Rapport du Conseil d'Etat (note 36), p. 34.

<sup>187</sup> Réponses de la Direction de l'Office pénitentiaire aux questions que nous lui avons posées, annexées au présent avis de droit.

<sup>187</sup> Voir une dépêche de l'AFP reproduite dans la revue de presse du 1<sup>er</sup> juillet 2005 de la Mission interministérielle française de lutte contre la drogue et la toxicomanie ([http://www.drogues.gouv.fr/FR/actualites/synthese/synthese\\_aff.asp?id=1477](http://www.drogues.gouv.fr/FR/actualites/synthese/synthese_aff.asp?id=1477)) : « *L'agence [l'AFP] qui indique que pour les autorités californiennes, l'interdiction de fumer améliorera la santé des 165 000 prisonniers dans l'Etat et permettra d'économiser jusqu'à 265 millions de dollars, souligne que selon ces mêmes autorités, avec une moitié de la population carcérale dépendante au tabac, cette mesure risque aussi de provoquer une vague de violence et d'augmenter la contrebande. [...] dans le Maine, une telle*

- L'expérience semble montrer qu'une interdiction totale à l'intérieur d'un lieu de détention est pratiquement impossible à faire respecter en pratique<sup>188</sup>.

Ces divers risques entrent en ligne de compte dans le cadre de la pesée des intérêts à laquelle commande le principe de la proportionnalité. Les réponses de la Direction de l'Office pénitentiaire à un questionnaire que nous lui avons soumis confirment la difficulté, voire l'impossibilité, d'effectivement mettre en œuvre une interdiction totale de fumer dans les lieux de détention<sup>189</sup>.

Au vu de ce qui précède, il nous semble qu'en l'état, une interdiction totale de fumer à l'intérieur des bâtiments de détention est *disproportionnée*<sup>190</sup>. La situation devra sans doute être réévaluée à l'avenir compte tenu des évolutions intervenues au sein de la société. Il ne s'agit cependant pas de créer une exception à l'interdiction de fumer dans *les lieux publics*. Celle-ci demeure. Cela signifie que le personnel des prisons et autres lieux de détention a le droit d'être protégé contre l'exposition à la fumée du tabac. Il en va de même des détenus non-fumeurs ou qui souhaitent se contenter de fumer lors de leur sortie quotidienne à l'extérieur du bâtiment.

Il sied, en réalité, de définir des lieux entièrement cloisonnés et bien ventilés *essentiellement privatifs* au sein des bâtiments. Ces lieux seront privatifs d'un double point de vue. En premier lieu, l'accès à ces lieux sera réservé aux fumeurs, sous réserve d'intervention urgente du personnel. En second lieu, les nuisances liées à la consommation du tabac devront rester cantonnées dans ces lieux.

Les lieux privatifs par excellence sont évidemment *les cellules*, si elles sont complètement fermées (portes étanches) et bien ventilées<sup>191</sup>. Considérer qu'une cellule de prison n'est pas un lieu public ne relève aucunement de l'artifice juridique. Cela semble même évident ! Il n'y a dès lors aucune dérogation au principe posé à l'article 178B al. 2 Cst. GE. Les cellules occupées par des fumeurs devraient être regroupées dans une même aile ou au même étage du bâtiment, de façon à ce que les autres parties du bâtiment soient protégées et, par là même, le personnel et les autres détenus. Il va, en outre, de soi que les cellules collectives ne devraient être occupées que par des fumeurs *ou* des non-fumeurs. La fumée pourrait aussi être interdite pendant certaines plages horaires lorsque le personnel est en contact avec les détenus et avant que ce contact n'intervienne pour permettre, autant que possible, à la fumée de se dissiper. La fumée serait interdite dans le reste du bâtiment (y compris dans les lieux de visite, les réfectoires, salles de travail, etc.). Un détenu dans une cellule réservée aux fumeurs devrait pouvoir demander à être transféré dans une cellule destinée aux non-fumeurs s'il décide d'arrêter de fumer. La réciprocité serait aussi vraie, même si un délai d'attente paraît plus facilement envisageable dans ce cas.

---

*interdiction avait fait quadrupler les agressions et qu'à la prison de Sacramento le prix du tabac de contrebande à l'intérieur de l'établissement a été multiplié par 18 [...].*

<sup>188</sup> Voir le site Internet de l'Institut national américain sur l'abus de drogues (National Institute on Drug Abuse : <http://www.drugabuse.gov/DirReports/DirRep905/DirectorReport7.html>), qui se réfère à l'étude suivante : KAREN L. CROUSEY / JEAN L. KRISTELLER, *The effects of a prison smoking ban on smoking behavior and withdrawal symptoms*, *Addictive Behaviors - An International Journal*, vol. 30 (2005), pp. 589-594 (disponible sur Internet).

<sup>189</sup> Voir les réponses écrites du 30 mars 2006, en annexe au présent avis de droit.

<sup>190</sup> Dans le même sens, ATF 118 Ia 64 Minelli, consid. 31 *in fine* : « *Eine sinnvolle Praxis ist durchaus möglich [...]. So spricht z. B. nichts dagegen, dass ein Raucher in einer Einzelzelle oder zwei Raucher in einer Zweierzelle grundsätzlich rauchen dürfen. Die Hausordnung kann indessen (den konkreten Verhältnissen angepasst) einen angemessenen Schutz vor unerwünschtem Passivrauchen in Unterküpfen und Gemeinschaftsräumen vorschreiben.* »

Le Conseil d'Etat (note 36, p. 22) admet que la situation des détenus est « problématique ».

<sup>191</sup> Voir aussi ATF 118 Ia 64 Minelli, consid. 31 *in fine*.

Une exposition du personnel à la fumée ne pourrait pas être totalement supprimée, notamment lorsque le personnel doit intervenir de manière urgente dans une cellule ou lorsqu'il vient chercher des détenus dans une cellule où la fumée est autorisée afin de les conduire au réfectoire, au parloir ou à l'extérieur du bâtiment. Grâce aux restrictions pendant lesquelles la fumée serait autorisée, cette exposition serait *a priori* fort réduite. Elle ne suffit pas à mettre en cause le caractère essentiellement *privatif* des cellules. Au reste, le contact avec des prisonniers fumeurs pourrait être réservé au personnel fumeur, les membres de ce personnel pouvant demander, s'ils décident d'arrêter de fumer, à être affectés aux ailes de la prison réservées aux non-fumeurs.

Les considérations qui précèdent sont certes juridiques. Elles sont cependant aussi empreintes de *Realpolitik*. Plutôt qu'une interdiction totale très difficile, voire impossible à faire respecter et engendrant, le cas échéant, des violences, il nous semble que des aménagements compatibles avec les principes essentiels de l'initiative 129 sont préférables. MIES VAN DER ROHE, grand architecte, a énoncé la règle selon laquelle « *less is more* ». Nous avons la faiblesse de penser qu'il en va *parfois* de même du champ d'application d'une interdiction...

#### *ae) Les hôpitaux psychiatriques et les institutions similaires*

La situation des patients fumeurs *en milieu fermé* d'un hôpital psychiatrique ou d'une institution similaire est, à certains égards, comparable à celle des détenus fumeurs, tout particulièrement si les possibilités de sortir du bâtiment de ceux-là sont aussi limitées que celles de ceux-ci. Le rapport de l'IGAS préconise aussi de s'abstenir d'une interdiction totale s'agissant des hôpitaux psychiatriques<sup>192</sup>. Les Chambres des Communes ont renoncé, pour leur part, à une telle interdiction en Angleterre et aux Pays de Galles<sup>193</sup>. Il semble même que, dans de telles institutions, la propension à fumer soit extrêmement forte et, pour les malades schizophrènes, intimement liée à la pathologie et à ses traitements<sup>194</sup>.

Selon les indications des HUG, les programmes en chambre fermée sont de courte durée et un traitement de substitut nicotinique est proposé aux patients afin de mieux supporter l'abstinence tabagique momentanée<sup>195</sup>. La protection de la santé du personnel peut commander de privilégier une interdiction de fumer dans le bâtiment, accompagnée de telles mesures d'accompagnement. De plus, la relation entre les patients et le personnel soignant est différente de celle qui existe, dans une prison, entre les détenus et le personnel, si bien qu'un traitement au moyen de substituts nicotiniques est plus facilement envisageable, à tout le moins à court terme. En effet, *l'encadrement médical* et *l'aide individualisée* sont certainement de nature à garantir de meilleures chances de succès d'un tel traitement que dans une prison surpeuplée.

Cependant, si un patient *séjourne durablement* dans une telle institution *en milieu fermé* et s'il occupe une chambre individuelle, à laquelle le personnel a peu accès et qui est bien isolée et ventilée, il devrait être autorisé à fumer dans cette chambre<sup>196</sup> si le traitement au moyen de substituts nicotiniques s'est avéré inefficace. A défaut, le patient serait atteint dans sa sphère privée, et ce de manière durable, sans qu'un intérêt prépondérant contraire ne le justifie. L'interdiction viserait, en effet, le tabagisme *actif* sans que le patient ait la possibilité d'y échapper puisqu'il séjourne en milieu fermé. Il ne s'agit pas d'une dérogation à l'interdiction

<sup>192</sup> Rapport de l'IGAS (note 93), pp. 41-42.

<sup>193</sup> Article 3 § 2 du Health Bill (76) du 15 février 2006.

<sup>194</sup> Rapport de l'IGAS (note 93), p. 41, note 61.

<sup>195</sup> Réponses de la Direction générale des HUG aux questions que nous lui avons posées, annexées au présent avis de droit.

<sup>196</sup> Des restrictions (plages horaires) demeurent néanmoins possibles.

de fumer dans les lieux publics. En effet, la chambre de ce patient a un caractère *privatif*<sup>197</sup>. On voit mal, du reste, comment une telle chambre peut être qualifiée de lieu public ! Il s'agit ici d'un véritable substitut de domicile pour le patient. Aux mêmes conditions, des patients fumeurs séjournant en chambres collectives pourraient être regroupés dans des mêmes chambres et y être autorisés à fumer.

Qu'en est-il maintenant des patients d'un hôpital psychiatrique ou d'une institution similaire qui peuvent sortir *librement* ou *fréquemment* - seuls ou accompagnés - dans le parc de l'institution ou dans une cour intérieure de celui-ci ? Le sacrifice qui leur est imposé est plus limité car ils peuvent se rendre à l'extérieur pour fumer. Il n'y a pas lieu de prévoir des fumoirs pour ces patients. Par ailleurs, la fumée peut être interdite dans les chambres qu'ils occupent, tout particulièrement si le personnel y a fréquemment accès ou si la fumée se répand dans d'autres locaux. On peut se demander si une chambre durablement occupée par un patient, à laquelle le personnel n'aurait en principe pas accès et qui serait bien isolée et ventilée, ne devrait pas être considérée comme un *lieu privatif*, exclu du champ d'application de l'initiative 129, même si le patient peut fumer à sa convenance à l'extérieur du bâtiment. En sa qualité de propriétaire du bâtiment, l'Etat, une commune ou une autre institution de caractère public est légitimé, dans une importante mesure, à fixer ce qui y est interdit. Compte tenu des vertus d'une interdiction générale<sup>198</sup> et de la volonté de traiter tous les patients de la même manière<sup>199</sup>, il n'est pas absolument exclu qu'une telle chambre soit visée par l'interdiction, l'idée étant de restreindre autant que possible les cas d'autorisation pour les limiter aux patients qui séjournent en milieu fermé sans avoir la possibilité de sortir fréquemment du bâtiment<sup>200</sup>. On touche cependant indiscutablement aux limites de l'admissibilité de cette dernière.

#### *af) Les autres lieux de soins et de séjour*

Les hôpitaux, cliniques et autres lieux de soins ou de séjour se trouvent dans une situation particulière dans la mesure où ils accueillent des patients dont certains y séjournent *durablement*. De plus, ils comptent souvent un personnel important en contact direct avec les patients ou pensionnaires.

Des restrictions en matière de fumée ne sont guère contestées dans de tels lieux. Qu'une interdiction vise les lieux de passage (couloirs, etc.), les lieux de réunion ainsi que les chambres communes occupées en partie par des non-fumeurs ne prête raisonnablement guère à la critique. De plus, une interdiction visant les lieux occupés par le personnel (y compris les bureaux individuels) paraît admissible pour les mêmes motifs que ceux que nous avons évoqués à propos des bâtiments de l'Etat<sup>201</sup>. Certes, le personnel médical ou de surveillance est amené à y séjournier plus longuement, notamment lorsque des interventions se prolongent ou lors de périodes de garde. Toutefois, dans de tels cas, les employés se trouvent généralement dans des locaux communs, en présence de patients ou d'autres membres du personnel. Dès lors, il n'est pas déraisonnable de leur interdire de fumer, tout en leur accordant des pauses leur permettant de se rendre à l'extérieur afin de le faire.

<sup>197</sup> Dans le même sens, voir le rapport de l'IGAS (note 93), p. 42 : « [...] les substituts de domicile sont au même titre que les domiciles, des sphères de la vie privée. »

<sup>198</sup> Des exceptions relatives aux chambres individuelles impliqueraient de s'assurer que le système de ventilation fonctionne de manière adéquate, que les portes restent fermées, etc. Des restrictions devraient aussi être imposées avant et pendant que le personnel se trouve dans la chambre, etc.

<sup>199</sup> Les patients en chambres collectives et ceux nécessitant un suivi médical plus important dans leur chambre ne pourraient pas bénéficier de l'autorisation de fumer.

<sup>200</sup> Voir le paragraphe qui précède.

<sup>201</sup> Voir *supra* IV.C.3.a/ab.

Trois questions méritent néanmoins un traitement particulier. La première concerne les patients qui séjournent dans une chambre individuelle, *sans faire face à des difficultés de mobilité*. Compte tenu du fait que le personnel des hôpitaux est fréquemment appelé à se rendre dans les chambres des patients, que l'on ne saurait imposer aux hôpitaux de se doter de ventilation évacuant très rapidement la fumée et que l'objectif général d'économie d'énergie commande au contraire de s'en passer, il ne paraît pas contraire à la liberté personnelle et au droit au respect de la sphère privée d'exiger des patients qu'ils s'abstiennent de fumer dans leur chambre individuelle. Evidemment, l'interdiction les frappe plus durement que de simples employés de l'Etat car elle concerne leur chambre, à savoir leur substitut (dans un sens non juridique) de domicile. Une pleine analogie avec le domicile ne se justifie pas pour autant, en particulier lorsque le personnel soignant accède fréquemment aux chambres des patients. Un souci d'efficacité et de clarté de l'interdiction, voire de solidarité entre patients – les patients les plus aisés en chambres individuelles ont le droit de fumer, contrairement aux patients en chambres communes –, peut justifier une interdiction totale.

En revanche, une chambre dans laquelle séjourne *durablement* une personne (dans un EMS ou une maison de retraite, par exemple), à laquelle le personnel n'a en principe pas accès et qui est bien isolée et ventilée, pourrait être considérée comme *un lieu privatif*<sup>202</sup>. Cependant, pour les motifs déjà exposés<sup>203</sup>, il n'est pas absolument exclu que l'interdiction vise aussi une telle chambre si le patient est en mesure de se rendre facilement à l'extérieur.

La deuxième question se rapporte à l'obligation éventuelle de l'Etat, d'une commune ou d'une autre institution de mettre en place des fumoirs. Pour les mêmes motifs que ceux exposés, d'une manière générale, à propos des autres bâtiments dépendant de l'Etat<sup>204</sup>, une telle obligation ne saurait être mise à leur charge.

La troisième question – la plus délicate – a trait à la situation des patients ou pensionnaires *empêchés de se rendre à l'extérieur* du bâtiment pour fumer ou qui ne peuvent le faire que *difficilement* en raison de leur traitement ou de leur état de santé (physique ou psychique). En cas d'interdiction totale de fumer dans le bâtiment, de tels patients seraient totalement empêchés de fumer. L'atteinte à leur liberté personnelle est dès lors importante<sup>205</sup>. Ces personnes se trouvent dans une situation particulière du fait que leur sphère de liberté se limite à leur chambre ou à l'environnement immédiat de celle-ci, tandis que les autres patients évoluent dans un environnement plus vaste grâce à leur mobilité. Un traitement au moyen de substituts nicotiniques peut se justifier pour des séjours de relativement courte durée. Cependant, si un patient séjourne *durablement* dans une institution de soins ou de séjour (EMS, maison de retraite, centre pour personnes handicapées, etc.) et s'il occupe une chambre individuelle, à laquelle le personnel a peu accès et qui est bien isolée et ventilée, il devrait être autorisé à fumer dans cette chambre si le traitement au moyen de substituts nicotiniques s'est avéré inefficace. A défaut, le patient serait atteint dans sa sphère privée, et ce de manière durable, sans qu'un intérêt prépondérant contraire ne le justifie. La chambre de ce patient a un caractère *privatif* très marqué. Dans le même souci, les patients fumeurs empêchés de sortir, séjournant durablement dans des chambres collectives, devraient être regroupés et pourraient être autorisés à fumer.

Si de tels patients ou pensionnaires sont fréquemment en contact avec le personnel dans leur chambre ou si celle-ci ne peut être isolée des autres chambres, il pourrait alors leur être fait interdiction de fumer dans leur chambre. Dans un tel cas, la protection de la santé du

<sup>202</sup> Voir aussi JAAG / RÖSSLER (note 36), p. 28.

<sup>203</sup> Voir *supra* IV.C.3.a/ac *in fine*.

<sup>204</sup> Voir *supra* IV.C.3.a/aa.

<sup>205</sup> Dans le même sens, voir le rapport du Conseil d'Etat (note 36), p. 22.

personnel et du public doit effectivement l'emporter<sup>206</sup>. Il conviendrait néanmoins de faire preuve de souplesse en matière de sanctions. Sanctionner un patient en fin de vie qui s'accorderait de temps à autre une cigarette, hors de la présence du personnel et d'autres patients, peut s'avérer disproportionné.

Seules ces personnes devraient être autorisées à fumer dans leurs chambres (à l'exclusion des autres patients et autres pensionnaires, du public et du personnel), l'idée étant, d'une part, de protéger la santé des autres personnes et, d'autre part, de limiter autant que possible la fumée du tabac pour des questions de ventilation ainsi que de ne pas altérer le message général d'interdiction de fumer dans le bâtiment. Plus nombreux sont les fumeurs dans le bâtiment, plus l'interdiction risque d'être difficile à faire respecter en pratique.

*b) Tous les bâtiments ou locaux ouverts au public, notamment ceux affectés à des activités médicales, hospitalières, para-hospitalières, culturelles, récréatives, sportives ainsi qu'à des activités de formation, de loisirs, de rencontres, d'exposition*

*ba) Les principes*

Une interdiction visant les bâtiments ou locaux *ouverts au public* ne semble guère soulever de difficultés en tant qu'elle vise les lieux collectifs, communs ou de passage. La protection de la santé du public et du personnel constitue un intérêt public suffisant pour justifier une restriction à la liberté personnelle, voire à la protection de la sphère privée des fumeurs, à supposer que cette liberté et cette sphère soient touchées, ce qui n'est guère évident. De plus, le fait que soient visés les bâtiments et locaux ouverts au public montre que l'on met l'accent sur la protection de la population en général et non pas sur les seuls travailleurs soumis à la loi fédérale sur le travail. Aussi les cantons disposent-ils sans conteste d'une compétence législative en la matière.

Des locaux *privatifs* peuvent parfaitement exister dans un bâtiment par ailleurs ouvert au public. L'interdiction de fumer ne devrait pas nécessairement s'appliquer à de tels locaux. C'est en tout cas une interprétation soutenable de l'article 178B al. 3 let. b Cst. GE. En revanche, l'interdiction de fumer s'applique aux espaces *publics* du bâtiment (locaux collectifs, lieux de réunion, lieux de passage, salles d'attente, etc.). Quelques bâtiments ou locaux ouverts au public méritent néanmoins un examen plus approfondi.

*bb) Les locaux occupés par une seule personne*

Certains locaux ouverts au public sont parfois *momentanément* occupés par une seule personne. On pense notamment à un employé d'une boutique dans laquelle se trouve aucun client. La tentation est grande de considérer que l'interdiction de fumer ne répond à aucun but légitime dans une telle situation<sup>207</sup>. C'est cependant méconnaître le fait que les substances nocives restent dans l'air longtemps après la consommation du tabac<sup>208</sup>. Même si des doutes existent à ce sujet, il peut se justifier de se baser sur la mesure la plus protectrice de la santé publique, compte tenu du faible sacrifice infligé aux employés fumeurs. Ceux-ci peuvent se rendre à l'extérieur pour fumer une cigarette pendant leur pause.

<sup>206</sup> Voir, par analogie, l'ATF du 8 février 2006 en la cause 4C.354/2005, consid. 5.4.4 ; voir aussi BAUMBERGER (note 41), p. 30.

<sup>207</sup> Pour une telle approche, semble-t-il, voir le rapport du Conseil d'Etat (note 36), p. 22.

<sup>208</sup> Voir spécialement KOTZIAS (note 149).

Au reste, même s'il est temporairement occupé par une seule personne, un local ouvert au public peut accueillir à tout moment du public, voire du personnel supplémentaire. Une interdiction totale dans les espaces ouverts au public a le mérite de poser une règle claire. L'interdiction ne viserait en revanche pas des *espaces privés* bien ventilés et isolés des locaux ouverts au public et au personnel. Interprétée de cette manière, l'interdiction paraît raisonnable.

X *bc) Les lieux de soins et de séjour*

Une clinique privée ou d'autres bâtiments affectés à des activités médicales, hospitalières ou para-hospitalières peuvent parfaitement comporter, d'une part, des espaces accessibles au public ainsi qu'au personnel et, d'autre part, d'autres espaces où le public et le personnel n'accèdent en principe pas ou seulement rarement. On peut penser, par exemple, à une chambre dans un EMS privé. Cette chambre constitue véritablement un substitut temporaire ou durable de domicile pour son occupant. Il n'est pas exclu que ce soit même son véritable domicile<sup>209</sup>. La sphère privée de ce dernier est directement touchée par une interdiction de fumer dans sa chambre. Pour autant que les soins soient administrés dans d'autres locaux, que le personnel n'ait que rarement accès à la chambre<sup>210</sup> et que celle-ci soit cloisonnée et bien ventilée, l'interdiction de fumer pourrait ne pas y être applicable, tout particulièrement si la personne n'est pas en mesure de se rendre à l'extérieur ou ne peut que difficilement le faire en raison de son état de santé. Cela ne revient pas à créer une exception à l'interdiction de fumer dans les bâtiments et locaux ouverts au public puisqu'une telle chambre n'est précisément pas ouverte au public.

On rappellera que la terminologie à la *lettre a* de l'article 178B al. 3 let. a Cst. GE – « tous les bâtiments ou locaux *publics* » – n'est pas identique à celle que l'on trouve à la *lettre b* de cette disposition « tous les bâtiments ou locaux *ouverts au public* »<sup>211</sup>. Le régime applicable aux bâtiments et locaux *publics* (let. a) peut être légèrement plus strict que celui valable pour les bâtiments et locaux ouverts au public (let. b), et ce pour deux motifs au moins. En premier lieu, en sa qualité de *propriétaire* d'un bâtiment, l'Etat peut y déterminer, dans une importante mesure, ce qui y est autorisé et interdit. Il doit, en revanche, s'imposer une certaine retenue s'agissant de bâtiments privés, du fait de la garantie de la propriété<sup>212</sup>. En second lieu, le personnel et les patients d'un lieu de soins dépendant de l'Etat se trouve dans un *rapport particulier* avec celui-ci<sup>213</sup>, qui légitime plus facilement des restrictions apportées à la liberté personnelle et à la protection de la sphère privée de ces derniers. Un tel rapport fait, en revanche, défaut s'agissant de patients d'établissements ne dépendant pas de l'Etat, d'une commune ou d'une autre institution de caractère public.

*bd) Les magasins et centres commerciaux bien aérés*

Les magasins et les centres commerciaux sont sans doute visés par l'article 178B al. 3 let. b Cst. GE<sup>214</sup>, même s'ils ne sont pas mentionnés dans la liste exemplative qui y figure. Ils sont incontestablement des locaux *ouverts au public*. La protection du public et du personnel peut

<sup>209</sup> Voir néanmoins l'article 26 du Code civil suisse.

<sup>210</sup> S'agissant du nettoyage des chambres, il convient de prendre des mesures pour éviter que le personnel de nettoyage soit exposé à la fumée. On peut penser, par exemple, à une interdiction de fumer pendant certaines plages horaires (avant et pendant la venue de ce personnel).

<sup>211</sup> Nous soulignons.

<sup>212</sup> Article 26 al. 1 Cst. féd.

<sup>213</sup> Sur ce point, voir MÜLLER (note 70), notamment p. 152.

<sup>214</sup> Dans ce sens, voir le rapport du Conseil d'Etat (note 36), p. 16.

justifier une telle interdiction et, par conséquent, primer la liberté personnelle ainsi que la protection de la sphère privée des fumeurs. On pourrait néanmoins se demander si une interdiction de fumer dans les magasins et les centres commerciaux ne bénéficie pas essentiellement au personnel y travaillant et que la protection du public n'est que très secondaire. Une telle approche pourrait remettre en question la compétence des cantons de légiférer sur ce point<sup>215</sup>. Elle méconnaîtrait cependant deux éléments importants. En premier lieu, de nombreux clients restent longtemps à l'intérieur de magasins et surtout de centres commerciaux, lesquels sont même devenus des lieux en partie consacrés aux loisirs. En second lieu, des catégories sensibles de la population (femmes enceintes ou qui allaitent, enfants, personnes souffrant de troubles respiratoires, etc.) fréquentent des magasins et des centres commerciaux. Aussi la protection du public est-elle au moins aussi importante que celle du personnel.

La liberté économique des commerçants ne paraît pas touchée, sous réserve de l'exception qui suit<sup>216</sup>. Certes, l'interdiction de fumer peut conduire certains acheteurs à abrégé, voire à réduire leurs achats. Il est cependant douteux que ce seul fait soit constitutif d'une atteinte à la liberté économique. Par ailleurs, on pourrait tout aussi bien dire que d'autres acheteurs prolongeront leurs achats du fait de l'environnement exempt de fumée.

Il est vrai que les centres commerciaux comprennent souvent de larges espaces et des allées bien aérées, à propos desquels il est soutenu que « la gêne engendrée par la fumée n'est guère plus incommode que dans la rue ou dans d'autres endroits ouverts relevant du domaine public »<sup>217</sup>. Cependant, à titre de comparaison, l'étude sur la qualité de l'air intérieur effectuée dans le bâtiment d'Uni Mail suite à l'interdiction générale de fumer montre des différences importantes de la concentration de polluants dans l'air au niveau du rez-de-chaussée du bâtiment avant et après l'interdiction<sup>218</sup>. Or le rez-de-chaussée est traversé par une large allée, à certains égards similaire à celle qui peut exister dans un centre commercial. On ne saurait dès lors dénier tout intérêt public à l'interdiction. Par ailleurs, l'association américaine des ingénieurs dans le domaine de la ventilation arrive à la conclusion que la protection de la santé ne peut pas être garantie par la seule ventilation dans des espaces qui ne sont pas cloisonnés<sup>219</sup>. Nous n'excluons pas que des doutes subsistent à ce propos. Cependant, une autorité peut parfaitement, voire doit prendre la mesure la plus protectrice de la santé publique.

Par ailleurs, l'atteinte à la liberté des fumeurs paraît faible dans un tel cas. Il leur suffit de sortir du bâtiment pour fumer ou d'attendre de se trouver dans leur voiture ou dans un lieu privé pour fumer. Il ne saurait être question d'atteinte grave ou relativement grave aux libertés individuelles, au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>220</sup>. Au surplus, en cas de tension entre la santé du public ainsi que du personnel, d'une part, et la liberté des fumeurs, d'autre part, la première doit l'emporter<sup>221</sup>.

<sup>215</sup> Sur cette question, voir *supra* II.B.

<sup>216</sup> Voir *infra* IV.C.3.b/be.

<sup>217</sup> AUER (note 47), p. 19, n° 115.

<sup>218</sup> C. K. HUYNH / T. FARINELLI EBENGO / T. VU DUC, *Qualité de l'air intérieur suite à une interdiction générale de fumer*, étude non datée annexée au présent avis de droit (avec les réponses de l'Université).

<sup>219</sup> ASHRAE (note 149), p. 6.

<sup>220</sup> D'un avis différent, AUER (note 47), p. 12, n° 60.

<sup>221</sup> Voir, par analogie, l'ATF du 8 février 2006 en la cause 4C.354/2005, consid. 5.4.4.

Voilà néanmoins AUER (note 47), p. 19, n° 115 : « [...] l'intérêt public à bannir la fumée dans l'ensemble du complexe paraît bien faible, par rapport à la nécessité de respecter la liberté des clients fumeurs, qui constitue également un intérêt public. »

b) *Les magasins de tabac avec espace de dégustation*

Il convient d'examiner de manière plus approfondie la situation d'un magasin de tabac comportant un *espace de dégustation*, important pour sa politique commerciale et contribuant à son chiffre d'affaires. Il doit s'agir d'un simple espace de dégustation et non pas d'un établissement public au sens de la législation sur le débit de boissons et la restauration. S'il est validé, puis adopté, l'article 178B al. 3 let. b Cst. GE imposera vraisemblablement la fermeture d'un tel espace de dégustation. La protection de la santé du personnel peut justifier une telle mesure. En revanche, il est plus délicat de déterminer en quoi une telle interdiction protège le public en général. On peut se demander si cet aspect de l'interdiction entre dans le champ de la compétence des cantons, eu égard à la compétence fédérale en matière de législation sur le travail<sup>222</sup>. Compte tenu du fait qu'il s'agit d'un aspect mineur de l'article 178B al. 3 let. b Cst. GE, qui constitue néanmoins une pièce d'un tout cohérent, la question devrait plutôt recevoir une réponse positive, mais des doutes subsistent indiscutablement.

Il est parfois soutenu que personne n'oblige un individu à travailler pour un marchand de tabac. Ce constat pourrait conduire à considérer l'interdiction comme disproportionnée dans ce cas. Il faut cependant observer que le fort taux de chômage à Genève, dans le secteur de la vente notamment, met dans une position de faiblesse les employés par rapport aux employeurs. Les employés dans le secteur de la vente ne sont bien souvent pas en mesure de choisir librement leurs employeurs et de négocier le cadre de travail dans lequel ils seront amenés à évoluer. Un chômeur précédemment actif dans le secteur de la vente qui refuserait une place de travail dans ce secteur serait, du reste, en principe pénalisé par l'assurance-chômage.

Par ailleurs, l'interdiction de fumer étant totale, elle mettra tous les marchands de tabac sur un pied d'égalité. Ceux-ci ne souffriront pas d'une concurrence d'établissements publics tels que les bars à cigares puisque de tels bars ne seront plus admissibles à l'avenir. De ce point de vue, l'atteinte à la liberté économique devrait demeurer limitée. L'enjeu n'est aucunement comparable à celui que pose l'interdiction de fumer dans les lieux de détention, par exemple. Il n'en demeure pas moins qu'un magasin de tabac comportant un espace de dégustation perdra son avantage comparatif par rapport à d'autres marchands de tabac.

Si l'interdiction de prévoir un espace de dégustation devait véritablement entraver le libre exercice de l'activité des marchands de tabac<sup>223</sup> – ce qui semble *a priori* douteux –, une solution pourrait consister à leur permettre, compte tenu de la situation particulière dans laquelle ils se trouvent, d'ouvrir un local de dégustation bien ventilé et cloisonné dans lequel n'auraient accès que les clients qu'ils désigneraient, à l'exclusion du public en général et du personnel. Nous ne recommandons pas une telle solution, mais nous souhaitons néanmoins l'esquisser. S'il est établi que la fumée du local *ne se diffuse pas dans le reste des locaux*, on pourrait considérer que ce local n'est pas ouvert au public (seuls des clients désignés par le marchand y ont accès) et, par conséquent, est soustrait à l'interdiction. Nous touchons là sans doute à la limite de ce que l'interprétation permet. Une solution plus radicale – que nous ne recommandons pas – consisterait à supprimer, à l'article 178B al. 3 let. b Cst. GE, la virgule après les mots « au public » ainsi que les mots « notamment ceux ». Cette ablation serait cependant trop importante puisqu'elle viserait tous les magasins, lieux où l'interdiction de fumer se justifie pourtant. Il faut enfin préciser que la possibilité de créer un local de dégustation n'est pas comparable à la création d'un local fumeur dans des établissements publics tels que les débits de boissons, pour trois motifs au moins :

<sup>222</sup> Sur ce point, voir *supra* II.B.

<sup>223</sup> Dans ce sens, voir le rapport du Conseil d'Etat (note 36), p. 22.

- Les magasins de tabac avec espace de dégustation sont certainement peu nombreux et s'adressent à une clientèle bien particulière. La portée concrète sera dès lors très limitée, contrairement à la possibilité qui serait accordée aux établissements publics de créer des locaux pour les fumeurs.
- La distorsion de la concurrence n'est pas comparable à celle que pourrait entraîner la possibilité, pour des établissements publics, de créer des locaux pour les fumeurs. L'achat du tabac par un fumeur ne s'accompagne que rarement d'une dégustation. Il suffit de penser à tous les achats effectués dans des kiosques, des supermarchés ou même auprès de marchands de tabac spécialisés. Ces achats sont réalisés même s'il n'existe aucun espace de dégustation. En d'autres termes, la concurrence n'est pas faussée par le simple fait que certains produits sont vendus avec ou sans dégustation possible. A l'inverse, le fait de fumer du tabac dans un établissement public, au sens de la législation sur le débit de boissons et la restauration, revêt une certaine importance pour les fumeurs. Cela explique que peu d'établissements soient, à l'heure actuelle, disposés à interdire totalement la fumée en leur sein. L'interdiction frappant les établissements publics répond à des considérations de protection de la santé du public et du personnel. Si des établissements publics étaient autorisés, à l'avenir, à disposer de locaux fumeurs, ils bénéficieraient d'un avantage comparatif important par rapport aux autres établissements.
- Les interactions entre le personnel et les clients dégustant du tabac peuvent être très limitées dans un magasin de tabac. Le personnel se contentera de conduire les clients à la porte du local de dégustation. Une fois que les clients ont terminé leur dégustation, ils pourront sortir du local et rejoindre la caisse du magasin. Dans un établissement public, les interactions entre le personnel et les clients sont très nombreuses (commande, livraison de la commande, paiement de la commande, etc.). Les situations ne sont dès lors pas comparables.

*b) Les clubs de consommateurs de tabac*

Un problème apparemment récurrent en ce qui concerne l'interdiction de fumer est le statut à réserver aux locaux occupés par des clubs de consommateurs de tabac (amateurs de cigares tout particulièrement). A ce propos, on pourrait même se demander si une interdiction totale de fumer n'est pas constitutive d'une atteinte à la liberté de réunion<sup>224</sup>, voire d'association<sup>225</sup> des membres de ces clubs !

Si ces locaux se trouvent dans des établissements publics au sens de la législation sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement, ils sont soumis à la réglementation applicable à ces établissements<sup>226</sup>. S'ils se trouvent dans des bâtiments ouverts au public, ils sont englobés dans l'interdiction de fumer, *sauf s'ils ne sont pas, eux-mêmes, ouverts au public*<sup>227</sup>. Tel est potentiellement le cas s'ils sont cloisonnés, bien ventilés et réservés à l'usage des membres d'un club dont le but est précisément la consommation du tabac, sans que du personnel ou du public aient accès aux locaux. Les termes « ouverts au public » offrent suffisamment de souplesse pour permettre, d'une part, de préserver les buts visés par l'initiative 129 et, d'autre part, de tenir compte des intérêts de clubs de consommateurs de tabac.

<sup>224</sup> Articles 11 CEDH et 22 Cst. féd.

<sup>225</sup> Articles 11 CEDH et 23 Cst. féd.

<sup>226</sup> Voir *infra* IV.C.3.c.

<sup>227</sup> Ces locaux sont certes utilisés pour une activité de loisir et de rencontre (article 178B al. 3 let. b *in fine* Cst. GE), mais ils ne sont pas ouverts au public.

c) *Tous les établissements publics au sens de la législation sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement*

ca) *Les principes*

En tant qu'elle vise les établissements publics au sens de la législation sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement, l'interdiction de fumer fait l'objet de nombreuses controverses. Il faut toutefois observer que la protection de *la santé* du public et du personnel concerné représente un but légitime susceptible de justifier une restriction à la liberté des fumeurs. Un nombre croissant de personnes – qu'on le veuille ou non – est favorable à une interdiction du fumer dans ces établissements<sup>228</sup>.

La protection du public est au moins aussi importante que celle du personnel. Les cantons peuvent dès lors être considérés comme compétents, et ce nonobstant la législation fédérale sur la protection des travailleurs<sup>229</sup>. On peut néanmoins se demander s'ils doivent préférer une mesure qui protège le public uniquement à une mesure qui protège le public *et* le personnel. Une telle approche serait malencontreuse car elle méconnaîtrait le fait que la protection du public ne peut pas être totalement dissociée de celle du personnel et que leur protection s'inscrit dans une perspective globale de santé publique. De plus, le droit cantonal renforce ici le droit fédéral, lequel est pour l'heure insuffisant. Le Conseil fédéral lui-même reconnaît, dans son rapport sur la protection contre le tabagisme passif, une compétence générale des cantons en matière de *droit des établissements publics*, tant que la Confédération n'a pas légiféré<sup>230</sup>. Quoi qu'il en soit, la protection du *public en général* est importante dans toutes les hypothèses que nous allons examiner, sous réserve de celle relative aux chambres dans les lieux d'hébergement<sup>231</sup>.

Ceci dit, un risque non négligeable subsiste de voir le Tribunal fédéral considérer que les cantons doivent choisir les mesures qui se contentent de protéger le public, sans tenir compte de la protection des travailleurs. Il nous semble néanmoins que ce risque vaut la peine d'être couru dans une optique de défense des compétences cantonales en matière de santé publique, en acceptant qu'en l'espèce, le champ de l'interdiction de fumer soit, le cas échéant, quelque peu resserré par le Tribunal fédéral.

Du moment que la ventilation ne suffit pas à protéger pleinement la santé du personnel et des clients non-fumeurs lorsque la fumée est autorisée dans une partie d'une salle non cloisonnée<sup>232</sup>, il faut se demander si la coexistence de salles pour les fumeurs et de salles pour les non-fumeurs n'est pas une façon d'atteindre le but visé par l'initiative 129, tout en respectant la liberté des fumeurs. Plusieurs hypothèses doivent être distinguées à ce propos.

cb) *Les salles fumeurs cloisonnées et bien ventilées*

Une solution consiste à permettre aux exploitants d'établissements publics d'aménager une ou plusieurs salles fumeurs cloisonnées et bien ventilées, séparées des autres salles. La législation italienne ainsi que la législation tessinoise, récemment plébiscitée par le peuple de

<sup>228</sup> Voir notamment un sondage paru dans *Le Matin dimanche* du 19 mars 2006 (pp. 1, 3 et 19), selon lequel 60% des personnes interrogées étaient favorables à une interdiction de fumer dans tous les établissements publics (hôtels, restaurants, bars, cafés, pubs, discothèques, etc.).

<sup>229</sup> Voir *supra* II.B, à propos de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons.

<sup>230</sup> Rapport du Conseil fédéral (note 36), p. 13.

<sup>231</sup> Voir *infra* IV.C.3.c.c.f.

<sup>232</sup> Voir notamment ASHRAE (note 149), p. 6.

ce canton<sup>233</sup>, participent d'une telle approche. Il en va de même de l'initiative populaire récemment lancée dans le canton de Zurich<sup>234</sup>.

Cette solution ne protège pas de manière optimale le public et le personnel servant dans les salles réservées aux fumeurs. Ce personnel est exposé quotidiennement à la fumée passive. De plus, la séparation stricte entre les salles réservées aux fumeurs et les autres salles est sans doute difficile à réaliser en pratique du fait des nombreux déplacements des clients et du personnel. Il paraît difficile d'éviter que des portes demeurent ouvertes<sup>235</sup>, permettant ainsi à la fumée de se répandre dans des lieux réservés aux non-fumeurs. Il ne faut pas sous-estimer les difficultés pratiques que pose la coexistence de salles pour les fumeurs et de salles pour les non-fumeurs. Les locaux réservés aux fumeurs pourraient être complets, rendant très difficile le contrôle tant du respect de l'interdiction dans les autres salles que de la fermeture en permanence des portes de ces locaux.

L'argument de la protection de la santé du personnel est important<sup>236</sup>. Il a conduit l'Irlande, la Norvège, l'Angleterre et le Pays de Galles<sup>237</sup>, l'Ecosse<sup>238</sup> ainsi que, semble-t-il, bientôt en l'Irlande du Nord à prévoir une interdiction totale de fumer dans des établissements publics<sup>239</sup>. Plusieurs Etats aux Etats-Unis ont aussi opté pour une telle interdiction. New York et la Californie sont les plus emblématiques. En France, le rapport précité de l'Inspection générale des affaires sociales<sup>240</sup> va dans le même sens.

On nous rétorquera que personne n'est obligé de travailler dans un café, un bar ou un restaurant et que les employés peuvent exiger de travailler dans des salles réservées à des non-fumeurs. Cette vision est toutefois naïve. En effet, les employés dans un secteur relativement peu qualifié comme celui de la restauration se trouvent en position de faiblesse lors de leur négociation avec les employeurs, tout particulièrement en période de chômage élevé<sup>241</sup>. Ce déséquilibre de fait ne leur permet pas de décider de leurs conditions de travail. Concrètement, les employés sont *de facto* contraints d'accepter les places qu'on leur propose, c'est-à-dire y compris des places fortement exposées à la fumée du tabac. Au reste, réserver des postes à des fumeurs créerait une incitation à fumer pour décrocher un emploi. Enfin, un serveur fumeur peut souhaiter arrêter de fumer. Or l'exposition au tabac pendant sa journée de travail rend certainement plus difficile la réalisation de ce souhait.

<sup>233</sup> Votation populaire du 12 mars 2006. La modification de la loi sur les établissements publics, du 21 décembre 1994, a été adoptée par 90'384 voix contre 23'945 (*Le Temps* du 13 mars 2006, p. 9). Le nouvel article 57 de cette loi contient, en son alinéa 1<sup>er</sup>, une interdiction de principe et, en son alinéa 2, la possibilité d'aménager une salle pour les fumeurs, cloisonnée et adéquatement ventilée. Le message du Conseil d'Etat indique qu'une telle salle pourra servir de cadre à la consommation de boissons et de mets (message du Conseil d'Etat, du 13 octobre 2004, p. 8 [ch. IX]).

<sup>234</sup> Voir le site Internet suivant : <http://www.lungzurich.org/section.asp?ref=4&nome=Volksinitiative>.

<sup>235</sup> Voir notamment ASHRAE (note 149), p. 6 : « [...] the airtightness of the physical barriers between the smoking and nonsmoking areas, as well as the connecting doorways, requires special attention. »

<sup>236</sup> Voir le rapport du Conseil fédéral (note 36), p. 12.

<sup>237</sup> Articles 2 et 3 § 3 du Health Bill (76) du 15 février 2006.

<sup>238</sup> Article 4 al. 4 du Smoking, Health and Social Care (Scotland) Act 2005, entré en vigueur le 26 mars 2006.

<sup>239</sup> Voir le tableau figurant en annexe 4 du rapport de l'IGAS (note 93) ; voir également l'étude comparative réalisée par le Sénat français, *L'interdiction de fumer dans les restaurants*, Paris, janvier 2005.

<sup>240</sup> Rapport de l'IGAS (note 93), pp. 55-57.

<sup>241</sup> Taux de chômage à Genève en février 2006 : 7,2% (en Suisse : 3,8%) – Source : Secrétariat d'Etat à l'économie, *La situation sur le marché du travail – Document de presse*, 7 mars 2006, p. 9.

Si l'on examine le nombre de chômeurs inscrits au plan suisse selon les activités économiques et les groupes de profession, on constate que l'hôtellerie et la restauration sont de loin les plus touchées (*ibid.*, pp. 15-16, avec indications des moyennes annuelles 2004 et 2005).

pionnière en Suisse sur ce point. Elle ne le serait en revanche pas au plan international. A ce propos, des pays comme la Norvège, l'Irlande ou le Royaume-Uni ne sont pas réputés être des bastions hostiles aux libertés individuelles !

*cc) Les salles fumeurs cloisonnées et bien ventilées sans accès du personnel*

Une autre solution pourrait consister à autoriser des salles réservées aux fumeurs, sans que le personnel n'y ait accès. Ainsi, seuls les exploitants des établissements publics seraient autorisés à servir dans de telles salles.

Cependant, les exploitants des établissements publics ont aussi le droit à la protection de leur santé. En outre, une règle selon laquelle seuls les exploitants d'un établissement public seraient autorisés à assurer le service dans les salles réservées aux fumeurs seraient très difficile à faire respecter en pratique. Lorsque survient un « coup de feu » dans un restaurant ou qu'un exploitant est malade et absent, on voit mal comment les employés pourraient s'opposer à servir dans les espaces réservés aux fumeurs. Un tel refus serait source de graves tensions sur le lieu de travail, vraisemblablement au détriment de la partie en position de faiblesse dans la relation.

Pour contourner cette dernière difficulté, on pourrait réserver la possibilité de créer une salle pour les fumeurs aux exploitants qui exploitent eux-mêmes, sans aucun employé, leur établissement. Cela créerait toutefois une distorsion de la concurrence<sup>248</sup>. De plus, une telle règle conduirait probablement à la multiplication de petits établissements. Un grand nombre d'établissements publics comportant des salles fumeurs aurait des conséquences négatives en matière de santé publique. De plus, la restriction pourrait être contournée en pratique. Ainsi, plusieurs personnes apparaîtraient comme propriétaires d'un établissement afin d'être en mesure de servir dans les salles réservées aux fumeurs. Des employés pourraient devenir des propriétaires de façade, conjointement avec le propriétaire véritable. La surveillance du respect de la lettre et de l'esprit de cette règle serait pour le moins difficile en pratique.

*cd) Les salles fumeurs cloisonnées et bien ventilées sans service*

Il semble enfin envisageable de permettre l'aménagement de salles réservées aux fumeurs, cloisonnées et bien ventilées, sans service<sup>249</sup>. En somme, ni l'exploitant, ni le personnel ne seraient autorisés à pénétrer dans ces salles. Une règle dans cet esprit semble en vigueur en Suède<sup>250</sup>. Cependant, de telles restrictions paraissent très difficiles à faire respecter en

<sup>248</sup> Le Tribunal fédéral a, par exemple, jugé qu'une norme cantonale qui crée des différences entre les petits commerces et les grands commerces quant à l'heure de fermeture intervient dans les relations de concurrence entre les différents commerces genevois et instaure une inégalité de traitement (ATF du 21 mars 1997 publié in SJ 1997, pp. 421 ss, consid. 3e).

La situation n'est certes pas parfaitement identique dans la problématique qui nous occupe. Néanmoins, le Tribunal fédéral est, d'une manière générale, sensible à l'égalité de traitement entre concurrents économiques (sur ce point, voir MARTENET [note 98], pp. 486-494, n<sup>os</sup> 1088-1108).

<sup>249</sup> Dans son rapport, le Conseil fédéral semble, dans un premier temps, préconiser cette solution (note 36, p. 12). Il admet ensuite qu'une interdiction générale de fumer sans possibilité d'aménager des fumeurs est une solution envisageable et relève que « [s]uite à des expertises scientifiques et à l'expérience vécue par le canton du Tessin, il a été démontré que des mesures partielles ne suffisent pas » (p. 13).

<sup>250</sup> Voir l'étude comparative réalisée par le Sénat français, *L'interdiction de fumer dans les restaurants*, Paris, janvier 2005, p. 31 : « Les pièces réservées aux fumeurs ne devront pas constituer des lieux de passage obligé pour les autres clients, elles devront représenter au maximum la moitié de la surface mise à la disposition du public, et les salariés des établissements ne seront tenus d'y séjourner que de façon temporaire lorsque l'on y fumera, aucune activité de service ne pouvant se dérouler pendant que quel qu'un fume. »

Certes, l'interdiction totale est une mesure dure. Cependant, compte tenu de la protection du public<sup>242</sup> et du personnel, des difficultés pratiques liées à la séparation des espaces fumeurs et des espaces non-fumeurs et du sacrifice réduit imposé aux fumeurs, qui conservent la possibilité de sortir du bâtiment pour fumer, une interdiction totale semble encore rester dans le cadre de ce qui est permis en vertu du principe de la proportionnalité.

Il faut encore ajouter qu'un établissement public fait face à une concurrence importante dans son secteur et risquerait d'être contraint, *par le marché*, d'offrir une ou plusieurs salles réservées aux fumeurs si une telle possibilité existait et si ses concurrents en faisait usage. Il en résulterait un risque de « convergence vers le bas » ou « *race to the bottom* »<sup>243</sup>, en ce sens que le modèle qui risquerait d'être largement suivi (création de salles pour les fumeurs) en raison de la pression concurrentielle serait celui qui est le moins protecteur de la santé publique (par comparaison avec un modèle d'interdiction totale). Au demeurant, l'acceptation de l'interdiction de fumer dans les lieux publics tient sans doute à sa généralisation.

En d'autres termes, les établissements offrant des salles réservées aux fumeurs bénéficieraient d'un avantage comparatif quelque peu malsain par rapport aux autres établissements publics. Des motifs tirés de la protection de la santé publique peuvent justifier de ne pas permettre un tel avantage comparatif. A l'heure actuelle, très peu d'établissements sont disposés à interdire totalement de fumer dans leurs locaux, alors même que des sondages montrent que la majorité de la population est hostile à la fumée dans les établissements publics<sup>244</sup> et que plusieurs études indiquent que le chiffre d'affaires des établissements publics dans les Etats ayant décrété une interdiction totale de fumer n'ont pas connu de baisse substantielle de leur chiffre d'affaires, voire ont même connu une hausse de celui-ci<sup>245</sup> ! L'exploitant d'un établissement public reste, aujourd'hui encore, très réticent à l'idée d'interdire la fumée au sein de son établissement *si ses concurrents ne le font pas ou ne sont pas tenus de le faire*.

Il est vrai que des établissements publics peuvent être tentés d'interdire la fumée dans leurs locaux afin d'attirer tout spécialement les non-fumeurs. Il s'agit cependant, pour l'instant à tout le moins, d'une *stratégie de niche*. Il est possible qu'à l'avenir, cette stratégie prenne plus d'ampleur, voire se généralise. Dans un tel cas, la pression sociale conduirait à un résultat proche de celui d'une interdiction totale. Cependant, ce ne sont là que conjectures. Compte tenu du nombre de décès prématurés dus au tabagisme passif<sup>246</sup>, une collectivité publique peut légitimement se montrer interventionniste sans attendre que la pression sociale fasse son effet, ce qui n'est au demeurant pas garanti.

Il est intéressant d'examiner les réflexions de la Chambre des Communes au Royaume-Uni. Initialement, l'interdiction devait être assortie d'exceptions, mais des considérations liées à la santé du personnel et à la difficulté d'assurer une séparation étanche entre espaces pour les fumeurs et espaces pour les non-fumeurs ont conduit la Chambre des Communes, à une écrasante majorité, à opter pour une interdiction totale<sup>247</sup>. Peut-être que Genève serait

<sup>242</sup> Voir *infra* IV.C.3.c/cd (dernier §), pour un argument supplémentaire.

<sup>243</sup> Exprimée de manière aussi synthétique que possible, cette notion signifie ceci : « *It may be used also in a more general sense of evolutionary trends gravitating to the lowest common denominator.* » (source : [http://en.wikipedia.org/wiki/Race\\_to\\_the\\_bottom](http://en.wikipedia.org/wiki/Race_to_the_bottom)).

<sup>244</sup> Voir notamment un sondage paru dans *Le Matin dimanche* du 19 mars 2006 (pp. 1, 3 et 19).

<sup>245</sup> Voir l'annexe 4 du rapport de l'IGAS (note 93).

<sup>246</sup> Plusieurs centaines selon le Conseil fédéral (rapport précité [note 36], p. 2 [résumé]). 1000 selon un article paru dans *Le Matin dimanche* du 19 mars 2006 (p. 3).

<sup>247</sup> Articles 2 et 3 § 3 du Health Bill (76) du 15 février 2006 ; voir aussi les explications à l'appui de la réforme intervenue en Angleterre et aux Pays de Galles, *Explanatory Notes*, Londres 2006, § 41.

Voir la note de synthèse établie par BBC News le 14 février 2006, *Q&A : Ban on smoking in public*, annexée au présent avis de droit, qui recense les différentes options considérées par les autorités britanniques.

pratique. Les tables se trouvant dans de telles salles doivent être régulièrement débarrassées. La sécurité doit y être assurée. A cet égard, la situation n'est pas comparable à celle d'un local de dégustation d'un magasin de tabac, à l'accès très limité.

Plus largement, des arguments analogues à ceux que nous venons de développer (risque de convergence vers le bas) sont aussi valables dans ce scénario. Par ailleurs, il faut penser aux groupes de personnes composés de fumeurs et de non-fumeurs se rendant dans un établissement public. Une interdiction totale permet de s'assurer que les non-fumeurs ne seront pas exposés à la fumée. A l'inverse, si des salles pour les fumeurs existent, il est possible que, selon les cas, les fumeurs imposent aux non-fumeurs de passer une soirée dans les salles fumeurs. Dans cette perspective, une interdiction totale a le mérite de rompre définitivement l'équation « fréquentation d'un établissement public et, à certains égards, vie sociale = exposition à la fumée du tabac ». Ce point prête évidemment à la discussion. Il n'en demeure pas moins qu'une collectivité publique peut légitimement y être sensible pour des motifs de santé publique.

*ce) Les bars à cigares ou à narghilehs*

La nécessité de protéger le public et le personnel concerne aussi les établissements publics voués à la consommation du tabac, tels que les bars à cigares ou à narghilehs. Les remarques qui précèdent leur sont, par conséquent, applicables. Un point particulier mérite néanmoins de plus amples développements. Il a trait à l'atteinte à la liberté économique. Dans ce cas, l'atteinte présente une certaine gravité du fait que les exploitants de tels établissements devront soit cesser d'exploiter ces derniers, soit en changer la vocation<sup>251</sup>. Il faut dès lors se demander si une dérogation n'est pas justifiée sur ce point. Il s'agirait toutefois d'une véritable dérogation à l'article 178B al. 2 et al. 3 let. c Cst. GE. Cela reviendrait à amputer plus amplement cet article, voire – si l'on estime que l'interdiction totale de fumer dans les établissements publics constitue le cœur de l'initiative 129 – à invalider totalement celle-ci.

Au préalable, il convient d'observer que le nombre d'établissements publics voués à la consommation du tabac semble, à première vue, limité. De plus, la conversion de tels établissements en établissements publics ordinaires ne paraît soulever aucun problème pratique insurmontable. La résiliation de leurs baux est une autre option pour les exploitants de ces établissements. Une résiliation anticipée est possible aux conditions de l'article 264 CO. Il n'est pas exclu, en outre, qu'un congé extraordinaire pour justes motifs<sup>252</sup>, au sens de l'article 266g CO, entre en ligne de compte si le bail précisait que les locaux étaient destinés à un établissement public voué à la consommation du tabac et s'il a été conclu à un moment où une interdiction totale de fumer dans les établissements publics n'était guère prévisible. Quoi qu'il en soit, des considérations économiques ne sauraient l'emporter sur la santé du public et du personnel.

Au reste, l'initiative 129 a été lancée il y a une année environ. Son traitement par le Grand Conseil prendra encore du temps, selon qu'un contre-projet direct sera ou non préparé. Puis, une votation populaire sera organisée. Dans ce contexte, les exploitants de bars à cigares ou à narghilehs seraient bien inspirés de ne pas procéder, dans l'immédiat, à des investissements substantiels (aménagement intérieurs spécifiques, constitution de stocks importants, etc.) ou à prendre des engagements importants (renouvellement de longue durée de leur bail si la consommation du tabac est un aspect essentiel de leur activité) avant que soit connu le sort de

<sup>251</sup> Voir aussi AUER (note 47), p. 13, n° 67 et le rapport du Conseil d'Etat (note 36), p. 22.

<sup>252</sup> Sur cette notion, voir notamment DAVID LACHAT in LUC THÉVENOZ / FRANZ WERRO (éd.), *Code des obligations I*, Genève / Bâle / Munich 2003, p. 1385, n° 3 ad Art. 266g CO.

cette initiative. De surcroît, le laps de temps dont ils disposent encore doit leur permettre d'amortir, dans une large mesure, les investissements qu'ils ont consentis. Des situations particulières restent évidemment toujours possibles.

Il faut surtout relever qu'une dérogation en faveur des établissements publics voués à la consommation du tabac pourrait conduire à l'éclosion d'un grand nombre d'établissements de ce type. On peut penser que de nombreux établissements pourraient se doter de quelques humidificateurs à cigares ou de narghilehs de façon à bénéficier de la dérogation. Le but de l'initiative 129 serait ainsi contourné et son efficacité singulièrement réduite. Du point de vue d'une collectivité publique, ces motifs peuvent plaider pour une interdiction totale sans dérogation. En revanche, il faudra examiner si des mesures d'accompagnement – aides à la reconversion des locaux, par exemple – se justifient dans des cas très particuliers.

Il faut aussi se demander si le risque d'une multiplication des établissements publics ne pourrait pas être évité par l'introduction d'un *numerus clausus* pour les établissements spécialement voués à la consommation du tabac. Une telle solution créerait cependant des distorsions de la concurrence<sup>253</sup>. Selon quels critères, de telles autorisations devraient-elles être allouées ? De plus, cette solution ne résoudrait pas le problème de l'exposition du public, du personnel et des exploitants à la fumée passive. Enfin, elle affecterait le message général de santé publique véhiculé par l'article 178B Cst. GE, à savoir que le tabagisme passif est nocif. Se fondant sur de tels éléments, une collectivité publique peut légitimement renoncer à une telle solution.

Enfin, nous souhaitons faire une ultime remarque sur la problématique de la fumée dans les établissements publics. Nous pourrions évidemment discuter de l'opportunité d'interdire totalement la fumée dans les établissements publics. Les considérations qui précèdent cherchent simplement à répondre à la question de savoir si le peuple d'un canton est empêché par le droit international et fédéral d'opter pour une telle mesure, sachant notamment que des Etats démocratiques européens l'ont adoptée et qu'elle est préconisée dans des études faites dans d'autres Etats. Pour reprendre les termes utilisés en conclusion du rapport de l'Inspection générale française des affaires sociales, « [l]a décision à prendre est politique au sens le plus noble du terme car une telle mesure interroge sur le rôle de la loi et de l'interdit dans une société comme la nôtre et sur ce qu'est l'intérêt général. Seul le pouvoir politique peut apprécier le moment de son opportunité »<sup>254</sup>. Nous pensons aussi que, sur ce point, la décision n'est pas juridique, mais *politique*. Aussi relève-t-elle du peuple.

#### c) Les lieux d'hébergement

Les lieux d'hébergement – hôtels, motels, etc. – sont visés par l'article 178B al. 3 let. c Cst. GE. La protection du public et du personnel est de nature à justifier une telle interdiction. Le fait que les lieux d'hébergement soient *concernés* par l'interdiction de fumer est dès lors admissible. L'interdiction de fumer peut parfaitement viser tous les lieux collectifs, de réunion et de passage dans un hôtel ou un autre établissement public voué à l'hébergement.

<sup>253</sup> Un tel *numerus clausus*, fondé sur des considérations de santé publique, serait *a priori* distinct d'une simple clause du besoin fondée sur des motifs de pure politique économique (dans ce sens, JEAN-FRANÇOIS AUBERT in JEAN-FRANÇOIS AUBERT / PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, Zurich / Bâle / Genève 2003, p. 809, n° 9 ad Art. 105 ; ETIENNE GRISEL, *Liberté économique – Libéralisme et droit économique en Suisse*, Berne 2006, p. 100, n° 181, note 351). Des doutes sont néanmoins permis. La question est délicate car la clause du besoin dans l'hôtellerie et la restauration est interdite en tant que mesure de politique économique, sous réserve de la période transitoire visée à l'article 196 ch. 7 Cst. féd. (sur cette disposition, voir GRISEL, présente note, p. 351, n° 842).

<sup>254</sup> Rapport de l'IGAS (note 93), p. 57.

En revanche, l'interdiction de fumer soulèverait de véritables difficultés si elle s'appliquait obligatoirement à toutes les chambres d'un hôtel, d'une résidence, d'une pension de famille, d'un foyer ou d'une auberge de jeunesse<sup>255</sup>. Dans un tel cas, elle touche les individus dans leur sphère privée. Elle s'applique, en outre, à des propriétés privées.

La réflexion qui nous a conduit à permettre à une collectivité publique de faire interdiction aux établissements publics d'aménager une salle réservée aux fumeurs dans un restaurant ou un bar n'est pas transposable à une chambre dans un hôtel ou dans un autre lieu d'hébergement, et ce pour plusieurs motifs :

- La présence du *personnel* y est limitée. A certains égards, elle est comparable à celle du personnel de maison dans un lieu d'habitation privé s'il est quotidiennement chargé de faire les chambres.
- La chambre d'un hôtel ou d'un autre lieu d'hébergement est une forme de *substitut de domicile* temporaire ou durable.
- Elle a un caractère *privatif* très marqué et *n'est pas un lieu public*. Elle remplit une fonction similaire à une chambre à coucher d'un appartement ou d'une maison. Le cercle des personnes partageant une chambre d'hôtel est plus étroit que le cercle des personnes partageant un verre ou un repas dans un établissement public.
- Elle est *cloisonnée* et peut être *ventilée*.
- *Les allées et venues* sont réduites.
- Le nombre d'*occupants* est limité, ce qui permet sans doute un meilleur renouvellement de l'air.

Ces éléments conduisent à procéder à une pesée des intérêts différente de celle que nous avons effectuée à propos des restaurants et des bars. Ici, le caractère *privatif* est très marqué. Du reste, une chambre d'hôtel est protégée par le droit au respect du domicile<sup>256</sup>. Par ailleurs, il est possible de réserver un certain nombre de chambres à des clients fumeurs. La santé du personnel d'un hôtel doit évidemment être protégée. Des restrictions à la liberté de fumer sont ainsi nécessaires. On peut, par exemple, imaginer qu'il soit interdit de fumer en présence du personnel ainsi qu'avant que celui-ci vienne faire les chambres. En revanche, interdire à un client de fumer dans sa chambre avant de se coucher, alors que celle-ci est bien ventilée et que le personnel n'y pénétrera que dix heures plus tard semble disproportionné. Cela reviendrait pratiquement à interdire le tabagisme actif, sans que le tabagisme passif soit en jeu. On dépasse ainsi le but général de l'initiative 129, à savoir protéger la population contre le tabagisme passif<sup>257</sup>.

Certes, l'atteinte à la protection de la sphère privée ne présente pas nécessairement un degré élevé de gravité. Il ne faut cependant pas négliger l'*effet cumulé* des différents cas d'application de l'interdiction de fumer, particulièrement pour une personne en voyage, professionnel notamment. Ainsi, une telle personne ne sera pas autorisée à fumer dans l'avion qui la conduit à Genève, dans l'aéroport, dans le taxi, dans les bâtiments publics où – par hypothèse – elle se rend pour des réunions, dans le restaurant où elle prend ses repas ainsi que dans le bar où elle prend un dernier verre. Lui faire encore interdiction de fumer dans un cadre privatif comme une chambre d'hôtel paraît disproportionné. Certes, cette personne aura eu la possibilité de se rendre à l'air libre, pendant la journée, pour fumer une cigarette, mais un

<sup>255</sup> Voir les articles 51 al. 1 et 52 de la loi genevoise du 17 décembre 1987 sur la restauration, le débit de boisson et l'hébergement (RS/GE I 2 21).

<sup>256</sup> Voir *supra* III.B.3. -

<sup>257</sup> D'un avis différent, le Conseil d'Etat (note 36, p. 22), qui ne justifie toutefois pas sa position.

emploi du temps très chargé ou de mauvaises conditions météorologiques peuvent l'avoir contrainte à y renoncer.

Il est intéressant de relever que les pays européens partisans d'une interdiction totale de fumer ont généralement prévus une réserve pour les chambres d'hôtels et d'autres lieux d'hébergement. Il en va ainsi de l'Italie et du Royaume-Uni<sup>258</sup>, notamment pour des raisons liées à la protection de la liberté personnelle et de la sphère privée<sup>259</sup>. Au Tessin, une réserve est prévue pour de telles chambres<sup>260</sup>, motivée par des considérations liées à la protection des droits fondamentaux<sup>261</sup>. En France, le rapport précité de l'Inspection générale des affaires sociales<sup>262</sup> va dans le même sens.

La santé du personnel et des autres clients doit être protégée par un cloisonnement étanche des chambres, par l'identification claire des chambres dans lesquelles la fumée est autorisée, par la mise en place d'une ventilation adéquate, par la définition de plages horaires pendant lesquelles la fumée y est interdite et par d'autres restrictions protégeant le personnel. Les buts de l'initiative 129 paraissent respectés si ces différentes conditions sont réunies. S'il était à l'avenir rendu vraisemblable que seule une interdiction totale de fumer dans les chambres permet de protéger adéquatement le personnel et les autres clients et que la preuve contraire n'était pas rapportée, alors l'interdiction totale devrait viser toutes les chambres.

La solution que nous préconisons ne revient pas à créer une exception à l'interdiction de fumer dans les lieux publics. Les hôtels et autres lieux d'hébergement restent *concernés* par l'interdiction de fumer. Toutefois, les chambres qu'ils arbitrent constituent des lieux *privatifs*, potentiellement soustraits à l'interdiction, et non pas des lieux publics.

#### d) Les transports publics et les autres transports professionnels de personnes

##### da) Les principes

L'interdiction de fumer dans les transports publics et autres transports professionnels de personnes ne prête guère à la controverse s'agissant à tout le moins de transports de relativement courte durée<sup>263</sup>, c'est-à-dire précisément ceux que vise la législation cantonale. Le sacrifice imposé aux fumeurs est de moindre importance face à la protection de la santé du personnel et des autres usagers. Dans les transports de plus longue durée, le sacrifice est peut-être plus important. Il n'en demeure pas moins que, même dans ces transports, l'interdiction peut être justifiée pour les mêmes motifs. Nous souhaiterions néanmoins approfondir la réflexion s'agissant *des taxis*.

<sup>258</sup> Voir, à propos de l'Angleterre et du Pays de Galles, l'article 3 § 2 du Health Bill (76) du 15 février 2006 ; voir aussi, s'agissant de l'Ecosse, l'article 4 al. 4 *a contrario* du Smoking, Health and Social Care (Scotland) Act 2005, entré en vigueur le 26 mars 2006.

<sup>259</sup> Voir les explications à l'appui de la réforme intervenue en Angleterre et aux Pays de Galles, *Explanatory Notes*, Londres 2006, § 40 : « They are premises which act as an individual's dwelling or are clearly private space, whether this is on a permanent or temporary basis. This would include bedrooms in a hotel, bed and breakfast or hostel, which are designated for the use of a particular person or groups of persons by the proprietor. »

<sup>260</sup> Article 57 al. 3 de la loi tessinoise du 21 décembre 1994 sur les établissements publics.

<sup>261</sup> Message du Conseil d'Etat tessinois, du 13 octobre 2004, p. 9 (ch. IX).

<sup>262</sup> Rapport de l'IGAS (note 93), p. 41.

<sup>263</sup> AUER (note 47), p. 19, n° 112.

*db) Les taxis*

On pourrait se demander s'il ne convient pas de laisser à chaque chauffeur de taxi le soin de déterminer s'il autorise ou non la fumée dans son véhicule. En somme, il lui appartiendrait de décider s'il accepte ou non d'être exposé à la fumée du tabac. A notre sens, une collectivité publique peut se fonder sur divers motifs pour étendre l'interdiction de fumer aux taxis.

On peut aussi se demander si le but de l'interdiction n'est pas, sur ce point, de protéger la santé des chauffeurs de taxis, sans que la protection du public soit concernée. La protection du public entre toutefois en ligne de compte si le chauffeur fume ou si le client précédent fumait. Par ailleurs, il semble qu'une part importante des chauffeurs de taxi aient en réalité un statut d'indépendant. Pour ces divers motifs, le but de l'interdiction n'est pas, sur ce point, de protéger uniquement des travailleurs, par ailleurs protégés par la législation fédérale sur le travail.

Les chauffeurs de taxis ont le droit à la protection de *leur santé*. Il n'y a aucun motif de leur appliquer un régime moins protecteur. Ils font face à une vive concurrence, à Genève notamment. Dans cette perspective, les chauffeurs sont poussés, sinon contraints à accepter toutes les courses. Aussi sont-ils en position de faiblesse par rapport à leurs clients. Cette pression concurrentielle peut les amener à accepter que des clients fument dans le taxi, alors même que les chauffeurs ne souhaiteraient pas être exposés à la fumée. Il y a, ici aussi, un risque de « *race to the bottom* »<sup>264</sup>.

Les chauffeurs de taxis peuvent avoir des difficultés à imposer à leurs clients l'interdiction de fumer. Leur permettre de se retrancher derrière une interdiction étatique – donc supérieure et tierce – est probablement de nature à leur faciliter la tâche et à contribuer à l'acceptation de l'interdiction par la clientèle. Une collectivité publique peut se fonder sur une telle considération pour adopter une interdiction de fumer dans les taxis également. Certes, certains trajets en taxi peuvent être très longs. Dans un tel cas, le client devra demander au chauffeur de s'arrêter s'il souhaite consommer une cigarette. Ce sacrifice paraît supportable.

*e) Les autres lieux ouverts au public tels que définis par la loi*

Il n'est pas certain qu'existent des lieux ouverts au public qui ne seraient pas visés par les lettres a à d de l'article 178B al. 3 Cst. GE ! Cela ne remet cependant pas en cause la validité de la lettre e de cette disposition. Il conviendra de voir à l'usage si cette lettre présente une pertinence. Elle peut parfaitement rester lettre morte pendant un certain temps.

<sup>264</sup> Sur cette notion, voir *supra* IV.C.3.c/cb.

## Conclusion

L'initiative 129 est, à notre sens, largement conforme au droit supérieur. Nous préconisons une petite ablation au début de l'alinéa 3 de l'article 178B Cst. GE et émettons quelques réserves d'interprétation. Par mesure de clarté, nous les reprenons dans la présente conclusion.

### Article 178B al. 1 Cst. GE

*Validité* : Oui.

*Réserve d'interprétation* : La portée de la délégation au Conseil d'Etat est limitée, eu égard aux exigences découlant du principe de la légalité.

### Article 178B al. 2 Cst. GE

*Validité* : Oui.

*Réserve d'interprétation* : La notion de « lieux publics intérieurs ou fermés » doit être interprétée en tenant compte des remarques que nous formulons à propos de l'alinéa 3 de l'article 178B Cst. GE.

### Article 178B al. 3 Cst. GE

#### Première ligne

*Validité* : Partielle. Les mots « Par lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés » et « il faut entendre » ainsi que la virgule après les mots « sont concernés » doivent être supprimés. Cette première ligne aura ainsi la teneur suivante : «<sup>3</sup> Sont concernés : ».

*Réserve d'interprétation* : Tous les bâtiments, locaux, établissements ou transports énumérés à l'article 178B al. 3 Cst. GE sont effectivement concernés par l'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou privés. L'interdiction les concerne dans la mesure où ils constituent des lieux publics. Elle les concerne, en d'autres termes, pour leurs parties qui doivent être considérées comme des lieux publics. L'assouplissement que nous préconisons ne doit cependant pas remettre en cause les buts fondamentaux de l'article 178B Cst. GE, à savoir :

- protéger le public ;
- protéger le personnel ;
- mettre en place une interdiction aussi étendue que possible dans les bâtiments, locaux, établissements ou transports publics ou ouverts au public.

#### Lettre a

*Validité* : Oui.

*Réserves d'interprétation* : L'Etat, les communes et les autres institutions de caractère public doivent tenir compte, de manière appropriée, de la situation particulière dans laquelle se trouvent les personnes à mobilité réduite qui travaillent dans des bâtiments ou locaux publics.

-170-

Dans les lieux de *détention*, il sied de définir des lieux entièrement cloisonnés et bien ventilés *essentiellement privatifs* à l'intérieur des bâtiments (cellules en principe), à moins que les personnes concernées puissent se rendre fréquemment à l'air libre (dans une cour intérieure par exemple). Ces lieux seront privatifs d'un double point de vue. En premier lieu, l'accès à ces lieux sera réservé aux fumeurs, sous réserve d'intervention urgente du personnel. En second lieu, les nuisances liées à la consommation du tabac devront rester cantonnées dans ces lieux.

Dans les hôpitaux *psychiatriques* ou autres institutions analogues, un traitement au moyen de substituts nicotiniques doit être proposé aux patients fumeurs séjournant *en milieu fermé* si l'interdiction leur est appliquée. Si un patient séjourne *durablement* dans une telle institution en milieu fermé et s'il occupe une chambre individuelle, à laquelle le personnel a peu accès et qui est bien isolée et ventilée, il devrait être autorisé à fumer dans cette chambre si le traitement au moyen de substituts nicotiniques s'est avéré inefficace et s'il ne bénéficie pas de la possibilité de sortir fréquemment du bâtiment. Sa chambre devrait être considérée comme un lieu privatif. Cette solution s'applique aussi *mutatis mutandis* aux patients fumeurs regroupés dans des chambres collectives en milieu fermé, étant précisé qu'un patient fumeur qui souhaiterait cesser de fumer devrait pouvoir demander à être transféré dans une chambre collective occupée par des non-fumeurs.

Dans les autres hôpitaux et lieux de soins ou de séjour (maisons de retraite, EMS publics, hôpitaux psychiatriques en milieu ouvert, établissements pour personnes handicapées, etc.), une chambre dans laquelle séjourne durablement une personne, à laquelle le personnel a peu accès et qui est bien isolée et ventilée, devrait être considérée comme un lieu privatif, soustrait à l'interdiction de fumer, à tout le moins si la personne concernée est empêchée de se rendre à l'extérieur du bâtiment pour fumer ou ne peut le faire que *difficilement* en raison de son traitement ou de son état de santé (physique ou psychique). Cette solution s'applique aussi *mutatis mutandis* aux patients et pensionnaires fumeurs regroupés dans des chambres collectives, étant précisé qu'un patient ou un pensionnaire fumeur qui souhaiterait cesser de fumer devrait pouvoir demander à être transféré dans une chambre collective occupée par des non-fumeurs.

Si de tels patients ou pensionnaires sont fréquemment en contact avec le personnel dans leur chambre ou si celle-ci ne peut être isolée des autres chambres, il pourrait alors leur être fait interdiction de fumer dans leur chambre. Dans un tel cas, la protection de la santé du personnel et du public doit l'emporter.

#### Lettre b

*Validité* : Oui.

*Réserves d'interprétation* : Des locaux *privatifs* peuvent exister dans un bâtiment par ailleurs ouvert au public. L'interdiction de fumer ne devrait pas nécessairement s'appliquer à de tels locaux s'ils sont cloisonnés et bien ventilés.

Une clinique privée ou d'autres bâtiments affectés à des activités médicales, hospitalières ou para-hospitalières peuvent parfaitement comporter, d'une part, des espaces accessibles au public ainsi qu'au personnel et, d'autre part, d'autres espaces où le public et le personnel n'accèdent en principe pas ou seulement rarement. On peut penser, par exemple, à une chambre dans un EMS privé. Pour autant que les soins soient administrés dans d'autres locaux, que le personnel n'ait ainsi qu'exceptionnellement accès à la chambre et que celle-ci soit cloisonnée et bien ventilée, l'interdiction de fumer pourrait ne pas y être applicable, tout particulièrement si la personne n'est pas en mesure de se rendre à l'extérieur ou ne peut que

difficilement le faire en raison de son état de santé. Cette solution s'applique aussi *mutatis mutandis* aux patients et pensionnaires fumeurs regroupés dans des chambres collectives, étant précisé qu'un patient fumeur qui souhaiterait cesser de fumer doit pouvoir demander à être transféré dans une chambre collective occupée par des non-fumeurs.

Si de tels patients ou pensionnaires sont fréquemment en contact avec le personnel dans leur chambre ou si celle-ci ne peut être isolée des autres chambres, il pourrait alors leur être fait interdiction de fumer dans leur chambre. Dans un tel cas, la protection de la santé du personnel et du public doit l'emporter.

Les magasins de tabac comportant un local de dégustation peuvent se trouver dans une situation particulière. Si l'interdiction de prévoir un espace de dégustation devait véritablement entraver le libre exercice de l'activité des marchands de tabac – ce qui semble *a priori* douteux –, une solution pourrait consister à leur permettre, compte tenu de la situation particulière dans laquelle ils se trouvent, d'ouvrir un local de dégustation bien ventilé et cloisonné dans lequel n'auraient accès que les clients qu'ils désigneraient, à l'exclusion du public en général et du personnel. S'il est établi que la fumée et les substances nocives qu'elle contient ne se répandent pas dans le reste du magasin, on pourrait considérer que ce local n'est pas ouvert au public et, par conséquent, est soustrait à l'interdiction.

#### Lettre c

*Validité* : Oui.

*Réserves d'interprétation* : La situation des établissements publics spécialement voués à la consommation du tabac devra être examinée soigneusement. L'interdiction leur est applicable, mais des mesures d'accompagnement pourraient éventuellement entrer en ligne de compte dans des cas particuliers.

Les chambres d'un hôtel ou d'un autre lieu d'hébergement<sup>265</sup> doivent être considérées comme des espaces *privatifs*, auxquels l'interdiction de fumer est susceptible de ne pas s'appliquer. Cela suppose que la santé du personnel et des autres clients soit adéquatement protégée par un cloisonnement étanche des chambres, par la désignation claire des chambres dans lesquelles la fumée est autorisée, par la mise en place d'une ventilation adéquate, par la définition de plages horaires pendant lesquelles la fumée y est interdite et par d'autres restrictions protégeant le personnel. Si, à l'avenir, il était rendu vraisemblable que seule une interdiction totale de fumer dans les chambres permet de protéger adéquatement le personnel ou les autres clients et que la preuve contraire n'était pas rapportée, alors l'interdiction totale devrait viser toutes les chambres.

#### Lettre d

*Validité* : Oui.

*Réserve d'interprétation* : Aucune réserve particulière.

#### Lettre e

*Validité* : Oui.

<sup>265</sup> Voir les articles 51 al. 1 et 52 de la loi genevoise du 17 décembre 1987 sur la restauration, le débit de boisson et l'hébergement (RS/GE I 2 21).

*Réserve d'interprétation* : La notion de « lieux ouverts au public » doit être interprétée à la lumière des remarques que nous formulons à propos des lettres a, b et c.

\* \* \*

Lausanne, le 7 avril 2006

Prof. Vincent Martenet

## TABLE DES MATIERES

Introduction .....	1
<b>I. Les conditions de validité des initiatives populaires cantonales .....</b>	<b>1</b>
A. L'unité de la matière .....	1
B. L'unité de la forme .....	2
C. L'unité du genre .....	3
D. L'exécutabilité .....	3
E. La conformité au droit supérieur .....	3
1. La portée de l'exigence .....	3
2. La retenue des autorités politiques et judiciaires .....	4
3. L'invalidation partielle d'une initiative populaire cantonale .....	5
4. La possibilité d'assortir une initiative de réserves d'interprétation .....	6
<b>II. La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons .....</b>	<b>6</b>
A. Les principes .....	6
B. La protection de la population contre la fumée passive .....	7
<b>III. Le respect des droits fondamentaux .....</b>	<b>9</b>
A. Généralités .....	9
B. L'existence d'une atteinte aux libertés .....	10
1. La dignité humaine et la liberté personnelle .....	10
2. La protection de la sphère privée .....	12
3. La protection du domicile .....	14
4. La liberté économique .....	14
5. La garantie de la propriété .....	15
6. L'interdiction de la discrimination .....	15
7. La gravité de l'atteinte .....	16
8. Des obligations positives à la charge des collectivités publiques ? .....	16
C. La restriction des libertés .....	18
1. La base légale .....	18
2. Le but légitime .....	18
3. La proportionnalité .....	19
4. L'examen des restrictions à l'aune des principes de prudence, prévention et précaution .....	19
<b>IV. La proportionnalité de l'initiative populaire 129 .....</b>	<b>20</b>
A. L'aptitude .....	21
B. La nécessité .....	21
C. La proportionnalité au sens étroit .....	23
1. La notion .....	23
2. L'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés .....	23
a) La notion de « lieux publics intérieurs ou fermés » .....	23
b) L'équation « bâtiment public ou ouvert au public = lieu public » .....	25
c) Pour une invalidation partielle, très limitée, de l'initiative 129 .....	25
3. Les lieux publics intérieurs ou fermés valablement visés par l'initiative populaire 129 .....	27
a) Tous les bâtiments ou locaux publics dépendant de l'Etat et des communes ainsi que de toutes autres institutions de caractère public .....	27
aa) Les principes .....	27
ab) Les bureaux individuels fermés et ventilés .....	28
ac) Les bureaux collectifs occupés par des fumeurs .....	30
ad) Les lieux de détention .....	30
ae) Les hôpitaux psychiatriques et les institutions similaires .....	33
af) Les autres lieux de soins et de séjour .....	34
b) Tous les bâtiments ou locaux ouverts au public, notamment ceux affectés à des activités médicales, hospitalières, para-hospitalières, culturelles, récréatives, sportives ainsi qu'à des activités de formation, de loisirs, de rencontres, d'exposition .....	36
ba) Les principes .....	36
bb) Les locaux occupés par une seule personne .....	36

bc) Les lieux de soins et de séjour .....	37
bd) Les magasins et centres commerciaux bien aérés .....	37
be) Les magasins de tabac avec espace de dégustation .....	39
b) Les clubs de consommateurs de tabac .....	40
c) Tous les établissements publics au sens de la législation sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement .....	41
ca) Les principes .....	41
cb) Les salles fumeurs cloisonnées et bien ventilées .....	41
cc) Les salles fumeurs cloisonnées et bien ventilées sans accès du personnel .....	44
cd) Les salles fumeurs cloisonnées et bien ventilées sans service .....	44
ce) Les bars à cigares ou à narghilehs .....	45
cf) Les lieux d'hébergement .....	46
d) Les transports publics et les autres transports professionnels de personnes .....	48
da) Les principes .....	48
db) Les taxis .....	49
e) Les autres lieux ouverts au public tels que définis par la loi .....	49
<b>Conclusion .....</b>	<b>50</b>
Article 178B al. 1 Cst. GE .....	50
Article 178B al. 2 Cst. GE .....	50
Article 178B al. 3 Cst. GE .....	50
Première ligne .....	50
Lettre a .....	50
Lettre b .....	51
Lettre c .....	52
Lettre d .....	52
Lettre e .....	52

## LISTE DES ANNEXES

1. Questions au Rectorat de l'Université de Genève
  2. Réponses du Rectorat de l'Université de Genève
  3. Questions à la Direction des HUG
  4. Réponses de la Direction des HUG
  5. Questions à l'Hôpital de La Tour
  6. Réponses de l'Hôpital de La Tour
  7. Questions à la Direction de l'Office pénitentiaire
  8. Réponses de la Direction de l'Office pénitentiaire
  9. Questions à la Direction de l'OCIRT
  10. Réponses de l'OCIRT
  11. Questions à la Direction du Service des autorisations et patentes
  12. Réponses de la Direction du Service des autorisations et patentes
  13. Note de synthèse de BBC News, du 14 février 2006
-

VINCENT MARTENET

PROFESSEUR A LA FACULTE DE DROIT DE  
L'UNIVERSITE DE LAUSANNE

DR EN DROIT, TITULAIRE DU BREVET D'AVOCAT, LL.M.

**INITIATIVE POPULAIRE 129  
QUESTIONS AU RECTORAT DE  
L'UNIVERSITE DE GENEVE**

Le Bureau du Grand Conseil a sollicité de notre part un avis de droit sur la validité de l'initiative populaire 129 « *Fumée passive et santé* ». Lors de la préparation de cet avis, il nous est apparu que l'expérience acquise par l'Université de Genève suite à la mise en place d'une interdiction de fumer dans les bâtiments universitaires pouvait nous apporter un éclairage très utile. Aussi souhaiterions-nous poser les questions suivantes au Rectorat de l'Université de Genève. D'avance, nous le remercions d'accueillir favorablement le présent questionnaire.

1. Quel bilan tirez-vous de l'interdiction de fumer dans les bâtiments de l'Université de Genève ?
2. L'interdiction vise-t-elle également les bureaux individuels ou locaux de recherches occupés par un seul chercheur ? Si tel est le cas, l'interdiction est-elle respectée en pratique dans ces bureaux et locaux ?
3. En règle générale, quelles sont les fonctions (professeur ordinaire à 100%, administrateur de Faculté, etc.) donnant droit à un bureau individuel ?
4. Une levée totale ou partielle de l'interdiction est-elle prévue pour les professeurs ou employés à *mobilité réduite* (personnes handicapées), en particulier lorsqu'ils occupent des bureaux individuels éloignés de la sortie du bâtiment dans lequel ils se trouvent ?

\* \* \*

Lausanne, le 13 mars 2006

Prof. Vincent Martenet

P.S. Les réponses aux questions qui précèdent peuvent être envoyées à l'adresse suivante : Prof. Vincent Martenet, Université de Lausanne, Faculté de droit, Centre de droit public, bâtiment Internef, 1015 Lausanne.


**Réponses du Rectorat de l'Université de Genève  
aux questions posées par le Professeur Vincent MARTERET (Université de Lausanne)**

1. **Quel bilan tirez-vous de l'interdiction de fumer dans les bâtiments de l'Université de Genève ?**

L'interdiction de fumer est entrée en vigueur à l'Université de Genève le 18 octobre 2004 pour la rentrée académique. Il s'agissait à l'époque pour l'Université de traiter autant un problème d'exposition professionnelle pour les travailleurs non fumeurs qu'un problème de santé publique.

A quelques très rares exceptions près, l'interdiction est respectée et les non-fumeurs sont ravis. Quant aux fumeurs, qu'ils soient membres ou non de la communauté universitaire, ils ont admis, dans leur grande majorité, le principe de l'interdiction de fumer dans l'ensemble des locaux de l'Université de Genève, à savoir les locaux de travail (par ex. les bureaux, laboratoires, bibliothèques, salles de réunions), les locaux d'agrément (notamment les cafétérias) ainsi que tout autre type de local (notamment les toilettes, les escaliers, les couloirs, les ascenseurs).

Outre les mesures d'information et d'accompagnement, une campagne d'évaluation de la qualité de l'air et de l'exposition des occupants a été conduite, avant et quelques mois après l'interdiction, dans le bâtiment le plus fréquenté : UNI MAIL. Cette investigation a permis d'évaluer le niveau de pollution de l'air intérieur du bâtiment UNI MAIL par la fumée de cigarette. Avant l'interdiction de fumer, le niveau des concentrations de poussières était plus élevé : moyenne de la journée  $0.32 \text{ mg/m}^3$ , avec des pics de plus de  $1 \text{ mg/m}^3$ , comparé aux valeurs de l'air extérieur (entre  $0.022$  et  $0.03 \text{ mg/m}^3$ ). Le niveau de nicotine était nettement plus important (moyenne de  $5.53 \text{ mg/m}^3$ , domaine  $1.5$  à  $17.9 \text{ mg/m}^3$ ) confirmant ainsi que la pollution intérieure observée avait comme origine la fumée des cigarettes.

Après l'application de l'interdiction de fumer à l'intérieur du bâtiment, on a constaté une nette amélioration en termes de concentrations de polluants. Pour la poussière, la concentration a chuté de 3 fois (moyenne :  $0.13 \text{ mg/m}^3$ , domaine :  $0.04$  à  $0.16 \text{ mg/m}^3$ ) et celle de la nicotine de 10 fois (moyenne :  $0.53 \text{ mg/m}^3$ , domaine :  $0$  à  $1.69 \text{ mg/m}^3$ ) par rapport à celle trouvée avant l'interdiction de fumer. En conclusion, l'interdiction de fumer dans les bâtiments publics a permis une amélioration notable de la qualité de l'air intérieur et a contribué de manière irréfutable à l'effort de prévention et de promotion de la santé publique.

Le bilan de cette mesure d'interdiction de fumer dans les bâtiments de l'Université de Genève est donc très positif. Remettre en question cette mesure n'est donc pas à l'ordre du jour.

2. **L'interdiction vise-t-elle également les bureaux individuels ou les locaux de recherche qui sont occupés par un seul chercheur ?  
Si tel est le cas, l'interdiction est-elle respectée en pratique dans ces bureaux et locaux ?**

L'interdiction vise tous les locaux même s'ils sont occupés par une seule personne. L'interdiction est respectée. Cependant, il arrive que des odeurs de fumée soient signalées ou que des mégots soient retrouvés dans les recoins de certains bâtiments de l'Université, mais cela reste marginal.

3. **En règle générale, quelles sont les fonctions (professeur ordinaire à 100%, administrateur de faculté, etc.) donnant droit à un bureau individuel ?**

Il n'existe pas de règle établie. En général, les professeurs, les cadres du personnel administratif et technique et toute personne dont l'activité nécessite une certaine confidentialité peut disposer d'un bureau individuel. Cela dépend évidemment aussi de la disponibilité des postes de travail.

4. **Une levée totale ou partielle de l'interdiction est-elle prévue pour les professeurs ou employés à mobilité réduite (personnes handicapées), en particulier lorsqu'ils occupent des bureaux individuels éloignés de la sortie du bâtiment dans lequel ils se trouvent ?**

Non ! Le bilan positif de cette mesure nous encourage à rester dans la ligne définie, à savoir l'interdiction de fumer dans tous les locaux de l'Université de Genève pour toute personne s'y trouvant, qu'elle soit membre ou non de la communauté universitaire. Nous n'avons donc pas l'intention de faire des exceptions.

# Qualité de l'air intérieur suite à une interdiction générale de fumer



C.K. Huynh<sup>1</sup>, T. Farinelli Ebengo<sup>2</sup> et T. Vu Duc<sup>1</sup>



UNIVERSITÉ DE GENÈVE

1. Institut universitaire romand de Santé au Travail (IST) - 19 rue du Bugnon - CH-1005 Lausanne  
 2. Université de Genève, Antenne Santé, 4 rue de Candolle - CH-1211 Genève

## Introduction

L'Université de Genève a pris la décision d'interdire de fumer dans tous les bâtiments dès le 18 octobre 2004. Cette mesure d'interdiction et d'accompagnement, une campagne d'éducation de la qualité de l'air et de l'exposition des occupants est conduite, avant et après l'interdiction, dans le bâtiment le plus fréquenté: Uni Mail. Il s'agit avant d'un problème d'exposition professionnelle pour les installateurs, non fumeurs qui d'un problème de santé publique. Les niveaux de concentration des fumées de cigarettes sont déterminés au moyen d'échantillons de la fumée.

## Objectifs

- 1. Établir les niveaux de concentration des fumées de tabac et de nicotine dans le bâtiment Uni Mail avant et après l'interdiction, à plusieurs emplacements pendant un ou plusieurs jours en situation réelle en fonction des jours et des postes.
- 2. Évaluer en fonction des profils populationnels des variations de concentration des contaminants les situations climatiques favorables dans la fumée.
- 3. Évaluer l'exposition à la fumée passive des personnes non-fumeuses en travaillant à l'intérieur de ce bâtiment.

## Méthode

- 1. Réalisation d'un air à plusieurs emplacements dans le bâtiment et plusieurs points par poste.
- 2. Les analyses d'air sont basées sur la méthode standardisée (Droits de Coopération pour les Recherches Scientifiques Relatives au Tabac, CORESTA, no 10, 1994-1998).
- 3. La nicotine est mesurée au moyen de cartouches contenant du XAD-2. L'analyse de la nicotine est effectuée par GC-MSD (ISO 11454).

## Résultats

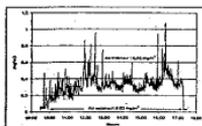


Figure 4. Profil de la concentration de la nicotine - Avant l'interdiction de fumer

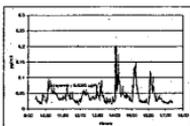


Figure 6. Profil de la concentration de la nicotine - Avant l'interdiction de fumer

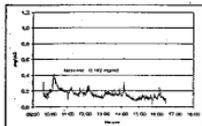


Figure 5. Profil de la concentration de la nicotine - Après l'interdiction de fumer

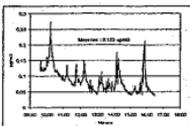


Figure 7. Profil de la concentration de la nicotine - Après l'interdiction de fumer

Pour les poussières, la concentration n'a pas changé de façon marquée d'une campagne à l'autre, à l'exception des postes 1, 3 et 5 où l'on observe une légère amélioration de 2 à 3 fois (respectivement, si tous les postes sont pris en compte, P=0,02) si on compare des postes 6 et 7, P=0,048). Pour le condensat, nous arrivons au même constat : pas d'amélioration notable (si les données de tous les postes sont retenues, P=0,7 ; avec élimination des postes 6 et 7, P=0,694). Ceci peut être expliqué par le fait que ces deux paramètres ne dépendent pas uniquement de la fumée de cigarettes mais aussi de la pollution générale. Le changement de saison entre les deux campagnes (première campagne en été ou plusieurs volets sur le toit sont ouverts, et la campagne d'hiver où tous les volets sont fermés) peut expliquer le peu de différences entre les deux campagnes en ce qui concerne la poussière et le condensat. En plus, le poste 7 représente la pollution extérieure qui a légèrement augmenté entre les deux saisons. Pour l'indicateur nicotine, qui est spécifique de la fumée de tabac, nous constatons des améliorations notables. En effet, pour tous les postes, on observe une diminution de la concentration de nicotine après l'interdiction et pour plusieurs postes, le rapport de concentration de nicotine avant et après est de 5-30 fois (tous les postes à l'exception du poste 7, air extérieur). Les analyses statistiques donnent P=0,009, ce qui est remarquable.



Figure 1. Le bâtiment UniMail vu de l'extérieur



Figure 2. Calcul du net de chauffage



Figure 3. Les dispositifs de prélèvement

Poste	Phase	Poussière (µg/m³)	Condensat (µg/m³)	Nicotine (µg/m³)	Contaminants
1	Avant	0,248	0,024	16,5	Rez, salle surélevée 1
	Après	0,128	0,042	17,9	
2	Avant	0,128	0,042	3,1	Rez, salle surélevée 2
	Après	0,175	0,126	5,1	
3	Avant	0,081	0,037	1,9	3 <sup>ème</sup> étage, couloir
	Après	0,143	0,084	3,7	
4	Avant	0,000	0,050	3,4	3 <sup>ème</sup> étage, devant la bibliothèque
	Après	0,022	0,007	nd	
5	Avant	0,143	0,084	4,4	3 <sup>ème</sup> étage, couloir
	Après	0,000	0,050	3,4	
6	Avant	0,000	0,050	3,4	Rez, terrasse de la cafétéria
	Après	0,022	0,007	nd	
7	Avant	0,022	0,007	nd	3 <sup>ème</sup> étage, terrasse extérieure
	Après	0,022	0,007	nd	

Tableau 1. Comparaison de concentrations de poussières, de condensat et de nicotine dans l'air intérieur avant et après l'interdiction. Les chiffres en rouge indiquent une différence significative de niveaux de concentration observés avant et après l'interdiction générale de fumer à l'intérieur du bâtiment Uni Mail.

## Conclusions

La présente investigation a permis d'évaluer le niveau de pollution de l'air intérieur du bâtiment Uni Mail par la fumée de cigarette. Avant l'interdiction de fumer, le niveau des concentrations de poussières est plus élevé, moyenne de 0,32 µg/m³, avec des pics de plus de 1 mg/m³, comparé aux valeurs de l'air extérieur entre 0,022 et 0,03 mg/m³. Le niveau de nicotine est nettement plus important (moyenne 5,53 µg/m³, domaine 1,9 à 17,9 µg/m³). Ceci confirme que la pollution intérieure observée a comme origine la fumée de cigarettes.

Après l'application de l'interdiction de fumer à l'intérieur du bâtiment, on constate une nette amélioration en termes de concentrations de polluants. Pour la poussière, la concentration a chuté de 5 fois (moyenne : 0,13 µg/m³, domaine : 0,04 à 0,16 µg/m³) et celle de la nicotine de 10 fois (moyenne : 0,53 µg/m³, domaine : 0 à 1,59 µg/m³) par rapport à celle trouvée avant l'interdiction de fumer.

En conclusion l'interdiction de fumer dans les bâtiments publics permet une amélioration notable de la qualité de l'air intérieur et contribue de manière irrégulière à la prévention et au maintien de la santé publique.

VINCENT MARTENET

PROFESSEUR A LA FACULTE DE DROIT DE  
L'UNIVERSITE DE LAUSANNE

DR EN DROIT, TITULAIRE DU BREVET D'AVOCAT, LL.M.

## INITIATIVE POPULAIRE 129 QUESTIONS A LA DIRECTION DES HUG

Le Bureau du Grand Conseil a sollicité de notre part un avis de droit sur la validité de l'initiative populaire 129 « *Fumée passive et santé* ». Lors de la préparation de cet avis, il nous est apparu que l'initiative populaire 129 soulève des questions délicates en tant qu'elle vise les *hôpitaux*. Aussi souhaiterions-nous poser les questions suivantes à la **Direction des HUG**. D'avance, nous la remercions d'accueillir favorablement le présent questionnaire.

1. La consommation de tabac (à fumer) est-elle autorisée dans les bâtiments des HUG ? Si oui, à quel(s) endroit(s) et, le cas échéant, avec quelle(s) restriction(s) ?
2. Des distinctions sont-elles effectuées entre le personnel et les patients ?
3. Des distinctions sont-elles effectuées entre les patients en chambres individuelles et les patients en chambres communes ?
4. Les patients fumeurs ou acceptant de séjourner avec des fumeurs sont-ils regroupés dans des chambres communes ?
5. Certains patients fumeurs sont-ils empêchés de se rendre à l'extérieur du bâtiment pour fumer ou ne peuvent-ils le faire que difficilement en raison de leur traitement ou de leur état de santé (physique ou psychique), sans que leur médecin leur ait toutefois interdit de fumer ? Combien de patients fumeurs se trouvent-ils dans une telle situation ? Une interdiction totale de fumer dans le bâtiment est-elle indiquée pour de tels patients ?
6. Les patients séjournant en milieu fermé dans un hôpital psychiatrique (Belle-Idée) ont-ils la possibilité de sortir du bâtiment ou d'aller sur un balcon pour fumer ? Si oui, combien de fois par jour ? Une interdiction totale de fumer dans le bâtiment est-elle indiquée pour de tels patients ?
7. Quelle(s) mesure(s) préconiserez-vous en faveur des patients qui sont empêchés de se rendre à l'extérieur du bâtiment pour fumer ou ne peuvent le faire que difficilement en raison de leur traitement ou de leur état de santé, sans que leur médecin leur ait toutefois interdit de fumer, *s'il était établi que ces patients ont le droit de fumer dans l'hôpital* ? En admettant que le personnel et les autres patients ont, pour leur part, le droit d'être protégés contre l'exposition à la fumée du tabac, vous semble-t-il préférable :

- d'autoriser de fumer en chambre (pour autant que le patient séjourne en chambre individuelle) avec interdiction de fumer en présence du personnel et pendant certaines plages horaires ?
- ou d'autoriser de fumer dans un local séparé, fermé et bien ventilé, auquel seuls ces patients auraient accès (à l'exclusion des autres patients, même fumeurs, et du personnel, sous réserve du personnel de nettoyage hors de la présence des patients) ?

D'autres solutions protégeant le personnel et les autres patients sont-elles envisageables ?

\* \* \*

Lausanne, le 13 mars 2006

Prof. Vincent Martenet

P.S. Les réponses aux questions qui précèdent peuvent être envoyées à l'adresse suivante :  
Prof. Vincent Martenet, Université de Lausanne, Faculté de droit, Centre de droit public,  
bâtiment Internef, 1015 Lausanne.

Direction générale

Prof. Vincent MARTENET  
Centre de droit public  
Faculté de droit  
Bât. Internef  
Université de Lausanne  
1015 LAUSANNE

N/Réf : BG/NR/nr

Genève, le 30 mars 2006

**Concerne:** L'initiative populaire 129 « Fumée passive et santé »

Monsieur,

Votre lettre du 13 mars 2006 m'est bien parvenue et a retenu toute mon attention. Vous trouverez ci-après les réponses apportées aux questions posées dans votre questionnaire relatif au sujet cité en marge.

1. *La consommation de tabac (à fumer) est-elle autorisée dans les bâtiments des HUG ? Si oui, à quel(s) endroit(s) et, le cas échéant, avec quelle(s) restriction(s) ?*  
Non, il est interdit de fumer sans exception à l'intérieur de tous les bâtiments des HUG.
2. *Des distinctions sont-elles effectuées entre le personnel et les patients ?*  
Non.
3. *Des distinctions sont-elles effectuées entre les patients en chambres individuelles et les patients en chambres communes ?*  
Non.
4. *Les patients fumeurs ou acceptant de séjourner avec des fumeurs sont-ils regroupés dans des chambres communes ?*  
Non.
5. *Certains patients fumeurs sont-ils empêchés de se rendre à l'extérieur du bâtiment pour fumer ou ne peuvent-ils le faire que difficilement en raison de leur traitement ou de leur état de santé (physique ou psychique), sans que leur médecin leur ait toutefois interdit de fumer ?*  
Oui, des patients sont empêchés par leur état de santé ou leur traitement de se rendre à l'extérieur pour fumer.

*Combien de patients fumeurs se trouvent-ils dans une telle situation ?*

Il n'y a pas de données à disposition ; on peut supposer que dans les cas suivants: hospitalisation aux soins intensifs, période post-opératoire, mobilité limitée, alitement strict, isolement, hospitalisation en milieu fermé, oxygénothérapie, etc...des patients peuvent être empêchés.

*Une interdiction totale de fumer dans le bâtiment est-elle indiquée pour de tels patients ?*

Sur le plan médical, le tabagisme étant une dépendance à la nicotine, aucun médecin ne peut prescrire une interdiction totale de fumer aux patients, qui est une intervention inefficace et contre-productive. Les soignants ne peuvent que recommander l'arrêt du tabac avec une approche motivationnelle et offrir de l'aide incluant des substitutions nicotiques aux patients qui le désirent. Vu la nocivité majeure du tabac qui tue 50% des fumeurs réguliers, la recommandation d'arrêt est indiquée pour tous les patients fumeurs.

Par ailleurs, vu la nocivité bien démontrée de la fumée passive pour les patients et les employés, une interdiction de fumer dans les bâtiments des HUG est indiquée pour tous les patients, quel que soit leur état de santé.

Sur le plan institutionnel, tous les employés des HUG, dont les médecins, ont la responsabilité de faire appliquer l'interdiction générale de fumer à l'intérieur des bâtiments des HUG.

6. *Les patients séjournant en milieu fermé dans un hôpital psychiatrique (Belle-Idée) ont-ils la possibilité de sortir du bâtiment ou aller sur un balcon pour fumer ? Si oui, combien de fois par jour ?*

Dans le département de psychiatrie (Belle-Idée), on distingue les situations suivantes :

- Les patients bénéficiant d'un programme en chambre fermée : il s'agit soit de patients dont l'état de santé nécessite des mesures d'encadrement stricts eu égard à leur état de santé, soit de patients faisant l'objet d'une hospitalisation judiciaire (art. 43 ou 44 du Code Pénal Suisse) mis en chambre fermée au début de l'hospitalisation pendant une période d'observation. Généralement les programmes en chambre fermée sont de courte durée. Dans ces situations, un traitement de substitut nicotinique est proposé au patient afin de mieux supporter l'abstinence tabagique momentanée.
- Les patients dont le programme de soins prévoit qu'ils sortent de l'unité pour fumer, accompagnés par un soignant.
- Les autres patients (l'immense majorité) qui peuvent à leur convenance fumer à l'extérieur des unités.

*Une interdiction totale de fumer dans le bâtiment est-elle indiquée pour de tels patients ?*

(cf. la réponse au point 5).

7. *Quelle(s) mesure(s) préconisez-vous en faveur des patients qui sont empêchés de se rendre à l'extérieur du bâtiment pour fumer ou ne peuvent le faire que difficilement en raison de leur traitement ou de leur état de santé, sans que leur médecin leur ait toutefois interdit de fumer, s'il était établi que ces patients ont le droit de fumer dans l'hôpital ?*

De manière générale, nous précisons, cf. au point 5 que les médecins ne peuvent interdire aux patients fumeurs de ne pas fumer mais uniquement leur recommander d'arrêter.

*En admettant que le personnel et les autres patients ont, pour leur part, le droit d'être protégés contre l'exposition à la fumée du tabac, vous semble-t-il préférable :*

*D'autoriser de fumer en chambre (pour autant que le patient séjourne en chambre individuelle) avec l'interdiction de fumer en présence du personnel et pendant certaines plages horaires ?*

L'autorisation de fumer en chambre paraît être une solution inadéquate qui constituerait un risque pour la santé des patients fumeurs eux-mêmes et de celle de leur entourage et poserait des problèmes d'organisation, voire de sécurité, dans l'unité.

*Ou d'autoriser de fumer dans un local séparé, fermé et bien ventilé, auquel seuls ces patients auraient accès (à l'exclusion des autres patients, même fumeurs, et du personnel, sous réserve du personnel de nettoyage hors de la présence des patients) ?*

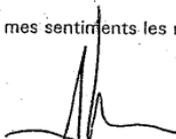
Une autorisation de fumer dans un local séparé et bien ventilé est une moins mauvaise option mais loin d'être optimale car aucune technologie ne permet d'éliminer l'exposition à la fumée passive et aux risques qui en découlent. Elle ne résoudra pas le problème car les fumeurs hospitalisés dans les HUG, empêchés actuellement de sortir pour fumer, ne pourront pas davantage accéder à ce local pour fumeurs.

*8. D'autres solutions protégeant le personnel et autres patients sont-elles envisageables ?*

La meilleure stratégie envisageable est l'interdiction totale de fumer à l'intérieur des HUG avec une offre d'aide aux patients et aux collaborateurs fumeurs comprenant une consultation spécialisée, des informations et une substitution en nicotine. La substitution en nicotine a pour but de soulager les symptômes de manque et rendre le patient confortable. Les patients fumeurs ont alors le choix entre 3 options: (1) arrêt du tabac à long terme avec une aide à la désaccoutumance; (2) arrêt temporaire avec une aide au sevrage limité à l'hospitalisation; (3) réduction de la consommation poursuivie à l'extérieur des bâtiments, avec une aide au sevrage partiel.

Cette stratégie, qui est celle actuellement en vigueur aux HUG, est la seule dont l'efficacité a été scientifiquement démontrée sur l'exposition à la fumée passive et sur l'arrêt du tabac des fumeurs, aussi bien chez les patients que le personnel. Mais elle doit s'accompagner de mesures d'accompagnement pour informer et aider le personnel et les patients fumeurs.

Je vous prie de croire, Monsieur, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs.



Bernard GRUSON  
Directeur général

VINCENT MARTENET

PROFESSEUR A LA FACULTE DE DROIT DE  
L'UNIVERSITE DE LAUSANNE

DR EN DROIT, TITULAIRE DU BREVET D'AVOCAT, LL.M.

## INITIATIVE POPULAIRE 129 QUESTIONS A LA DIRECTION DE L'HOPITAL DE LA TOUR

Le Bureau du Grand Conseil a sollicité de notre part un avis de droit sur la validité de l'initiative populaire 129 « *Fumée passive et santé* ». Lors de la préparation de cet avis, il nous est apparu que l'initiative populaire 129 soulève des questions délicates en tant qu'elle vise *les hôpitaux*. Aussi souhaiterions-nous poser les questions suivantes à la **Direction de l'Hôpital de La Tour**. D'avance, nous la remercions d'accueillir favorablement le présent questionnaire.

1. La consommation de tabac (à fumer) est-elle autorisée dans les bâtiments de l'Hôpital de La Tour ? Si oui, à quel(s) endroit(s) et, le cas échéant, avec quelle(s) restriction(s) ?
2. Des distinctions sont-elles effectuées entre le personnel et les patients ?
3. Des distinctions sont-elles effectuées entre les patients en chambres individuelles et les patients en chambres communes ?
4. Les patients fumeurs ou acceptant de séjourner avec des fumeurs sont-ils regroupés dans des chambres communes ?
5. Certains patients fumeurs sont-ils empêchés de se rendre à l'extérieur du bâtiment pour fumer ou ne peuvent-ils le faire que difficilement en raison de leur traitement ou de leur état de santé (physique ou psychique), sans que leur médecin leur ait toutefois interdit de fumer ? Combien de patients fumeurs se trouvent-ils dans une telle situation ? Une interdiction totale de fumer dans le bâtiment est-elle indiquée pour de tels patients ?
6. Quelle(s) mesure(s) préconiserez-vous en faveur des patients qui sont empêchés de se rendre à l'extérieur du bâtiment pour fumer ou ne peuvent le faire que difficilement en raison de leur traitement ou de leur état de santé, sans que leur médecin leur ait toutefois interdit de fumer, *s'il était établi que ces patients ont le droit de fumer dans l'hôpital* ? En admettant que le personnel et les autres patients ont, pour leur part, le droit d'être protégés contre l'exposition à la fumée du tabac, vous semble-t-il préférable :
  - d'autoriser de fumer en chambre (pour autant que le patient séjourne en chambre individuelle) avec interdiction de fumer en présence du personnel et pendant certaines plages horaires ?

- ou d'autoriser de fumer dans un local séparé, fermé et bien ventilé, auquel seuls ces patients auraient accès (à l'exclusion des autres patients, même fumeurs, et du personnel, sous réserve du personnel de nettoyage hors de la présence des patients) ?

D'autres solutions protégeant le personnel et les autres patients sont-elles envisageables ?

\* \* \*

Lausanne, le 13 mars 2006

Prof. Vincent Martenet

P.S. Les réponses aux questions qui précèdent peuvent être envoyées à l'adresse suivante :  
Prof. Vincent Martenet, Université de Lausanne, Faculté de droit, Centre de droit public,  
bâtiment Internef, 1015 Lausanne.

Direction

Nicole Kramar T 022 719 62 87  
Directrice du Service Juridique F 022 719 63 55  
Titulaire du brevet d'avocat  
Ethics & Compliance Officer  
E-mail : nicole.kramar@latour.ch

6

# HÔPITAL DE LA TOUR

Professeur  
Vincent Martenet  
Université de Lausanne  
Faculté de Droit  
Centre de droit public  
Bâtiment interne  
1015 Lausanne

Meyrin, le 30 mars 2006

## Initiative populaire 129 « Fumée passive et santé » - questionnaire.

Professeur,

Nous faisons suite à votre courrier du 14 mars 2006, lequel a retenu notre meilleure attention.

Nous vous remettons, en annexe, les réponses au questionnaire sur l'initiative populaire 129 « Fumée passive et santé ».

En vous souhaitant bonne réception des présentes, nous vous prions de croire, Professeur, à l'assurance de nos sentiments distingués.

  
Nicole KRAMAR  
Directrice du Service Juridique

Annexe ment.

La Tour SA  
Avenue J.-D. Maillard 3  
CH-1217 Meyrin/Genève

Switzerland  
T +41 (0)22 719 61 11  
F +41 (0)22 719 61 12



La Tour  
RÉSEAU  
DE SOINS

Internet:  
<http://www.latour.ch>

## INITIATIVE POPULAIRE 129

1. Oui - Espace fumeur à la cafétéria en dehors des heures de repas de midi soit 11h00 à 14h00.
    - Réfectoire pour le personnel de maintenance et nettoyage (toléré).
    - Espace fumeur cafétéria bloc opératoire (médecins).
  2. Non
  3. Non
  4. Non
  5. a) Non
    - b) Dans de tels cas = dispositions mises en place pour permettre au patient de fumer en sécurité par rapport au reste de l'Hôpital
    - c) environ 1 par mois
    - d) impossible
  6. a) Oui, seulement pour les patients autres ne pouvant, par conséquent, pas se déplacer soit à l'extérieur soit à l'intérieur, soit à l'espace fumeur de la cafétéria.
    - b) impossible
    - c) à réfléchir
- 
- 
- 
- 
-

VINCENT MARTENET

PROFESSEUR A LA FACULTE DE DROIT DE  
L'UNIVERSITE DE LAUSANNE

DR EN DROIT, TITULAIRE DU BREVET D'AVOCAT, LL.M.

## INITIATIVE POPULAIRE 129 QUESTIONS A LA DIRECTION DE L'OFFICE PENITENTIAIRE

Le Bureau du Grand Conseil a sollicité de notre part un avis de droit sur la validité de l'initiative populaire 129 « *Fumée passive et santé* ». Lors de la préparation de cet avis, il nous est apparu que l'initiative populaire 129 soulève des questions délicates en tant qu'elle vise *les lieux de détention*. Aussi souhaiterions-nous poser les questions suivantes à la **Direction de l'Office pénitentiaire**. D'avance, nous la remercions d'accueillir favorablement le présent questionnaire.

1. La consommation de tabac (à fumer) est-elle autorisée dans la prison de Champ-Dollon ? Si oui, à quel(s) endroit(s) et, le cas échéant, avec quelle(s) restriction(s) ?
2. Des distinctions sont-elles effectuées entre le personnel et les détenus ?
3. Des distinctions sont-elles effectuées entre les détenus en cellules individuelles et les détenus en cellules communes ?
4. Les détenus fumeurs ou acceptant de séjourner avec des fumeurs sont-ils regroupés dans des cellules communes ?
5. De combien de sorties quotidiennes bénéficient les détenus ?
6. Quel pourcentage des détenus est fumeur (réponse approximative) ? Quel pourcentage du personnel est fumeur (réponse approximative) ?
7. Toutes les cellules disposent-elles d'une fenêtre et/ou sont-elles bien ventilées ? Si un détenu fume dans sa cellule (qu'il y soit autorisé ou non), la fumée se répand-elle dans les cellules avoisinantes ? Si oui, dans quel rayon (réponse approximative) ?
8. Une interdiction totale de fumer dans tous les bâtiments de la prison de Champ-Dollon est-elle réaliste, le cas échéant en accroissant le nombre de sorties à l'air libre de tous les détenus (y compris les non-fumeurs, pour ne pas les inciter à fumer afin de bénéficier d'un plus grand nombre de sorties) ? Cette interdiction est-elle contre-indiquée pour des raisons de sécurité (protestations des détenus contre cette interdiction, tensions plus vives, etc.) ?
9. Quelle(s) mesure(s) préconiseriez-vous s'il était établi que les détenus fumeurs ont le droit de fumer à l'intérieur des bâtiments et que les autres détenus ainsi que le personnel ont le

droit d'être protégés contre l'exposition à la fumée du tabac ? Quelle solution est préférable à votre avis :

- autoriser les détenus fumeurs à fumer dans leurs cellules, étant précisé que la fumée ne serait autorisée dans une cellule que si *cumulativement* (a) celle-ci est uniquement occupée par des fumeurs, (b) elle bien isolée des cellules occupées par des non-fumeurs et des locaux communs, (c) tout détenu a le droit en tout temps d'être déplacé dans une cellule non-fumeur et (d) la fumée serait interdite en présence du personnel ainsi que pendant certaines plages horaires ?
- autoriser la fumée dans des locaux séparés et bien ventilés auxquels seuls les détenus fumeurs auraient accès (à l'exclusion des autres détenus et du personnel, sauf en cas d'urgence et pour y conduire/rechercher les détenus), étant précisé qu'un accès à des salles réservées à des non-fumeurs devrait être consenti à ces derniers (pour éviter de créer une incitation à fumer) ?
- une autre solution ?

\* \* \*

Lausanne, le 13 mars 2006

Prof. Vincent Martenet

P.S. Les réponses aux questions qui précèdent peuvent être envoyées à l'adresse suivante : Prof. Vincent Martenet, Université de Lausanne, Faculté de droit, Centre de droit public, bâtiment Internef, 1015 Lausanne.



RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE  
DÉPARTEMENT DES INSTITUTIONS

Genève, le 30 mars 2006

OFFICE PENITENTIAIRE

Direction

16, avenue Trembley  
1209 Genève

téléphone : 022 929 52 40  
télécopieur : 022 929 52 41

**IN 129 : "Fumée passive et santé"  
Réponses au questionnaire de Monsieur le Professeur Vincent  
Martenet**

**PROPOS LIMINAIRES**

Un établissement de détention est certes un établissement public, mais il présente des caractéristiques qui l'en distinguent fondamentalement, notamment en raison de sa population.

En effet, selon la jurisprudence constante du TF :

*Les personnes détenues sont soumises aux restrictions qui découlent de la mesure de contrainte qui leur est imposée; celle-ci ne doit toutefois pas aller au-delà de ce qui est nécessaire au but de l'incarcération et au fonctionnement normal de l'établissement de détention<sup>1</sup>.*

Il en découle que le traitement de la question de l'interdiction de fumer pour la population carcérale appelle une solution propre, comme le démontrent les réponses au questionnaire ci-dessous.

<sup>1</sup> ATF 124 I 336 et la jurisprudence citée

**QUESTIONNAIRE**

1. La consommation de tabac (à fumer) est-elle autorisée dans la prison de Champ-Dollon ? Si oui, à quel(s) endroit(s) et le cas échéant, avec quelle(s) restriction(s) ?

L'usage du tabac est réglementé. Les détenus ont le droit de fumer <sup>2</sup> dans les cellules et dans les zones fumeurs expressément désignées au sein des unités.

Pour le personnel, des zones réservées aux fumeurs ont été désignées.

2. Des distinctions sont-elles effectuées entre le personnel et les détenus ?

Oui, le personnel n'est - et pour cause - pas soumis au régime de détention des personnes incarcérées.

On fera néanmoins observer que le personnel de la prison accomplit sa mission dans des parties de locaux où des détenus sont autorisés à fumer.

3. Des distinctions sont-elles effectuées entre les détenus en cellules individuelles et les détenus en cellules communes ?

Non.

On précisera à ce propos que l'attribution des cellules dépend de nombreux facteurs liés notamment à la sécurité et à l'empêchement de tout risque de collusion. En raison de la surpopulation pénale, nous pouvons affirmer qu'il est difficile, voire impossible, de prévoir des cellules réservées aux non-fumeurs.

4. Les détenus fumeurs ou acceptant de séjourner avec des détenus fumeurs, sont-ils regroupés dans des cellules communes ?

Voir réponse à question n° 3.

<sup>2</sup> Art. 43 Règlement sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées (F 1 50.04)

5. De combien de sorties quotidiennes bénéficient les détenus ?

En règle générale, les détenus bénéficient d'une heure de promenade par jour dans les cours réservées à cet usage<sup>3</sup>.

D'ailleurs, la jurisprudence du Tribunal fédéral a fixé des minimas en la matière, d'un point de vue qualitatif<sup>4</sup>.

Or, l'heure de promenade à laquelle les détenus ont droit a dû être désormais réduite compte tenu de la surpopulation carcérale que connaît la prison de Champ-Dollon<sup>5</sup>.

6. Quel pourcentage des détenus est fumeur (réponse approximative) ? Quel pourcentage du personnel est fumeur (réponse approximative) ?

Une majorité de détenus sont fumeurs. Un rapport français d'évaluation sur les soins médicaux aux détenus mentionne que près de 80 % des détenus s'annoncent fumeurs lors de l'entrée en détention<sup>7</sup>.

Une majorité du personnel est non fumeur.

7. Toutes les cellules disposent-elles d'une fenêtre et/ou sont-elles bien ventilées ? Si un détenu fume dans sa cellule (qu'il y soit autorisé ou non), la fumée se répand-elle dans les cellules avoisinantes ? Si oui, dans quel rayon (réponse approximative) ?

Toutes les cellules sont équipées d'une fenêtre.

<sup>3</sup> Art. 18 al. 1<sup>er</sup> Règlement sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées (F 1 50.04)

<sup>4</sup> ATF 118 Ia 64 c 3k, cité in Information sur l'exécution des peines et mesures, Office fédéral de la justice, 3/97, page 20.

<sup>5</sup> De fait, les limites structurelles imposées par la capacité du bâtiment, en relation avec la surpopulation ont pour conséquence de réduire la durée effective des promenades du matin entre 40 et 50 minutes dès lors que le chiffre de 400 détenus est atteint. (Mémoire du Directeur de l'office pénitentiaire du 16 décembre 2004, page 5, transmis à la Commission des visiteurs officiels)

<sup>6</sup> Ce jour, 483 détenus sont incarcérés à la prison de Champ-Dollon.

<sup>7</sup> L'ORGANISATION DES SOINS AUX DETENUS Rapport d'évaluation, 2001 (<http://www.justice.gouv.fr/publicat/soinsauxdetenus.pdf>)

La fumée ne se répand pas dans les cellules avoisinantes

Il convient de préciser que la Commission de visiteurs officiels du Grand Conseil contrôle en permanence les conditions de détention<sup>8</sup>.

8. Une interdiction totale de fumer dans tous les bâtiments de la prison de Champ-Dollon est-elle réaliste, le cas échéant en accroissant le nombre de sorties à la fois libre de tous les détenus (y compris les non-fumeurs, pour ne pas inciter à fumer afin de bénéficier d'un plus grand nombre de sorties)? Cette interdiction est-elle, contre-indiquée, pour des raisons de sécurité (protestation des détenus contre cette interdiction, tensions plus vives etc.)?

Une interdiction totale de fumer dans tous les secteurs de la prison n'est, à notre sens, ni réaliste, ni réalisable.

Dans le milieu carcéral, la consommation de tabac est très importante, comme il a été indiqué dans la réponse à la question n° 6 et l'expérience démontre que la consommation de tabac, comme d'ailleurs celle de substances calmantes dispensées sous contrôle médical, a pour effet d'atténuer le choc carcéral subi par les détenus.

Une interdiction générale de fumer dans les établissements de détention aurait pour effet d'augmenter singulièrement le stress des détenus et, partant, la tension au sein des établissements où sont incarcérés plusieurs centaines de détenus à majorité fumeur.

Un sevrage collectif n'est pas concevable, ne serait-ce que du point de vue de l'incertitude liée à la réussite d'une telle cure utilisant des succédanés de nicotine (patchs, nicorettes etc.) et, quoi qu'il en soit, de la durée du sevrage physique nécessaire, pour les motifs qui viennent d'être évoqués.

De plus, un encadrement socio-médical accru serait indispensable alors même que les contraintes budgétaires actuelles empêchent d'augmenter les ressources au sein de l'administration cantonale.

On rappellera ici que du point de vue constitutionnel, le Conseil d'Etat, se fondant sur une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, a admis qu'une interdiction totale de fumer dans un établissement de détention peut porter atteinte à la liberté personnelle des détenus<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Art. 227, al. 1<sup>er</sup> B 1 01, Loi portant règlement du Grand Conseil.

A cela s'ajoute une autre limite : celle tenant au caractère aléatoire et irrégulier du flux des incarcérations.

On précisera en outre que l'autorisation de fumer pendant certaines plages horaires est simplement irréalisable en raison d'une impossibilité objective de contrôler simultanément près de 200 locaux de détention.

Enfin, on fera observer que, de la même manière, on ne peut empêcher le personnel de surveillance d'être confronté à un contexte de fumée de tabac lors de l'ouverture d'une cellule.

La deuxième solution évoquée dans la question posée bute à des obstacles absolus tenant à la sécurité de l'établissement, vu les risques inhérents aux mouvements de détenus à l'intérieur (déplacement entre les étages) comme à l'extérieur (accès aux promenades) du bâtiment cellulaire.

La direction de l'office pénitentiaire ne voit pas d'autre solution adéquate.

## CONCLUSIONS

Des obstacles de principe, liés à la situation constitutionnelle des droits des détenus de même que des empêchements objectifs liés à des questions de sécurité rendent impossible la mise en œuvre d'une interdiction totale de fumer à l'intérieur d'un établissement de détention, tel la prison de Champ-Dollon.

A l'inverse, il paraît théoriquement possible de confiner et de réglementer la consommation de tabac, à l'intérieur des cellules et lors des promenades. Ce mode de procéder relève de l'hypothèse travail compte tenu des contraintes organisationnelles liées à la surpopulation pénale. L'attention du lecteur est expressément attirée sur les difficultés que de tels aménagement engendreront sur la gestion carcérale et la garantie des motifs de détention provisoire (absence du risque de collusion) ainsi que sur le maintien d'un niveau de sécurité pour les biens et les personnes, lors notamment de conduites de détenus.

Du point de vue de la sécurité, on doit relever que l'accroissement du nombre de sorties pour permettre aux détenus fumeurs de consommer à l'extérieur du bâtiment est tout simplement impossible compte tenu des risques engendrés par des mouvements de détenus entre les secteurs et du surcroît de travail ainsi généré.

9. Quelles mesures préconisez-vous, s'il était établi que les détenus fumeurs ont le droit de fumer à l'intérieur des bâtiments et que les autres détenus ainsi que le personnel ont le droit d'être protégés contre l'exposition à la fumée du tabac? Quelle solution est préférable à votre avis?

- autoriser les détenus fumeurs à fumer dans leurs cellules, étant précisé que la fumée ne serait autorisée dans une cellule que si, cumulativement (a) celle-ci est uniquement occupée par des fumeurs, (b) elle est bien isolée des cellules occupées par des non-fumeurs et des locaux communs, (c) tout détenu a droit en tout temps d'être déplacé dans une cellule non-fumeur, et (d) la fumée serait interdite en présence du personnel ainsi que pendant certaines plages horaires?
- autoriser la fumée dans des locaux séparés et bien ventilés auxquels seuls les détenus fumeurs auraient accès (à l'exclusion des autres détenus et du personnel, sauf en cas d'urgence et pour y conduire/rechercher les détenus), étant précisé qu'un accès à des salles réservées à des non-fumeurs devrait être consenti à ces derniers (pour éviter de créer une incitation à fumer)?
- Une autre solution?

La seule mesure envisageable reviendrait à permettre aux détenus de fumer dans leurs cellules ainsi que lors des promenades.

Le droit correspondant d'un détenu à être déplacé dans une cellule non-fumeur ne pourrait être satisfait que dans la mesure des places disponibles et pour autant que le risque de collusion soit absent et que le transfert n'implique aucun danger pour la sécurité des détenus, du personnel de surveillance ainsi que pour la sécurité du bâtiment.

<sup>9</sup> Rapport du Conseil d'Etat au Grand-Conseil du 11 janvier 2006 sur la validité et la prise en considération de l'initiative populaire "Fumée passive et santé" (IN 129), page 13.

VINCENT MARTENET

PROFESSEUR A LA FACULTE DE DROIT DE  
L'UNIVERSITE DE LAUSANNE

DR EN DROIT, TITULAIRE DU BREVET D'AVOCAT, LL.M.

**INITIATIVE POPULAIRE 129  
QUESTIONS A LA DIRECTION DE  
L'OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION  
ET DES RELATIONS DU TRAVAIL**

Le Bureau du Grand Conseil a sollicité de notre part un avis de droit sur la validité de l'initiative populaire 129 « *Fumée passive et santé* ». Lors de la préparation de cet avis, il nous est apparu que la pratique de certaines entreprises privées pouvait, par analogie, présenter un grand intérêt. Aussi souhaiterions-nous poser les questions suivantes à la **Direction de l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail**. D'avance, nous la remercions d'accueillir favorablement le présent questionnaire.

1. A votre connaissance, existe-t-il des entreprises établies à Genève dont les bâtiments sont intégralement non-fumeurs ? Disposez-vous de données chiffrées à ce sujet ?
2. A votre connaissance, les entreprises ayant adopté une interdiction totale de fumer dans leurs bâtiments ont-elles fait face à des plaintes de la part des employés fumeurs et à des litiges ?

\* \* \*

Lausanne, le 13 mars 2006

Prof. Vincent Martenet

P.S. Les réponses aux questions qui précèdent peuvent être envoyées à l'adresse suivante :  
Prof. Vincent Martenet, Université de Lausanne, Faculté de droit, Centre de droit public,  
bâtiment Internef, 1015 Lausanne.



REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE  
Département de la solidarité et de l'emploi

Office cantonal de l'inspection et des relations du travail

OCIRT  
Médecin inspectrice du travail  
Case postale 1255  
1211 Genève 26 La Praille

Pr Vincent Martenet  
Université de Lausanne  
Faculté de droit  
Centre de droit public  
Bâtiment Internef  
1015 Lausanne

N. réf.  
Tél. 022 388 29 29

Genève, le 22 mars 2006

Concerne : Initiative populaire 129 "Fumée passive et santé" - questionnaire

Monsieur le Professeur,

Monsieur Michel Gisler, directeur de l'Office m'a transmis votre courrier du 13 mars qui a retenu ma meilleure attention.

Vous savez certainement que des bâtiments publics comme les Hôpitaux universitaires de Genève sont à ce jour entièrement non-fumeurs. En ce qui concerne les bâtiments privés, ceux appartenant à des multinationales sont généralement non-fumeurs. Nous n'avons cependant pas de données chiffrées.

A ce jour aucune plainte d'un employé fumeur ne nous est parvenue.

Je reste à votre disposition et vous prie d'agréer, Monsieur le Professeur, l'expression de ma considération distinguée.

Dr. Elisabeth Conne-Perréard

VINCENT MARTENET

PROFESSEUR A LA FACULTE DE DROIT DE  
L'UNIVERSITE DE LAUSANNE

DR EN DROIT, TITULAIRE DU BREVET D'AVOCAT, LL.M.

**INITIATIVE POPULAIRE 129**  
**QUESTIONS A LA DIRECTION DU SERVICE**  
**DES AUTORISATIONS ET PATENTES**

Le Bureau du Grand Conseil a sollicité de notre part un avis de droit sur la validité de l'initiative populaire 129 « *Fumée passive et santé* ». Lors de la préparation de cet avis, il nous est apparu que l'initiative populaire 129 soulève des questions délicates en tant qu'elle vise les établissements publics. Aussi souhaiterions-nous poser les questions suivantes à la **Direction du Service des autorisations et patentes**. D'avance, nous la remercions d'accueillir favorablement le présent questionnaire.

1. Les établissements publics axés principalement sur la consommation du tabac (bars à cigares ou à narghilehs, par exemple) sont-ils nombreux à Genève ? Disposez-vous de données chiffrées à ce sujet ?
2. A votre connaissance, la fumée est-elle, en règle générale, autorisée ou interdite dans les chambres d'hôtel dans le canton de Genève ?

\* \* \*

Lausanne, le 13 mars 2006

Prof. Vincent Martenet

P.S. Les réponses aux questions qui précèdent peuvent être envoyées à l'adresse suivante : Prof. Vincent Martenet, Université de Lausanne, Faculté de droit, Centre de droit public, bâtiment Internef, 1015 Lausanne.

Service des autorisations et patentes

42-44, avenue Cardinal-Mermillod  
Case postale 1776  
1227 CAROUGE

Madame Maria Anna HUTTER  
Sautier du Grand Conseil  
Rue de l'Hôtel de Ville 2  
Case postale 3970  
1211 GENEVE 3

N<sup>o</sup>réf. : BR/chi  
V<sup>o</sup>réf. :

Genève, le 5 avril 2006

Concerne : Initiative populaire 129 "Fumée passive et santé" - questionnaire

Madame, Monsieur,

Nous accusons réception de votre courrier du 14 mars qui a retenu toute notre attention

Nous ne pouvons malheureusement répondre de manière concrète à votre demande. En effet, nous ne disposons d'aucune statistique ni chiffre à ce sujet.

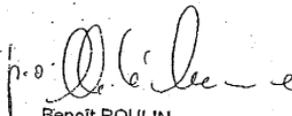
Nous pouvons par contre vous inviter à prendre contact avec :

*Société des Cafetiers, hôteliers et restaurateurs  
de Genève  
av. Henri-Dunant 11  
Case postale 1211 Genève 11  
1205 Genève GE*

*Tél. 022 327 99 22*

Nous regrettons de ne pouvoir vous aider d'avantage et vous prions de nous en excuser.

Veuillez croire, Madame, en l'expression de notre parfaite considération

  
Benoît ROULIN  
Directeur



## Q&A: Ban on smoking in public

**MPs have voted to ban smoking in all enclosed public places in England. What were the issues involved?**

**What was the choice facing MPs?**

*Option 1:* Essentially this was Labour's manifesto pledge to introduce a ban on smoking in all enclosed public places in England, except pubs which do not serve food, and private members' clubs. It was the option agreed last autumn by Cabinet after protracted debate. Championed by ex-health secretary John Reid.

*Option 2:* A complete ban on smoking in all enclosed public places, including all pubs and private clubs. This was the option the current Health Secretary Patricia Hewitt voted in favour of, after a consultation suggested Option 1 might be unworkable and make health inequalities worse. Championed by health minister Caroline Flint.

*Option 3:* A complete ban on smoking in all enclosed public places, except for private clubs. This offered another option to MPs facing anger from private clubs, such as Labour/Conservative clubs, working men's and golf clubs at having a ban imposed on them.

**Where will smoking be banned?**

Smoking in all public places like pubs, cinemas, offices, factories, public transport and so on will be banned.

**Where will you be able to smoke?**

People will still be able to smoke outdoors, and in private homes, plus places that Ms Hewitt says are "like homes", such as care institutions, army barracks, and prisons.

**When would a ban come into force?**

Summer 2007.

**Why didn't the government stick to its manifesto pledge?**

The post-election consultation on the plans for a partial ban raised enough questions - such as how you define pub food or enforce a one metre exclusion zone from a bar - that the new health secretary felt it was impractical. There was then a well-publicised row in Cabinet with Ms Hewitt pushing for a wider ban and former health secretary, John Reid, demanding ministers stick to the original policy of a partial ban, which he won. The prime minister was clearly facing the prospect of a continuing row and decided it was such a controversial issue it warranted a free vote in the Commons and we have ended up with the health secretary essentially opposing her own policy.

**What were the winning arguments for a full ban?**

Those demanding a total ban argued it was a matter of public health, particularly protecting people working in pubs and private clubs from the effects of passive smoking. They said that having a partial ban would give private clubs an unfair economic advantage against nearby pubs. They also said that allowing smoking in pubs which do not serve food would widen health inequalities, on the basis that many pubs in less well off areas would choose not to serve food, so their clientele and staff would suffer.

the effects of passive smoking.

#### What about those who opposed a ban?

Those wanting a partial ban claimed a full ban could hit clubs and pubs hard and was unnecessary. They said the government was infringing civil liberties, and could lead to places such as, for example, regulars at the Royal British Legion being unable to smoke. Many said that it should be up to the pubs and clubs themselves to decide whether to allow smoking.

#### MPs got a free vote - what's that?

A free vote is where MPs are not under orders from their party leader to vote a particular way. It is normally only on issues of conscience such as abortion or the age of consent. Tony Blair argued that smoking was now in that same category.

#### How did key figures vote?

*Tony Blair*, *Gordon Brown* and Health Secretary *Patricia Hewitt* all voted against the party's manifesto pledge and supported a total ban. The health minister responsible for smoking, *Caroline Flint*, also supported a total ban. For the Tories, *Sir George Young*, *John Bercow*, *Peter Bottomley* and *Robert Key* were among those who voted for a total ban while party leader *David Cameron* missed the vote because of the birth of his child but he was expected to oppose any ban on the grounds it should be a matter of personal choice. For the Liberal Democrats, *Charles Kennedy*, *Sir Menzies Campbell* and *Chris Huhne* voted for an outright ban, while *Mark Oaten* and *Lembit Opik* voted to oppose a ban.

#### What will the political fallout be for the government?

By making it a free vote, the prime minister avoided the possibility of a government defeat but he may still face charges of presiding over a shambles and going back on manifesto pledges. Any long-term or significant political damage is unlikely.

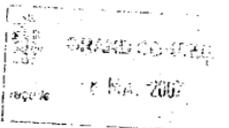
Story from BBC NEWS:

[http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/1/hi/uk\\_politics/4711544.stm](http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/1/hi/uk_politics/4711544.stm)

Published: 2006/02/14 20:12:37 GMT

© BBC MMVI

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal



GRAND CONSEIL		
Expédié le:	Session GC: 03-cl. OS 2007	
Président	<input checked="" type="checkbox"/>	Députés (100)
Correspondance GC	<input checked="" type="checkbox"/>	Bureau
Secrétariat	<input checked="" type="checkbox"/>	Chefs de groupe
Commission:	Santé + législative (pr info)	
Objet:	IN 129	
Copie à:	- M. F. Waelti, CHA	

- Mme M. Da Rosa, DES  
- Mme Rijhetti, DES



1P.541/2006 /vz

### Séance du 28 mars 2007 Ire Cour de droit public

Composition

MM. les Juges Féraud, Président, Aemisegger, Aeschlimann, Wurzbürger, Reeb, Fonjallaz et Eusebio. Greffier: M. Kurz.

Parties

Ivan Slatkine, avenue Industrielle 9, 1227 Carouge GE, Pascal Pétroz, route d'Ambilly 24, 1226 Thônex, recourants, représentés par Me Charles Poncet, avocat, case postale 401, 1211 Genève 12.

contre

Grand Conseil du canton de Genève,  
rue de l'Hôtel-de-Ville 2, case postale 3970,  
1211 Genève 3.

Objet

Validité de l'initiative populaire "Fumée passive et santé" (IN 129),

recours de droit public contre la décision du Grand Conseil du canton de Genève du 22 juin 2006.

**Faits :****A.**

Le 12 octobre 2005, le Conseil d'Etat genevois a constaté l'aboutissement de l'initiative populaire intitulée "Fumée passive et santé" (IN 129). L'initiative porte sur l'introduction, dans la Constitution genevoise, d'un nouvel art. 178B libellé de la façon suivante :

**Titre XIV Dispositions diverses****Art. 178B Protection de l'hygiène publique et de la santé  
Fumée passive**

<sup>1</sup> Vu l'intérêt public que constitue le respect de l'hygiène publique et la protection de la santé, le Conseil d'Etat est chargé de prendre des mesures contre les atteintes à l'hygiène et à la santé de la population résultant de l'exposition à la fumée du tabac, dont il est démontré scientifiquement qu'elle entraîne la maladie, l'invalidité et la mort.

<sup>2</sup> Afin de protéger l'ensemble de la population, il est interdit de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés, tout particulièrement dans ceux qui sont soumis à une autorisation d'exploitation.

<sup>3</sup> Par lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés sont concernés, il faut entendre :

- a) tous les bâtiments ou locaux publics dépendant de l'Etat et des communes ainsi que toutes autres institutions de caractère public;
- b) tous les bâtiments ou locaux ouverts au public, notamment ceux affectés à des activités médicales, hospitalières, para-hospitalières, culturelles, récréatives, sportives ainsi qu'à des activités de formation, de loisirs, de rencontres, d'exposition;
- c) tous les établissements publics au sens de la législation sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement;
- d) les transports publics et les autres transports professionnels de personnes;
- e) les autres lieux ouverts au public tels que définis par la loi.

L'exposé à l'appui de cette initiative rappelle les risques liés à la fumée passive et la nécessité de protéger le personnel et les personnes qui fréquentent les établissements publics. Estimant que les mesures de ventilation sont inefficaces, les initiants relèvent que plusieurs pays (Italie, Irlande, Malte, Norvège, Suède) ont pris des mesures identiques.

**B.**

Le Conseil d'Etat a déposé son rapport sur l'initiative le 11 janvier 2006. S'agissant de la conformité de l'initiative au droit fédéral, il a considéré que la Confédération n'avait pas encore fait usage des compétences découlant de l'art. 118 al. 2 let. b Cst. (mesures de lutte contre les maladies très répandues et particulièrement dangereuses),

de sorte que les cantons demeuraient compétents dans le domaine de la protection de la santé. La LTr (art. 6) et l'OLT 3 (art. 19) ne réglementaient pas exhaustivement la protection des travailleurs, et l'initiative allait dans le sens de la législation fédérale. L'initiative pouvait être interprétée comme ne s'appliquant qu'aux bâtiments publics relevant de la compétence cantonale (à l'exclusion notamment des gares CFF et des bâtiments militaires et de la protection civile). S'agissant des droits fondamentaux, le Conseil d'Etat estimait que même si la liberté personnelle n'était pas touchée par l'interdiction de fumer, hormis dans les cas de détention, la question de la proportionnalité se posait en rapport notamment avec le droit au respect de la vie privée et la liberté économique. L'initiative était propre à atteindre les buts de sécurité, de respect d'autrui et de santé publique recherchés, et les autres mesures envisageables (horaires, espaces fumeurs, ventilation) ne paraissaient pas aussi efficaces. Un problème de proportionnalité se posait car l'initiative visait une interdiction absolue: aucune exception n'était prévue en faveur des personnes hospitalisées, à mobilité réduite ou en fin de vie, des détenus, des personnes travaillant seules et des établissements consacrés à la vente de tabac. Une interprétation conforme était certes envisageable, dans la perspective de la législation d'application. Le Conseil d'Etat estimait toutefois qu'il y avait lieu de proposer un contre-projet direct permettant de circonscrire plus précisément, par un nouvel alinéa 3 ou dans la loi d'application, la portée de l'interdiction de fumer.

La Commission législative du Grand Conseil a déposé son rapport le 6 juin 2006. Elle avait en mains un avis de droit du Professeur Andreas Auer, concluant à l'invalidité totale de l'initiative essentiellement en raison de son caractère disproportionné, ainsi qu'un avis contraire produit par les initiants. Elle avait alors chargé le Professeur Vincent Martenet d'un avis neutre. Ce dernier considérait que l'interdiction de fumer pouvait être disproportionnée lorsqu'elle visait les lieux de séjour à caractère privatif très marqué, soit les cellules de détention, les chambres d'hôpitaux psychiatriques, les chambres des lieux de soins et de séjour dépendant de l'Etat, ainsi que les chambres d'hôtels. Cette inconstitutionnalité pouvait être levée en modifiant la formule de l'art. 178B al. 3, en remplaçant la phrase introductive par l'expression "*Sont concernés*:", ce qui permettait de respecter la volonté des initiants tout en préservant la plus grande partie du texte de l'initiative.

La majorité de la commission a suivi cet avis: elle a considéré que l'initiative respectait l'unité du genre, de la forme et de la matière, et

qu'elle était exécutable. Toutefois, elle ne respectait pas le droit supérieur. La suppression de l'al. 3 a été refusée, et "l'invalidation partielle" de cette disposition a été décidée dans le sens préconisé par le Professeur Martenet.

#### C.

Le 22 juin 2006, le Grand Conseil genevois a suivi la proposition de la Commission législative et déclaré partiellement valide l'IN 129. Il a amendé la première phrase de l'art. 178B al. 3 Cst./GE en remplaçant par l'expression "*Sont concernés*:".

#### D.

Par acte du 29 août 2006, deux citoyens et députés genevois, Ivan Slatkine et Pascal Péroz, ont saisi le Tribunal fédéral d'un recours de droit public pour violation du droit de vote des citoyens (art. 85 let. a OJ). Ils demandent au Tribunal fédéral d'annuler la décision du Grand Conseil et de déclarer invalide l'initiative IN 129. Ils reprochent en substance au Grand Conseil d'avoir d'une part modifié le texte de l'initiative dans un sens ne correspondant pas à la volonté des initiants et, d'autre part, adopté un texte qui violerait le droit supérieur (soit le droit fédéral relatif à la protection des travailleurs et la liberté personnelle) et qui manquerait de clarté.

Le Grand Conseil conclut au rejet du recours en relevant notamment la nécessité de concrétiser l'initiative dans une loi d'exécution. Au terme d'un second échange d'écritures, les parties ont maintenu leurs conclusions.

#### **Le Tribunal fédéral considère en droit:**

##### 1.

La décision attaquée a été prise et le recours de droit public introduit avant l'entrée en vigueur de la LTF. La loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ) est par conséquent applicable (art. 132 al. 1 LTF). Conformément à l'art. 15 al. 3 OJ, la Cour siège à sept juges.

##### 2.

En vertu de l'art. 85 let. a OJ, le Tribunal fédéral connaît des recours de droit public concernant le droit de vote des citoyens et de ceux qui ont trait aux élections et aux votations cantonales, quelles que soient les dispositions de la constitution cantonale et du droit fédéral régissant la matière.

2.1 Le recours institué par l'art. 85 let. a OJ permet au citoyen de se plaindre de ce qu'une initiative a été indûment soustraite au scrutin populaire, notamment parce qu'elle a été déclarée totalement ou partiellement invalide par l'autorité cantonale chargée de cet examen, quelle que soit la motivation de cette décision d'invalidation.

La voie de l'art. 85 let. a OJ est également ouverte pour contester la décision, prise par l'autorité cantonale, de présenter une initiative au vote populaire, pour autant que le droit cantonal charge l'autorité compétente de vérifier d'office la conformité des initiatives aux règles supérieures. Dans ce cas, le citoyen dispose d'une prétention à ce que ce contrôle obligatoire soit effectué correctement et à ce que le corps électoral soit dispensé de se prononcer, le cas échéant, sur des dispositions qui paraissent d'emblée contraires au droit matériel supérieur (ATF 128 I 190 consid. 1.3 p. 194).

2.2 Selon l'art. 66 al. 3 de la Constitution genevoise du 24 mai 1847 (Cst./GE; RS 131.234), le Grand Conseil déclare partiellement nulle l'initiative dont une partie est manifestement non conforme au droit si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides; à défaut, il déclare l'initiative nulle. Même s'il ne sanctionne que les violations évidentes du droit (par quoi il faut entendre non seulement le droit formel relatif à la recevabilité des initiatives, mais également le droit supérieur), le Grand Conseil est tenu d'effectuer un examen d'office. Cela ouvre la voie du recours pour violation des droits politiques.

2.3 La qualité pour recourir dans ce domaine appartient à toute personne à laquelle la législation cantonale accorde l'exercice des droits politiques pour participer à la votation en cause, même si elle n'a aucun intérêt juridique personnel à l'annulation de l'acte attaqué (ATF 128 I 190 consid. 1 p. 192; 121 I 138 consid. 1 p. 139; 357 consid. 2a p. 360). La qualité pour agir des recourants, électeurs dans le canton de Genève, est donc indiscutable.

2.4 Saisi d'un recours pour violation des droits politiques, le Tribunal fédéral revoit librement l'interprétation et l'application du droit fédéral et du droit constitutionnel cantonal, ainsi que des dispositions de rang inférieur qui sont étroitement liées au droit de vote ou en précisent le contenu et l'étendue (ATF 129 I 185 consid. 2 p. 190). Toutefois, s'agissant de la conformité de l'initiative au droit supérieur, une invalidation ne doit intervenir, selon l'art. 66 al. 3 Cst./GE, que dans les cas manifestes. Saisi d'un recours dont le but est, comme cela est relevé ci-dessus, de contrôler si l'examen effectué par le Grand Conseil est

conforme à ses attributions constitutionnelles, le Tribunal fédéral ne peut se reconnaître un pouvoir d'examen plus étendu que celui de l'autorité cantonale: il ne doit sanctionner, lui aussi, que les violations manifestes du droit supérieur (ATF 132 I 282 consid. 1.3 p. 284). En revanche, contrairement à ce que soutient le Grand Conseil, le fait que la norme constitutionnelle doit ensuite faire l'objet d'une garantie fédérale (art. 51 al. 2 Cst.), ne saurait justifier une restriction supplémentaire du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral.

2.5 Selon la pratique constante, 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, elle doit être déclarée valable et être soumise au peuple. L'interprétation conforme doit ainsi permettre d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidité, conformément à l'adage "in dubio pro populo" (ATF 125 I 227 consid. 4a p. 231 s. et les arrêts cités). S'agissant d'une norme constitutionnelle appelée à être concrétisée par des dispositions législatives ou réglementaires, le Tribunal fédéral ne peut faire abstraction de la manière dont le texte sera vraisemblablement appliqué (SJ 2001 241; ATF 121 I 334 consid. 2c p. 338). Dans cette perspective, les travaux préparatoires à l'appui de la décision de validation peuvent constituer des facteurs d'interprétation (ATF 121 I 334 consid. 2c p. 338; 111 la 292 consid. 2 p. 295, 303 consid. 4 p. 305; 105 la 151 consid. 3a p. 154).

### 3.

Les recourants se plaignent en premier lieu d'une violation du droit cantonal relatif aux initiatives populaires. Ils estiment que les auteurs d'une initiative rédigée de toutes pièces, telle l'IN 129, seraient seuls responsables de sa formulation et assumeraient ainsi le risque d'une invalidation: le Grand Conseil ne pourrait procéder à aucune modification, en dehors des retouches purement formelles. L'invalidation partielle permettrait de retrancher une partie inadmissible de l'initiative pour autant que la partie restante n'en soit pas dénaturée. En l'occurrence, la partie retranchée du texte de l'initiative n'était pas en soi contraire au droit fédéral. Par ailleurs, la volonté des initiants était clairement d'interdire sans exception la fumée dans les lieux publics; la nouvelle formulation adoptée par le Grand Conseil modifierait l'initiative sur un point essentiel, et ne correspondrait donc plus à la volonté de ses auteurs.

3.1 La Constitution genevoise n'interdit pas au Grand Conseil de modifier le texte d'une initiative populaire. L'art. 66 al. 3 Cst./GE prévoit au contraire expressément l'invalidation partielle d'une initiative dont une partie est manifestement non conforme au droit, si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides. Cela autorise le Grand Conseil à supprimer une partie du texte de l'initiative, afin notamment de rendre le reste conforme au droit supérieur. Pour autant que la partie restante respecte les conditions de validité, qu'elle conserve un sens et corresponde à la volonté des initiants et des signataires, l'invalidation peut, au besoin, porter sur une partie importante du texte de l'initiative (cf. ATF 130 I 185 consid. 5 p. 202, concernant l'invalidation de cinq des huit articles constitutionnels proposés par l'initiative; arrêt 1P.238/2000 du 26 janvier 2001 publié in SJ 2003 137 et ATF 125 I 227 concernant tous deux l'invalidation de plusieurs lettres d'un alinéa). Contrairement à ce que soutiennent les recourants, l'art. 66 al. 2 et 3 Cst./GE ne fait aucune distinction sur ce point entre l'initiative conçue en termes généraux et l'initiative rédigée de toutes pièces (les arrêts précités portent d'ailleurs tous sur des initiatives rédigées). Il est enfin indifférent que la partie retranchée de l'initiative puisse, en soi et détachée de son contexte, être considérée comme conforme au droit fédéral: ce qui est déterminant, c'est que le résultat auquel aboutit l'opération, et l'amélioration qui en découle pour l'ensemble du texte de l'initiative, conserve un sens qui puisse raisonnablement être imputé à ses auteurs.

3.2 En l'espèce, la modification apportée par le Grand Conseil a consisté en l'ablation d'une douzaine de mots ("*Par lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés [...], il faut entendre:*"), le maintien de l'expression "*sont concernés*", et l'adaptation de la ponctuation. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une invalidation partielle - la partie supprimée du texte n'a rien, en soi, de contraire au droit supérieur -, mais bien plutôt d'une retouche rédactionnelle destinée à tenir compte des réserves d'interprétation manifestées par le Grand Conseil genevois. Ce dernier aurait d'ailleurs pu s'abstenir d'une telle modification et se contenter d'indiquer de quelle manière il envisageait d'interpréter et de concrétiser la norme constitutionnelle. L'intervention sur le texte de l'initiative permet toutefois de formaliser cette interprétation conforme, ce qui présente notamment pour les électeurs l'avantage d'une certaine transparence. On ne saurait donc voir dans l'intervention du Grand Conseil un remaniement inadmissible du texte des initiants: l'initiative n'est pas modifiée dans son sens, mais seulement précisée dans sa portée.

3.3 S'agissant de la question du respect de la volonté des initiants, on peut s'interroger sur la qualité des recourants pour soulever un tel grief, puisqu'ils entendent ainsi obtenir l'invalidation totale de l'initiative, alors que les initiants eux-mêmes n'ont pas contesté la décision du Grand Conseil. La question peut demeurer indécise, car le grief apparaît manifestement mal fondé.

3.4 En effet, si la volonté des initiants pouvait à l'origine être interprétée dans le sens d'une interdiction absolue de fumer dans tous les lieux publics, il est évident que les auteurs et signataires de l'initiative préféreront un texte assorti de certaines exceptions plutôt que le maintien du statu quo en raison d'une invalidation totale de l'initiative (ATF 105 la 362 consid. 9 p. 368). Il y a lieu d'ailleurs de relever que le sens et le but de l'initiative est préservé pour l'essentiel, soit l'interdiction de fumer dans la quasi totalité des lieux publics. Les exceptions envisagées ne concernent que les lieux dits privés, pour lesquels le problème de la fumée passive ne se pose pas avec la même acuité. On ne saurait donc prétendre, comme le font les recourants, que l'intervention du Grand Conseil aurait dénaturé l'initiative.

Il apparaît en outre que, dans un communiqué de presse du 6 juillet 2006, les auteurs de l'initiative ont déclaré adhérer aux conclusions du Professeur Martenet en acceptant "sans réserve la modification de forme apportée au texte... qui permet une interprétation plus précise de la proposition de loi sans aucune altération de sa substance". Le 12 septembre 2006, le comité d'initiative a déclaré approuver complètement la décision du Grand Conseil, ce qui permet de lever le doute qui pourrait encore subsister quant au respect de la volonté des initiants. Ce premier grief doit être écarté.

#### 4.

Les recourants estiment ensuite qu'en dépit de la modification apportée par le Grand Conseil, l'IN 129 serait toujours contraire au droit supérieur. Les cantons disposent certes de compétences générales dans le domaine de la protection de la santé. Toutefois, s'agissant de la protection des travailleurs, également visée par la référence aux "lieux publics intérieurs ou fermés", l'initiative empiéterait sur le champ d'application de la LTr et de son ordonnance d'application, en particulier de l'art. 19 OLT 3 qui tend à la protection des travailleurs non-fumeurs.

4.1 De manière générale, une initiative populaire cantonale ne doit rien contenir qui viole le droit supérieur, qu'il soit cantonal, intercantonal, fédéral ou international (cf. ATF 124 I 107 consid. 5b p. 118 s.). L'art. 49 al. 1 Cst. fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en oeuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées de façon exhaustive (ATF 130 I 82 consid. 2.2 p. 86/87, 128 I 295 consid. 3b p. 299; 127 I 60 consid. 4a p. 68 et les arrêts cités). L'existence ou l'absence d'une législation fédérale exhaustive constitue donc le premier critère pour déterminer s'il y a conflit avec une règle cantonale. Toutefois, même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine si elle poursuit un autre but que celui recherché par le droit fédéral (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, Berne 2000 n. 1031 p. 364). Le principe de la force dérogatoire n'est pas non plus violé dans la mesure où la loi cantonale vient renforcer l'efficacité de la réglementation fédérale (ATF 91 I 17 consid. 5 p. 21 ss). Ce n'est que lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd la compétence d'adopter des dispositions complétives, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci (cf. ATF 130 I 82 consid. 2.2 p. 86/87, 128 I 295 consid. 3b p. 299).

4.2 L'art. 118 Cst. règle les compétences de la Confédération en matière de protection de la santé. La doctrine parle à ce propos d'une "fragmentarische Rechtsetzungskompetenz des Bundes" en matière de santé publique: la Confédération n'aurait la compétence d'édicter des dispositions pour protéger la santé que dans les domaines exhaustivement cités à l'alinéa 2 de cette disposition constitutionnelle (HÄFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht - Die neue Bundesverfassung -, 6<sup>ème</sup> éd. Zurich 2005 n° 1185-1187). A l'intérieur de ces domaines, elle dispose d'une "compétence globale dotée d'un effet dérogatoire subséquent" (FF 1997 I 338). Elle peut notamment légiférer sur l'utilisation des denrées alimentaires, des agents thérapeutiques, des stupéfiants, des organismes, des produits chimiques et des objets qui peuvent présenter un danger pour la santé (art. 118 al. 2 let. a Cst.), ainsi que sur la lutte contre les maladies très répandues et particulièrement dangereuses (art. 118 al. 2 let. b Cst.). Ces dispositions pourraient servir de fondement à une législation fédérale destinée à protéger contre les effets du tabagisme passif

(JAAG/RUSLI, Schutz vor Passivrauchen: verfassungsrechtliche Aspekte, AJP 1/2006 p. 21ss). Le législateur fédéral a fait partiellement usage de cette compétence pour réglementer notamment - mais de manière non exhaustive - la publicité en matière d'alcool et de tabac (ATF 128 I 295). Les cantons conservent, en tout cas tant que la Confédération n'aura pas légiféré dans ce domaine, la faculté d'édicter des règles générales pour la protection de la population contre les effets du tabagisme passif.

4.3 Selon l'art. 110 al. 1 let. a Cst., la Confédération peut légiférer sur la protection des travailleurs. Elle a fait usage de cette compétence en adoptant la loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr, RS 822.11), dont les dispositions sur la protection de la santé (notamment l'art. 6), s'appliquent de manière élargie (art. 3a). Les recourants relèvent que la réglementation fédérale serait par exemple exhaustive en ce qui concerne les heures d'ouverture des magasins (ATF 130 I 279 consid. 2.3.1 p. 284 et les arrêts cités). Cela ne signifie toutefois pas que la LTr régirait de manière exclusive tous les aspects de la protection des travailleurs.

Conformément à l'art. 6 al. 4 LTr, l'ordonnance 3 (OLT 3, RS 822.113) détermine les mesures d'hygiène qui doivent être prises dans toutes les entreprises soumises à la loi. Elle prévoit notamment que l'employeur doit veiller, dans le cadre des possibilités de l'exploitation, à ce que les travailleurs non-fumeurs ne soient pas incommodés par la fumée d'autres personnes (art. 19 OLT 3). Cette disposition tend à la protection non seulement de la santé mais aussi du bien-être des travailleurs (ATF 132 III 257 consid. 5.4.1, SJ 2007 173). Les mesures de protection ne sont toutefois pas spécifiées; elles doivent être économiquement supportables pour l'entreprise et proportionnées au besoin de protection (même arrêt, consid. 5.4.4).

4.4 Le droit privé du travail contient également des dispositions protectrices; l'art. 342 al. 2 CO permet d'exiger le respect des dispositions de la LTr, et l'art. 328 al. 2 CO impose à l'employeur des mesures appropriées pour protéger la vie, la santé et l'intégrité corporelle du travailleur.

4.5 Au contraire de la législation de droit public et privé sur le travail, l'initiative IN 129 tend à la protection du public dans son ensemble. Elle poursuit un but de santé et d'hygiène publiques pour lequel, les recourants n'en disconviennent pas, le canton dispose de compétences propres (ATF 128 I 295 consid. 3d p. 301 et les références), en

tout cas tant que la Confédération n'a pas légiféré de manière générale en se fondant sur l'art. 118 al. 2 let. b Cst. (cf. le rapport du Conseil fédéral sur la protection contre le tabagisme passif, FF 2006 3547, 3565). L'interdiction de fumer dans les lieux public a certes des incidences sur la protection des travailleurs, mais il s'agit d'effets indirects, le but des deux réglementations étant clairement distinct. En outre, si l'interdiction de fumer peut incidemment, suivant les lieux où elle s'applique, recouper la protection des travailleurs prévue par le droit fédéral, cela n'a pas pour effet d'entraver la réalisation des objectifs poursuivis par la LTr, mais bien plutôt de la renforcer (même arrêt, consid. 3f p. 303). Le grief doit par conséquent être écarté.

#### 5.

Les recourants considèrent également que l'initiative porterait une atteinte à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.). Selon eux, le choix de fumer ou non serait couvert par la liberté personnelle, au même titre par exemple que le fait de se réunir dans une gare en consommant de l'alcool (ATF 132 I 49). Les art. 13 Cst. et 8 CEDH seraient aussi applicables, de même que la liberté économique, dans la mesure où l'interdiction de fumer pourrait conduire à une baisse du chiffre d'affaires des établissements concernés.

5.1 Pour le Grand Conseil, le tabagisme ne serait pas une manifestation élémentaire du développement de la personnalité et ne devrait pas bénéficier de la protection de l'art. 10 al. 2 Cst. Pour les mêmes raisons, l'art. 13 Cst. ne serait pas applicable, hormis dans les cas particuliers de détention ou de séjour durable dans une institution de soins ou un hôtel. La liberté économique ne pourrait elle aussi être invoquée que dans des cas très spécifiques (établissements consacrés à la fumée), dont la loi d'exécution pourrait tenir compte. Faute d'un droit fondamental, les exigences relatives à la base légale et à la proportionnalité seraient inapplicables. Subsidiairement, le Grand Conseil estime que la version modifiée de l'initiative serait suffisamment claire quant au principe et à la portée de l'interdiction de fumer, les exceptions nécessaires pouvant être prévues dans la législation d'application. L'intérêt public serait incontestable, s'agissant de mesures de sauvegarde de la santé publique, et aucune autre mesure ne serait aussi efficace. L'interdiction correspondrait au postulat de la Convention-cadre de l'OMS du 21 mars 2003 pour la lutte anti-tabac.

5.2 Droit constitutionnel codifié aux art. 10 al. 2 et 7 Cst., la liberté personnelle ne tend pas seulement à assurer le droit d'aller et venir, voire à protéger l'intégrité corporelle et psychique, mais elle garantit,

de manière générale, toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine et que devrait posséder tout être humain, afin que la dignité humaine ne soit pas atteinte par le biais de mesures étatiques (ATF 130 I 369 consid. 2 p. 373; 124 I 170 consid. 2a p. 171/172 et les arrêts cités). Elle se conçoit comme une garantie générale et subsidiaire à laquelle le citoyen peut se référer pour la protection de sa personnalité ou de sa dignité, en l'absence d'un droit fondamental plus spécifique (ATF 123 I 112 consid. 4 p. 118).

Selon la définition jurisprudentielle, la liberté personnelle, alors droit constitutionnel non écrit, protégeait le citoyen de manière très large dans sa liberté de décision quant à son mode de vie, spécialement sa liberté d'organiser ses loisirs, de nouer des relations avec d'autres personnes et de se procurer des informations sur ce qui se passe autour de lui et loin de lui (ATF 97 I 839 consid. 3 p. 842). La jurisprudence a ensuite précisé que la liberté personnelle ne garantit pas une liberté générale de choix et d'action (ATF 101 la 306 consid. 7 p. 345; 132 I 49 consid. 5.2 p. 56; 124 I 85 consid. 2a p. 86/87) et ne saurait s'analyser comme une protection contre n'importe quel type d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique (ATF 127 I 6 consid. 5a p. 11 et les arrêts cités).

5.2.1 En dehors des cas relatifs aux privations de liberté et aux autres restrictions à la liberté de mouvement (cf. par exemple ATF 130 I 369), la jurisprudence a consacré, au titre de la liberté personnelle, le droit au libre choix du médecin en cas d'interruption de grossesse (ATF 101 la 575), le droit à certaines formes de procréation assistée (ATF 119 la 460), le droit de connaître son ascendance (ATF 128 I 63), le droit aux relations personnelles (ATF 118 la 473, consid. 6c p. 483), le droit de déterminer le sort de son corps après son décès (ATF 123 I 112). La jurisprudence a récemment considéré que le fait de pouvoir habituellement se regrouper et consommer de l'alcool était couvert par la liberté personnelle, quand bien même la liberté de mouvement n'était pas en soi touchée (ATF 132 I 49 consid. 5.2 p. 56). La jurisprudence traite également des cas spécifiques de la fumée dans les établissements de détention (ATF 118 la 64 consid. 3i p. 81), sans que l'on puisse toutefois en déduire un droit plus général.

Le Tribunal fédéral a en revanche nié que les prérogatives suivantes constituent une manifestation élémentaire de la personnalité humaine: le droit de jouer avec des appareils automatiques (ATF 101 la 336; cf. toutefois l'arrêt 1P.780/2006 du 22 janvier 2007, concernant l'utili-

sation d'une console de jeux en détention), le droit pour un détenu de choisir son médecin (ATF 102 la 302), le droit de détenir des animaux (laissée indécise in ATF 132 I 7 consid. 3.2 p. 9-10; arrêt 5C.198/2000 du 18 janvier 2001 publié in: RDAT 2001 II n° 73 p. 289; arrêt du 5 octobre 1977 publié in: ZBl 1978 p. 34 consid. 4), et le droit de naviguer sur un plan d'eau déterminé (ATF 108 la 59). Le Tribunal fédéral a aussi considéré que le droit au travail et à la formation ne se déduisait pas de la liberté personnelle (ATF 100 la 189), et que la clause du besoin, qui pouvait empêcher des médecins d'exercer leur profession de manière indépendante, ne portait pas non plus atteinte à cette liberté (ATF 130 I 26 consid. 9 p. 62). Récemment, le Tribunal fédéral a considéré que l'on pouvait difficilement voir dans la consommation de drogues - notamment de cannabis - une condition élémentaire d'épanouissement de la personnalité (arrêt 6P.25/2006 du 27 avril 2006, publié in: EuGRZ 2006 p. 682).

**5.2.2** Le caractère disparate de cette casuistique fait ressortir que la portée de la liberté personnelle ne peut pas être définie de manière générale, mais doit bien plutôt être précisée de cas en cas, en tenant compte non seulement des buts de la liberté et de l'intensité de l'atteinte qui y est portée, mais également de la personnalité de ses destinataires (ATF 108 la 59 consid. 4a p. 61). Ainsi, la question de savoir si le fait de fumer relève de la liberté personnelle, c'est-à-dire s'il constitue une manifestation élémentaire de la personne humaine nécessaire à son épanouissement, ne peut être résolue in abstracto: alors que pour certains, il s'agit d'un comportement occasionnel, qui, à l'instar de certaines habitudes, n'est nullement nécessaire à l'épanouissement personnel et auquel il peut facilement être renoncé, il en va certainement différemment, notamment, des gros fumeurs pour qui il peut s'agir d'un véritable besoin.

**5.2.3** Le fait de fumer - plus spécifiquement dans un lieu public - met en jeu différents aspects contradictoires de la liberté personnelle: du point de vue du fumeur, il en va certes de l'exercice d'un choix personnel, éventuellement même d'un mode de vie, mais celui-ci se trouve immédiatement en contradiction avec, d'une part, l'atteinte à sa propre santé et à sa vie qui résulte de l'activité de fumer et, d'autre part, la restriction à la liberté que s'inflige le fumeur lui-même par son accoutumance à la fumée. Du point de vue des personnes confrontées à la fumée passive, il en va naturellement du respect du droit à la santé et à la vie (art. 10 al. 1 Cst.). Or, plus les différents aspects de la liberté personnelle entrent en conflit, plus il appartient au droit ordinaire de les concrétiser par une pesée et une coordination appropriées: la

question ne peut être résolue par la simple définition du champ d'application de la liberté fondamentale (cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, op. cit. vol. II p. 142).

5.2.4 Telle qu'elle est posée par l'initiative, la question est limitée à la fumée dans les lieux publics. Or, s'il est douteux que le fait de fumer ressortisse de la liberté personnelle, il est plus douteux encore que le droit constitutionnel protège la seule faculté de fumer en tous lieux et à tout moment, en particulier dans les lieux publics (cf. le rapport précité du Conseil fédéral, FF 2006 3565-3566).

La question peut toutefois demeurer indécise, de même que celle de la protection de la sphère privée (art. 13 al. 1 Cst. et 8 CEDH). En effet, à supposer que l'un de ces droits fondamentaux puisse être invoqué, les conditions de restrictions posées à l'art. 36 Cst. seraient de toute façon respectées par l'initiative, dans l'interprétation que se propose d'en faire le Grand Conseil.

## 6.

Les recourants estiment que le texte de l'initiative IN 129 manquerait de précision normative. La substitution de formules opérée par le Grand Conseil ne ferait nullement ressortir la notion, pourtant essentielle, de "lieux à caractère privatif" pour lesquels des exceptions devraient être consenties. En l'absence d'une délégation législative explicite dans ce sens, rien ne permettrait de garantir que la loi d'application palliera ce manque de précision.

6.1 L'exigence de précision normative découle du principe de la base légale, applicable en cas de restriction aux libertés fondamentales (art. 36 al. 1 Cst.). Une norme restrictive doit en particulier être suffisamment précise pour permettre aux administrés d'en apprécier la portée et d'adapter leur comportement en connaissance de cause (ATF 124 I 40 consid. 3b p. 43 et les arrêts cités).

6.2 En l'occurrence, la disposition contestée est de rang constitutionnel. Elle ne pose donc pas de problème de légitimité démocratique puisqu'elle ne peut être adoptée qu'avec l'accord explicite du peuple. Par ailleurs, on ne saurait se montrer aussi exigeant en matière de précision que pour une norme de niveau législatif: en tant que norme fondamentale, la constitution a pour fonction notamment de définir l'organisation et la structure de l'Etat, de répartir des compétences et de poser des principes; elle n'a pas à réglementer toute matière de manière exhaustive (AUBERT, Notion et fonction de la Constitution, in

THURER/AUBERT/MULLER, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001 p. 4), y compris dans les domaines où les droits fondamentaux sont susceptibles d'être touchés.

Au demeurant, l'IN 129 est claire dans son principe: l'interdiction de fumer s'étend, selon l'art. 178B al. 2 Cst./GE, à tous les "lieux publics intérieurs ou fermés". Même si elle n'est pas très explicite sur ce point, l'initiative évoque à l'art. 178B al. 3 let. e Cst./GE l'adoption d'une législation d'exécution. Celle-ci est d'ailleurs inhérente à ce genre de réglementation, qui ne comporte aucun détail sur sa mise en oeuvre. Or, il paraît évident qu'une mesure aussi générale que l'interdiction de fumer dans les lieux publics fermés n'est pas directement applicable: elle devra être assortie par exemple d'un éventuel délai d'introduction, de mesures de contrôle et de sanctions; en outre, conformément à la volonté manifestée par le Grand Conseil, un certain nombre de dérogations et d'exceptions devront accompagner l'interdiction. Il y a lieu toutefois de relever que, contrairement à ce qui semble ressortir de l'al. 1<sup>er</sup> de l'art. 178B Cst./GE, ces différents aménagements ne pourront être adoptés directement par le Conseil d'Etat. Le principe de la base légale autorise en effet une délégation à l'exécutif, pour autant toutefois que le contenu essentiel de la réglementation figure déjà dans une loi formelle, notamment lorsque les particuliers sont gravement touchés dans leur situation juridique (ATF 118 la 245 consid. 3 p. 246). En l'occurrence, les points essentiels tels que les exceptions à l'interdiction de fumer ne figurent pas dans la norme constitutionnelle; ils devront donc faire l'objet d'une loi au sens formel.

Il n'en demeure pas moins que le simple fait que la norme constitutionnelle doive faire l'objet d'une législation d'exécution ne saurait justifier une invalidation totale en raison de sa prétendue imprécision (ATF 128 I 295 consid. 5b/aa p. 309).

#### 7.

Selon les recourants, le principal problème posé par l'initiative tiendrait au respect du principe de la proportionnalité. Faute de prévoir clairement les exceptions à l'interdiction de fumer, l'initiative serait disproportionnée. Couverte par une telle norme constitutionnelle, une loi d'application renonçant à prévoir des exceptions suffisantes ne pourrait plus être attaquée. Même interprétée dans le sens voulu par le Grand Conseil, l'initiative condamnerait des lieux publics tels les bars à cigares, à pipes ou à narguilés. Les recourants contestent également la nécessité d'une interdiction générale de fumer dans les lieux

publics; ils estiment que la fumée est aujourd'hui proscrite en suffisamment d'endroits (écoles, hôpitaux, universités, transports publics, administrations, entreprises et de nombreux restaurants), et que la réprobation sociale à l'égard des fumeurs constituerait une limitation suffisante; l'initiative n'apporterait pas de changement significatif dans les faits, alors qu'en droit elle porterait une grave atteinte à la liberté.

7.1 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 - ATF 130 II 425 consid. 5.2 p. 438 s.; 126 I 219 consid. 2c p. 221 ss et les arrêts cités).

7.1.1 Les recourants ne contestent pas que l'initiative "Fumée passive et santé" est motivée par un but d'intérêt public. Comme cela ressort de son intitulé, il s'agit de protéger l'ensemble de la population contre l'exposition à la fumée du tabac dans les lieux publics intérieurs ou fermés. L'art. 178B al. 1 Cst./GE reprend en substance le texte de l'art. 8 de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, du 21 mai 2003, dont la teneur est la suivante:

#### Protection contre l'exposition à la fumée du tabac

1. Les parties reconnaissent qu'il est clairement établi, sur des bases scientifiques, que l'exposition à la fumée du tabac entraîne la maladie, l'incapacité et la mort.
2. Chaque partie adopte et applique, dans le domaine relevant de la compétence de l'Etat en vertu de la législation nationale, et encourage activement, dans les domaines où une autre compétence s'exerce, l'adoption et l'application des mesures législatives, exécutives, administratives et/ou autres mesures efficaces prévoyant une protection contre l'exposition à la fumée du tabac dans les lieux de travail intérieur, les transports publics, les lieux publics intérieurs et, le cas échéant, d'autres lieux publics.

Cette convention a été signée le 25 juin 2004 par la Suisse; le Conseil fédéral entendait par là manifester sa volonté de mettre en oeuvre le projet de l'OMS, dans l'optique de l'élaboration d'un message de ratification avant la fin de la législature 2007. Dès la ratification de ce traité multilatéral - le premier de l'OMS qui soit doté d'effets obligatoires - la reconnaissance des effets nocifs de la fumée du tabac constituera une obligation internationale de la Suisse. Celle-ci est au demeurant indéniable; il est en effet largement reconnu que la fumée passive peut

provoquer cancer du poumon, maladies cardio-vasculaires, asthme et infections des voies respiratoires. Selon une estimation prudente, plusieurs centaines de non-fumeurs mourraient en Suisse chaque année à cause du tabagisme passif; les enfants à naître et en bas-âge sont particulièrement exposés (OFSP, Informations de base sur le tabagisme passif, mai 2006, et les nombreuses références; cf. aussi le rapport du Conseil fédéral sur la protection contre le tabagisme passif, FF 2006 3547, et les références citées). La nocivité de la fumée passive est attestée par suffisamment d'études scientifiques pour pouvoir être considérée comme correspondant à l'état actuel de la science, et non seulement, comme semblent le prétendre les recourants, comme une mode passagère ou la simple expression du "politiquement correct". En Suisse, un quart des non-fumeurs serait exposé au moins une heure par jour à la fumée ambiante. Parmi les non-fumeurs entre 14 et 65 ans, 86% seraient exposés à la fumée d'autrui dans les lieux publics et leur majorité s'en trouverait fortement incommodée. C'est la raison pour laquelle 26% de la population éviterait de fréquenter ces lieux (*idem*). L'initiative poursuit donc un but incontestable de santé publique.

7.2 Les recourants ne contestent pas qu'une interdiction de fumer est effectivement propre à obtenir l'effet recherché. Ils se prévalent en revanche du principe d'adéquation en soutenant qu'il y aurait lieu de tenir compte d'une part des interdictions de fumer qui se généralisent dans les bâtiments publics, et d'autre part de la pression sociale croissante sur les fumeurs, qui aurait des effets indéniables sur le comportement de ceux-ci.

On ne saurait toutefois en déduire qu'une réglementation contraignante serait inutile: il apparaît en effet que l'exposition dans les restaurants, cafés et bars notamment a peu varié depuis 2001/2002, la proportion de personnes incommodées par la fumée ayant quant à elle augmenté (OFSP, *op. cit.* p. 4). La réprobation sociale que les recourants invoquent ne paraît donc pas constituer un facteur de diminution significatif; elle n'a en tout cas pas le même effet, général et immédiat, qu'une interdiction formelle de fumer dans les lieux publics. Pour le surplus, les recourants ne prétendent pas que d'autres solutions, telles la création d'espaces ou de coins fumeurs, l'aménagement d'horaires, ou la ventilation des locaux, permettraient d'aboutir à un résultat identique; outre les difficultés liées au coût, à la mise en oeuvre et au contrôle de ces mesures, l'interdiction de fumer présente des avantages déterminants du point de vue du résultat recherché: seule une

règle claire et sans ambiguïté est à même d'engendrer un réel changement dans les habitudes, tout en évitant de nombreuses difficultés d'interprétation et d'application.

7.3 Les parties s'accordent sur le fait que, pour être conforme au principe de la proportionnalité au sens étroit, l'interdiction générale de fumer dans les lieux publics doit être assortie d'exceptions. Il s'agit en effet de tenir compte des situations particulières dans lesquelles la personne désireuse de fumer est appelée à demeurer un certain temps dans un espace fermé dont elle ne peut pas ou pas aisément sortir, ce qui équivaudrait pour elle à une interdiction permanente de fumer; tel est le cas en particulier des détenus ou des pensionnaires d'établissements médicaux. Le cas des lieux publics à usage privatif devrait également être réservé, car, d'une part, le problème de la fumée passive se pose avec moins d'acuité, et, d'autre part, les occupants de tels lieux (chambres d'hôtel et lieux d'hébergement) peuvent se prévaloir, dans de tels cas, d'un droit à la protection de leur sphère privée.

Les recourants perdent de vue que les modifications apportées au texte de l'initiative ont précisément pour but de tenir compte de ces situations particulières et de permettre de tels assouplissements, dictés par le principe de proportionnalité. Il est vrai que le changement rédactionnel adopté par le Parlement genevois n'apporte, à première vue, pas d'amélioration sensible au texte des initiants: tout comme le texte original, l'art. 178B al. 3 indique que les lieux mentionnés sont "concernés" par l'interdiction de fumer proclamée à l'alinéa précédent. Toutefois, selon l'idée exprimée par l'auteur de l'avis de droit, suivi par la majorité de la Commission législative puis du Parlement genevois, il s'agissait, par cette modification, d'affirmer que les lieux mentionnés à l'alinéa 3 de l'art. 178B sont concernés, mais seulement *dans la mesure* où ceux-ci doivent être considérés comme publics. Cela permettrait d'exclure les parties des bâtiments à caractère exclusivement ou essentiellement privatif. Bien qu'un tel assouplissement ne ressorte pas clairement de la seule lecture du texte adopté, le Parlement a ainsi d'ores et déjà manifesté son intention dans la perspective de l'interprétation du texte constitutionnel et de l'élaboration de sa législation d'exécution. En effet, l'interprétation de la disposition constitutionnelle devra se fonder sur les travaux préparatoires et les intentions qui ont été clairement exprimées à cette occasion (ATF 121 I 334 consid. 2c p. 338). La modification apportée par le Grand Conseil introduit donc la possibilité d'une interprétation et d'une application conformes, le cas échéant, au droit supérieur.

7.4 Le Grand Conseil n'a pas non plus méconnu les atteintes possibles à la liberté économique, laquelle comprend notamment le libre exercice d'une activité lucrative (art. 27 al. 2 Cst.).

L'interdiction de fumer dans les établissements publics tels que les restaurants, les bars et les hôtels n'affecte pas directement les exploitants dans le libre exercice de leur profession. Il n'est au demeurant pas démontré que l'interdiction de fumer entraînera une diminution du chiffre d'affaires (cf. FF 2006 p. 3553, note 9). Il est vrai qu'elle rendra a priori impossible l'exploitation d'établissements qui seraient exclusivement consacrés à la consommation de tabac (bars à cigares ou à narguilés). Dans ces endroits, fréquentés exclusivement par des fumeurs (sous réserve des employés dont la protection relève, on l'a vu, de la LTr), le problème de la fumée passive ne se pose pas dans les mêmes termes, ce qui pourrait également justifier une dérogation dans la loi; la possibilité existe en outre de faire de ces établissements des clubs privés. Ces aménagements pourront, eux aussi, être prévus dans la législation d'application.

7.5 Sur le vu de ce qui précède, le législateur disposera d'un large pouvoir d'appréciation pour adapter l'interdiction de fumer aux différentes situations qui l'exigent. Les craintes des recourants que le caractère disproportionné de la norme constitutionnelle se retrouve dans la loi et que celle-ci ne puisse, de ce fait, pas faire l'objet d'un nouveau recours, apparaissent dès lors infondées. Le grief doit par conséquent être écarté.

#### 8.

Les recourants estiment enfin que le texte de l'initiative, tel que modifié par le Grand Conseil, ne serait pas suffisamment clair pour permettre aux électeurs de saisir la portée du projet qui leur sera soumis. En effet, l'IN 129 ne pourrait se comprendre que comme une interdiction absolue; la possibilité de prévoir des exceptions ne serait qu'une supposition sur la manière dont l'initiative sera mise en oeuvre dans la loi.

8.1 Selon l'art. 34 al. 2 Cst., la garantie des droits politiques protège la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté. Les votations et élections doivent être organisées de telle manière que la volonté des électeurs puisse s'exercer librement, notamment sans pression ni influence extérieure (ATF 129 I 185 consid. 5 p. 192; 121 I 138 consid. 3 p. 141

avec les références). Cela implique en particulier une formulation adéquate des questions soumises au vote. Celles-ci ne doivent pas induire en erreur, ni être rédigées dans des termes propres à influencer sur la décision du citoyen (ATF 106 la 20; 131 I 126 consid. 5.1 p. 132).

8.2 En l'occurrence, l'objet soumis aux citoyens genevois n'a rien d'inusulte ou de trompeur: le texte de l'initiative est clair quant au principe; il l'est certes moins quant à la possibilité de prévoir des exceptions par voie législative, mais cela pourra être, le cas échéant, rappelé aux électeurs dans le message explicatif. Les recourants craignent que l'initiative soit approuvée tant par les citoyens favorables à une interdiction totale que par ceux qui pourraient désirer des assouplissements. Il est évident que le texte de l'initiative, tel que modifié et interprété par le Grand Conseil, est susceptible de recueillir une plus grande approbation dans la population. Cela n'est toutefois pas la conséquence d'une manipulation ou d'une atteinte à la liberté de choix des citoyens: le Grand Conseil est intervenu par souci de respecter le droit supérieur et dans le but d'éviter une invalidation totale, ce qui correspond à la mission qui lui revient en vertu de l'art. 66 Cst./GE. Ce dernier grief doit par conséquent lui aussi être rejeté.

#### 9.

Sur le vu de ce qui précède, le recours de droit public doit être rejeté. S'agissant d'un recours pour violation des droits politiques, il n'est pas perçu d'émolument judiciaire, ni alloué de dépens.

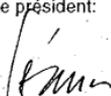
Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.  
Le recours est rejeté.
2.  
il n'est pas perçu d'émolument judiciaire, ni alloué de dépens.
3.  
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire des recourants et au Grand Conseil du canton de Genève.

Lausanne, le 28 mars 2007

Au nom de la Ire Cour de droit public  
du Tribunal fédéral suisse

Le président:



Le greffier:

