

Date de dépôt: 6 juin 2006

Messagerie

Rapport

de la Commission législative chargée d'étudier la validité de l'initiative populaire 129 « Fumée passive et santé »

- | | |
|--|------------------------|
| 1. Arrêté du Conseil d'Etat constatant l'aboutissement de l'initiative, publié dans la Feuille d'avis officielle le | 26 octobre 2005 |
| 2. Débat de préconsultation sur la base du rapport du Conseil d'Etat au sujet de la validité et de la prise en considération de l'initiative, au plus tard le | 26 janvier 2006 |
| 3. Décision du Grand Conseil au sujet de la validité de l'initiative sur la base du rapport de la commission législative, au plus tard le | 26 juillet 2006 |
| 4. Sur la base du rapport de la commission désignée à cette fin, décision du Grand Conseil sur la prise en considération de l'initiative et sur l'opposition éventuelle d'un contre-projet, au plus tard le | 26 avril 2007 |
| 5. En cas d'opposition d'un contre-projet, adoption par le Grand Conseil du contre-projet, au plus tard le | 26 avril 2008 |

RAPPORT DE LA MAJORITÉ

Rapport de M^{me} Anne Emery-Torracinta

Mesdames et
Messieurs les députés,

La Commission législative a examiné cette initiative les 10 février, 10 mars, 24 mars, 31 mars, 28 avril et 12 mai 2006 sous la présidence de M. Damien Sidler.

Elle a été assistée dans ses travaux lors de l'une ou l'autre de ses séances par MM. Frédéric Scheidegger, secrétaire adjoint au Département des institutions, Fabien Waelti, directeur de la direction des affaires juridiques de la chancellerie, Jean-Marc Verniory, directeur adjoint de la direction des affaires juridiques de la chancellerie, Jean-Marc Guinchard, directeur de la Santé, et Jean Simoz, directeur adjoint à la direction générale de la Santé.

Les procès-verbaux ont été tenus par M^{me} Mélanie Michel ou MM. Maximilien Luecker et Christophe Vuilleumier.

Que tous soient remerciés !

En guise de préambule : le rôle de la Commission législative

Rappelons tout d'abord que le rôle de la Commission législative se borne uniquement à examiner la recevabilité tant formelle que matérielle d'une initiative. Il ne s'agit donc en aucun cas d'une prise de position quant au fond de la question soulevée par les initiants.

Pour être soumise à votation populaire, une initiative doit donc respecter l'unité de la matière (elle ne doit pas mêler dans un même objet plusieurs propositions de nature ou de buts différents), l'unité de la forme (être non formulée ou entièrement rédigée) et l'unité du genre (de rang législatif ou constitutionnel).

Outre le fait d'être exécutable, une initiative doit également respecter le droit supérieur (le droit fédéral ainsi que le droit international liant la Confédération).

Plus exactement, **une initiative doit se prêter « à une interprétation conforme au droit supérieur »**¹. Il faut préciser que **le Tribunal fédéral impose à l'autorité appelée à statuer sur la validité matérielle d'une initiative d'en interpréter les termes dans le sens le plus favorable aux initiants**². La jurisprudence du Tribunal fédéral recommande donc **d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidation**³. Si, pour être conforme au droit supérieur, une initiative doit être partiellement invalidée, il faut savoir qu'il faut préconiser « la solution préservant la plus grande partie du texte d'une initiative populaire »⁴. Ces dispositions découlent notamment de l'article 34 de la Constitution fédérale sur « la garantie des droits politiques ».

Par conséquent, lorsque la Commission législative constate un problème de conformité au droit supérieur, elle ne peut en aucun cas purement et simplement balayer l'initiative, c'est-à-dire l'invalidier totalement. **Elle doit au contraire travailler dans une perspective différente et, au nom du respect des droits populaires, chercher d'abord par tous les moyens à la « sauver »**. Ce n'est qu'après ce travail seulement et s'il s'avère effectivement qu'une partie est « manifestement non conforme au droit » qu'une invalidation partielle peut se justifier⁵.

Qu'en est-il de l'IN 129 ?

Rappelons tout d'abord que l'IN 129 demande une interdiction totale de fumer dans les lieux publics.

Ailleurs que dans notre canton, des mesures comparables ont été prises récemment. Citons, par exemple, le canton du Tessin, l'Italie et l'Espagne. Rappelons également qu'une initiative parlementaire relative à la protection contre la fumée passive est en cours sur le plan fédéral. De plus, en mars 2006, le Conseil fédéral a publié un rapport dans lequel il considérait comme nécessaire de renforcer la protection contre le tabagisme passif, tout en soulignant le rôle central que les cantons devaient jouer en la matière. Il insistait également sur l'impact économique positif qu'une interdiction de fumer dans les lieux clos pourrait avoir⁶. Enfin, en avril 2006, la Commission

¹ Voir annexe I, p.3, Avis de droit du prof. Vincent Martenet, note 14 (ATF 125 I 227 G., consid. 5d/cc.).

² Idem, note 15 (ATF 128 I 190 *Michel Rossetti*, consid. 4.).

³ Rapport du Conseil d'Etat (IN 129-A), page 4, note 5 (ATF 128 I 190, consid. 4 et ATF 125 I 227, consid. 4a).

⁴ Voir annexe I, p.4, Avis de droit du prof. Vincent Martenet.

⁵ Article 66 de la Constitution genevoise.

⁶ www.bag.admin.ch/themen/drogen/00041/00612/00764/index.html?lang=fr

fédérale pour la prévention du tabagisme a publié une prise de position allant dans le même sens⁷. L'IN 129 s'inscrit donc dans l'air du temps.

Si sa recevabilité formelle ne fait aucun doute, il n'en va, toutefois, pas de même en ce qui concerne sa conformité au droit supérieur.

Effectivement, telle que formulée, l'IN 129 ne prévoit aucune exception. Et nul n'est besoin d'être juriste pour comprendre que la question fondamentale qu'elle nous pose est celle de la liberté personnelle et des limites que l'Etat peut lui imposer.

Chaque député, comme chaque citoyen sans doute, a son avis sur la question. Toutefois, il ne saurait être question ici de philosophie, de morale ou d'éthique personnelle. Nous sommes dans un Etat de droit, et c'est à la lumière du droit seulement qu'il faut examiner la validité de l'IN 129. Reste que, jusqu'à présent, le Tribunal fédéral a délimité les domaines d'application de la liberté personnelle au coup par coup et que la question d'un rattachement à la liberté personnelle du « droit de fumer » n'a jamais été tranchée⁸.

De plus, dans la mesure où le droit n'est pas une science exacte et qu'il est sujet à interprétation, notre rôle de député-e devra donc consister à l'interpréter dans le sens le plus favorable aux initiants. Rappelons également que lorsqu'un doute subsiste sur la validité d'une initiative, l'adage *in dubio pro populo*, constamment réaffirmé par la jurisprudence du Tribunal fédéral, veut qu'elle soit tout de même soumise au peuple⁹.

Dans la mesure où l'IN 129 préconise une interdiction, il est nécessaire d'indiquer ce que prévoit la Constitution fédérale concernant la restriction des droits fondamentaux :

Constitution fédérale – Art. 36 Restriction des droits fondamentaux

¹ Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

² Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

³ Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

⁴ L'essence des droits fondamentaux est inviolable.

⁷ www.bag.admin.ch/themen/drogen/00041/00612/00768/index.html?lang=fr

⁸ Rapport du Conseil d'Etat, p.11.

⁹ Voir annexe I, p. 5, Avis de droit du prof. Vincent Martenet, ainsi que le rapport du Conseil d'Etat, p. 27.

Dans le cas de l'IN 129, on constate qu'a priori elle ne contredit ni l'alinéa 1, ni l'alinéa 2 de l'article 36. Dans la mesure où elle tend à la « protection de l'hygiène publique et de la santé »¹⁰ et qu'elle cherche à protéger les droits des non-fumeurs, elle répond à un but légitime¹¹.

Par contre, la question peut se poser de la conformité à l'alinéa 3 : la mesure proposée par l'IN 129, soit une interdiction totale de fumer dans les lieux publics, est-elle « proportionnée » ?

Selon le droit suisse, le principe de la proportionnalité se décompose en trois sous-principes :

- L'aptitude : le moyen mis en œuvre peut-il effectivement atteindre le but visé ?
- La nécessité : une mesure est considérée comme disproportionnée s'il est possible d'atteindre le même résultat par un moyen moins incisif.
- La proportionnalité au sens étroit : son examen suppose de mettre en balance le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public ou de la protection des droits d'autrui avec la gravité des effets de la mesure choisie sur la situation des personnes touchées¹².

C'est sur cette question de la proportionnalité qu'il faut donc examiner la conformité de l'IN 129 au droit supérieur.

Première discussion en commission

Les commissaires disposaient de plusieurs documents, contradictoires dans leurs conclusions.

Le rapport du Conseil d'Etat¹³, tout d'abord, qui reconnaît des problèmes de conformité au droit supérieur, notamment au regard de la compatibilité avec le principe de proportionnalité. Non pas qu'une interdiction de fumer dans les lieux publics ne puisse être prise par l'autorité, mais du fait de la définition extrêmement large des lieux publics donnée à l'alinéa 3 de l'initiative, sans qu'aucune exception ne soit opérée.

¹⁰ Titre de l'article 178B de la Constitution genevoise proposé par l'IN 129.

¹¹ Voir annexe I, p.19, Avis de droit du prof. Vincent Martenet, ainsi que le rapport du Conseil d'Etat, p. 18-19.

¹² Voir annexe I, p. 20 et suivantes, Avis de droit du prof. Vincent Martenet, ainsi que le rapport du Conseil d'Etat, p.19 et suivantes.

¹³ En ligne sur www.ge.ch/grandconseil/data/texte/IN00129A.pdf

Ainsi, si le Conseil d'Etat admet l'aptitude et la nécessité de l'initiative, il est plus critique concernant la proportionnalité au sens étroit. Il évoque certaines situations problématiques, notamment celles des personnes détenues ou celles qui sont hospitalisées et incapables de se mouvoir. Au regard de la liberté économique, il reconnaît également que l'interdiction d'exploiter un bar à cigares peut apparaître comme extrêmement sévère.

Néanmoins, en application du principe *in dubio pro populo*, le Conseil d'Etat considère que l'IN 129 est recevable, tout en proposant de lui opposer un contre-projet direct prévoyant quelques exceptions à l'interdiction totale de fumer dans les lieux publics.

Les commissaires disposaient également de l'avis de droit rédigé par le professeur Andreas Auer sur cette initiative, avis de droit qui avait suscité la polémique lorsqu'il avait été rendu public à l'automne 2005 : cet avis, qui concluait à la nécessité d'invalider totalement l'IN 129, avait été demandé et financé par JT International SA (Japan Tobacco). A cet avis de droit, les initiants avaient répondu par un texte rédigé par M^e Doris Vaterlaus, « Analyse et commentaire sur la constitutionnalité de l'initiative Fumée passive et santé ». Les positions exprimées par ces personnes seront présentées plus loin.

Compte tenu de la polémique et des passions soulevées par l'IN 129, les commissaires ont estimé qu'il leur était nécessaire de disposer d'un autre avis de droit, rédigé par une personne « neutre », choisie hors du sérail genevois. Sur proposition d'un commissaire (L), deux noms de professeurs de droit constitutionnel réputés ont été proposés. Pour des raisons de calendrier, c'est le professeur Vincent Martenet de l'Université de Lausanne qui a été chargé de rédiger cet avis. Compte tenu de sa clarté, comme de l'intérêt que son contenu ne devrait pas manquer de susciter auprès d'un public plus large que celui de ce Parlement, vous le trouverez annexé au présent rapport (annexe I).

Auditions

Les initiants : MM. Roland Burkhard et Jean-Alain Barth (comité d'initiative), Pascal Diethelm (OxyGenève, comité de soutien), Jean-Charles Rielle (médecin de santé publique, CIPRET, comité de soutien), Michel Starobinski (groupement des oncologues genevois), Jean-Luc Magnenat (groupement des pneumologues genevois)

Chiffres à l'appui, les médecins présents ont longuement insisté sur la nocivité du tabac et de la fumée passive. Selon eux, cet état de fait justifie largement une interdiction de fumer dans les lieux publics. Le moyen

préconisé par l'IN 129 permet donc bien d'atteindre le but visé, à savoir un souci de santé publique (règle de l'aptitude).

Les initiants ont rappelé qu'une telle interdiction se justifie également par le fait que personne n'a trouvé d'alternative efficace (règle de la nécessité).

Concernant la proportionnalité au sens étroit, ils ont souligné que 70% de la population est non-fumeuse et qu'une majorité est favorable au principe d'une interdiction de fumer dans les lieux publics. De surcroît, selon eux, le texte de l'initiative permet de prendre des mesures pour les cas particuliers et de trouver des aménagements, d'autant plus qu'elle ne concerne pas les lieux privés.

Enfin, ils ont déclaré être opposés à un contre-projet.

Professeur Andreas Auer

L'argumentation du professeur Auer repose essentiellement sur les points suivants :

- La communauté scientifique ne serait pas unanime pour reconnaître le caractère dangereux de la fumée passive et l'existence d'un lien de causalité directe avec le développement de maladies pulmonaires ; en ce sens, l'IN 129 ne serait donc pas forcément apte à atteindre le but visé.
- L'initiative n'est pas, non plus, conforme au principe de la règle de la nécessité, notamment parce qu'il existe des mesures moins restrictives qui pourraient être prises à l'égard de la fumée passive dont l'efficacité n'est a priori, selon M. Auer, pas moindre que celle préconisée par les initiants.
- En interdisant la fumée dans les lieux publics intérieurs ou fermés, l'initiative porte atteinte à l'aspect psychique de la liberté personnelle (art. 10, al. 2, Cst) des fumeurs, de même qu'au droit à la protection de leur sphère privée (art. 13 Cst) et, dans certaines circonstances, à la liberté économique (art. 27 Cst) des gérants et propriétaires de restaurants et autres débits de boissons.
- La règle de la proportionnalité au sens restreint du terme n'est pas non plus respectée, puisque dans un certain nombre de situations bien déterminées, qui concernent un nombre important de fumeurs, le droit au respect de la liberté personnelle et de la sphère privée de ceux-ci l'emporte sur l'intérêt public à prononcer une interdiction générale de fumer dans tous les lieux publics.
- Le problème essentiel vient du fait qu'aucune exception n'est possible.

Pour le professeur Auer, cette initiative est donc inconstitutionnelle dans son cœur même. L'invalider partiellement, pour ne garder que le 1^{er} alinéa,

n'aurait aucun sens. Le Grand Conseil doit donc l'invalider totalement. Cela dit, M. Auer constate que la société va plutôt dans le sens souhaité par les initiants et qu'il est très difficile de défendre une position contraire, sous peine de se voir dénigré dans son intégrité personnelle, morale et professionnelle. C'est pourquoi il estime que les députés n'auront pas le courage de déclarer l'IN 129 anticonstitutionnelle.

M^e Doris Vaterlaus

Me Vaterlaus a expliqué aux commissaires que, travaillant dans l'étude de l'un des initiants et étant bilingue, il lui avait été demandé de traduire un avis de droit d'un professeur alémanique sur la fumée passive. A cette occasion, elle a approfondi la question et rédigé un texte sur ce sujet (« Analyse et commentaire sur la constitutionnalité de l'initiative Fumée passive et santé »).

M^{me} Vaterlaus, pourtant fumeuse elle-même, estime qu'il est important que le peuple puisse se prononcer sur cette initiative. Concernant la proportionnalité, elle a rappelé qu'il devrait être possible de trouver des arrangements au sujet des points posant problème, la question de la santé publique étant à ses yeux prioritaire et l'initiative relevant d'un intérêt public prépondérant indiscutable. Au sujet de la liberté personnelle, elle a souligné qu'il n'existe pas de « droit à se droguer ».

Professeur Vincent Martenet

Le professeur Martenet a présenté les conclusions de son avis de droit et a répondu aux questions des commissaires. Selon lui, l'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés est, dans son *principe*, compatible avec le droit supérieur.

Toutefois, le professeur Martenet constate que l'examen de la proportionnalité de l'IN 129 nécessite une analyse fine¹⁴, dont voici les grandes lignes :

- Selon lui, l'IN 129 respecte la règle de l'aptitude : une interdiction de fumer dans les lieux 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.
- Concernant le fait de savoir s'il existe des moyens moins incisifs permettant d'arriver au même résultat, il constate que l'efficacité des

¹⁴ Voir les pages 20 et suivantes de son avis de droit (annexe I).

alternatives proposées, comme les systèmes de ventilation, est contestée et, de surcroît, gourmande en énergie. De plus, le fait que plusieurs pays démocratiques, dans lesquels les droits fondamentaux sont garantis, aient récemment opté pour une interdiction totale, constitue une indication supplémentaire qu'une telle solution peut être considérée comme nécessaire.

- Par contre, l'IN 129 pose des problèmes de compatibilité avec le droit supérieur en ce qui concerne le respect de la proportionnalité au sens étroit. On peut effectivement considérer qu'elle est susceptible de présenter un caractère disproportionné, notamment concernant la définition des lieux publics qu'elle donne à l'alinéa 3. Cette dernière « n'est pas compatible avec les droits fondamentaux (liberté personnelle, protection de la sphère privée et du domicile, voire garantie de la propriété pour les chambres d'hôtel) dans une hypothèse bien particulière, à savoir lorsqu'elle vise des lieux de séjour à caractère privatif très marqué sans que la protection de la population et du personnel ne justifie une interdiction »¹⁵. En l'occurrence, le professeur Martenet pense aux cellules dans les lieux de détention, aux chambres dans les hôpitaux psychiatriques en milieu fermé, aux chambres dans des lieux de soin et de séjour dépendant de l'Etat ainsi qu'aux chambres d'un hôtel ou d'un autre lieu d'hébergement. Enfin, concernant une éventuelle atteinte à la liberté économique, le professeur Martenet constate qu'elle ne se pose réellement que pour les bars à cigares ou à narghilehs, puisque les propriétaires ne pourraient pas en continuer l'exploitation telle qu'aujourd'hui. Toutefois, le nombre d'établissements concernés est, à première vue, limité. Or, l'examen du respect de la proportionnalité, au sens restreint, commande de mettre en balance l'intérêt général avec la gravité des effets des mesures prises sur les personnes touchées. En l'occurrence, la réponse à donner est plus d'ordre politique (qu'est-ce que l'intérêt général ?) que réellement juridique. Elle relève donc du peuple.

Ainsi, le professeur Martenet arrive à la conclusion que les alinéas 1 et 2 de l'article 178B de la Constitution genevoise proposés par les initiants sont conformes au droit supérieur, moyennant quelques réserves d'interprétation¹⁶. Seul l'alinéa 3, qui définit les lieux publics, pose problème. Une invalidation totale ne se justifie donc pas. Il faut donc se poser la question de savoir si une invalidation partielle de l'initiative permettrait de la rendre compatible avec le droit supérieur tout en n'en dénaturant pas le sens.

¹⁵ Voir la « Note de synthèse » du professeur Martenet, p. 2 (annexe II).

¹⁶ Voir les pages 50 et suivantes de l'avis de droit (annexe I).

Deux solutions sont possibles : biffer purement et simplement l'alinéa 3 ou voir s'il est possible de n'en biffer qu'une plus petite partie. C'est cette dernière solution que préconise la professeur Martenet.

Rappelons que cet alinéa est formulé de la manière suivante :

³ *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 de 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.*

La solution préconisée consiste à supprimer « Par lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés » et « il faut entendre », pour ne garder que « sont concernés » (en mettant une majuscule au s, ce qu'il est possible de faire). La première ligne de l'alinéa 3 aurait donc la teneur suivante : « ³Sont concernés : » ; suivrait la liste établie par les initiants.

Cette solution permet de resserrer de manière admissible et dans une mesure très réduite la notion de lieux publics, dans la mesure où la réserve d'interprétation de cet article serait la suivante : « 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. »¹⁷

Cette solution présente, selon le professeur Martenet, plusieurs avantages, notamment :

- Elle permet d'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.

¹⁷ Avis de droit du professeur Martenet, p. 50 (annexe I).

- Les principes qui commandent de choisir la solution qui préserve la plus grande partie du texte d'une initiative populaire sont respectés.

Concernant l'éventualité d'opposer un contre-projet à l'initiative, le professeur Martenet a rappelé qu'il s'agit-là d'une question politique. D'un point de vue purement juridique, un contre-projet serait inutile s'agissant des cellules, des chambres dans les hôpitaux psychiatriques en milieu fermé, les lieux de soin et de séjour dépendant de l'Etat ainsi que dans les hôtels. L'invalidation partielle proposée permet justement de résoudre cette question. Un contre-projet ne serait justifié que dans l'optique, par exemple, d'autoriser des « salles fumeurs » dans certains établissements publics. Encore que, dans ce cas, la question de la fumée passive inhalée par le personnel ne serait pas réglée.

Synthèse

Seuls les initiants ou leurs proches estiment que cette initiative ne pose aucun problème de compatibilité avec le droit supérieur et qu'elle doit être soumise telle quelle au peuple.

Des trois avis de droit étudiés par la commission (Conseil d'Etat, professeur Auer, professeur Martenet), il ressort néanmoins très clairement que l'IN 129, par sa radicalité même, pose des problèmes de compatibilité avec le droit supérieur, notamment en son alinéa 3 qui ne prévoit aucune exception.

Cela dit, seul le professeur Auer estime qu'il faudrait l'invalider totalement. Avec, toutefois, des arguments pour le moins discutables concernant l'aptitude ou la nécessité de l'initiative (le caractère dangereux de la fumée passive qui ne serait pas prouvé ; l'efficacité, selon lui, de mesures moins restrictives).

La majorité de la commission a, par contre, été convaincue par les arguments et les propositions du professeur Martenet. **A savoir qu'une invalidation très partielle de l'alinéa 3 de l'IN 129 permet de la rendre compatible avec le droit supérieur tout en n'en dénaturant pas le sens.**

La majorité de la commission a particulièrement été sensible à ses explications sur le rôle de l'autorité appelée à examiner la recevabilité d'une initiative. Comme il l'affirme avec justesse, le respect des droits politiques est important dans une démocratie : « (...) 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. »¹⁸

En l'occurrence, **la majorité de la commission a estimé que l'invalidation très partielle ainsi que les réserves d'interprétation proposées par le professeur Martenet permettraient de garantir tant le respect des droits populaires que celui des droits fondamentaux auxquels nous sommes tous attachés.**

Procédure de vote

Le président a pu faire procéder au vote sur la recevabilité formelle et matérielle de l'IN 129.

Est-ce que la commission estime que l'IN 129 respecte **l'unité du genre** ?

En faveur : 2 S
 1 Ve
 1 PDC
 2 L
 1 UDC
 1 MCG

La commission estime à l'unanimité que l'unité du genre est respectée.

¹⁸ Avis de droit du professeur Martenet, p. 10 (annexe I).

Est-ce que la commission estime que l'IN 129 respecte l'**unité de la forme**?

En faveur : 2 S
 1 Ve
 1 PDC
 2 L
 1 UDC
 1 MCG

La commission estime à l'unanimité que l'unité de la forme est respectée.

Est-ce que la commission estime que l'IN 129 respecte l'**unité de la matière**?

En faveur : 2 S
 1 Ve
 1 PDC
 2 L
 1 UDC
 1 MCG

La commission estime à l'unanimité que l'unité de la matière est respectée.

Est-ce que la commission estime que l'initiative 129 est **exécutable**?

En faveur : 2 S
 1 Ve
 1 PDC
 2 L
 1 UDC
 1 MCG

La commission estime à l'unanimité que l'IN 129 est exécutable.

Est-ce que la commission estime que l'initiative 129 respecte le **droit supérieur** ?

Non : 2 L
 1 PDC
 1 UDC
 1 MCG
 1 R

Abstention : 1 Vert
 2 Socialistes

La commission estime que l'IN 129 ne respecte pas le droit supérieur.

Le président déclare ensuite qu'il est donc nécessaire de définir si cette initiative peut être invalidée partiellement.

Est-ce que la Commission souhaite **invalidier partiellement** l'IN 129 ?

En faveur : 2 S
 1 Ve
 1 PDC
 1 R

Non : 2 L
 1 UDC
 1 MCG

La commission souhaite invalider partiellement l'IN 129.

Le président rappelle alors les deux propositions de M. Martenet, soit de supprimer l'alinéa 3 de l'article 178, soit de ne conserver dans cet alinéa que les termes « sont concernés ». Il passe alors au vote de la première proposition.

Est-ce que la commission souhaite **supprimer l'alinéa 3** de l'article 178 ?

En faveur : 2 L
 1 UDC
 1 MCG

Non : 2 S
 1 Ve
 1 Radical

Abstention : 1 PDC

Cette proposition est refusée.

Le président passe au vote de la seconde proposition.

Est-ce que la commission **souhaite conserver les termes « sont concernés » dans l'alinéa 3 de l'article 178 (en remplaçant le s minuscule de « sont » par un S majuscule) ?**

En faveur : 2 S
 1 PDC
 1 R
 1 Ve

Non : 1 UDC
 2 L
 1 MCG

Cette proposition est acceptée.

Le président passe alors au vote de l'IN 129 ainsi amendée.

Est-ce que la Commission accepte l'IN 129 ainsi amendée ?

En faveur : 2 S
 1 R
 1 Ve
 1 PDC

Non : 2 L
 1 UDC
 1 MCG

L'IN 129 ainsi amendée est acceptée.

Au bénéfice des explications qui précèdent, la majorité de la commission vous recommande, Mesdames et Messieurs les députés, de suivre son préavis, c'est-à-dire **d'invalider très partiellement l'alinéa 3 de l'IN 129, afin de la rendre compatible avec le droit supérieur et donc de pouvoir la soumettre ensuite au vote populaire.**

Secrétariat du Grand Conseil

IN 129

Lancement d'une initiative

Le comité d'initiative «Fumée passive et santé» a informé le Conseil d'Etat de son intention de lancer une initiative populaire cantonale formulée intitulée «Fumée passive et santé» Pour la protection de toutes et tous contre l'exposition à la fumée du tabac dans les lieux publics intérieurs ou fermés, qui a abouti.

Le tableau ci-dessous indique les dates ultimes auxquelles cette initiative doit être traitée aux différents stades du processus d'examen des initiatives prévus par la loi.

- | | |
|--|------------------------|
| 1. Arrêté du Conseil d'Etat constatant l'aboutissement de l'initiative, publié dans la Feuille d'avis officielle le | 26 octobre 2005 |
| 2. Débat de préconsultation sur la base du rapport du Conseil d'Etat au sujet de la validité et de la prise en considération de l'initiative, au plus tard le | 26 janvier 2006 |
| 3. Décision du Grand Conseil au sujet de la validité de l'initiative sur la base du rapport de la commission législative, au plus tard le | 26 juillet 2006 |
| 4. Sur la base du rapport de la commission désignée à cette fin, décision du Grand Conseil sur la prise en considération de l'initiative et sur l'opposition éventuelle d'un contre-projet, au plus tard le | 26 avril 2007 |
| 5. En cas d'opposition d'un contre-projet, adoption par le Grand Conseil du contre-projet, au plus tard le | 26 avril 2008 |

Initiative populaire

Fumée passive et santé

Pour la protection de toutes et tous contre l'exposition à la fumée du tabac dans les lieux publics intérieurs ou fermés

Les soussigné-e-s, électrices et électeurs dans le canton de Genève, en application des articles 64 et 65A de la constitution de la République et canton de Genève, du 24 mai 1847, et des articles 86 à 94 de la loi sur l'exercice des droits politiques, du 15 octobre 1982, appuient la présente initiative modifiant la constitution:

Projet de loi constitutionnelle

modifiant la constitution de la République et canton de Genève

(A 2 00)

Article unique

La constitution de la République et canton de Genève, du 24 mai 1847, est modifiée comme suit:

Titre XIV Dispositions diverses

Art. 178B Protection de l'hygiène publique et de la santé

Fumée passive (nouveau)

1 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.

2 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.

³ 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 de 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.

EXPOSÉ DES MOTIFS

La fumée passive tue

La fumée du tabac constitue la principale et la plus toxique pollution de l'air ambiant. La Convention-cadre de l'OMS, premier traité international de santé publique, signé par 168 pays (dont la Suisse) déclare qu'«*il est clairement établi, sur des bases scientifiques, que l'exposition à la fumée de tabac entraîne la maladie, l'incapacité et la mort*» (art. 8, al. 1). La fumée passive est en effet la cause établie de nombreuses maladies, dont beaucoup sont fatales: cancer du poumon, cancer du sinus, cancer du sein, maladies coronaires, altération vasculaire, induction et aggravation de l'asthme, otites, symptômes respiratoires chroniques, etc. L'exposition à la fumée ambiante du tabac pendant la grossesse provoque des naissances prématurées et un faible poids du bébé à sa naissance.

Un risque largement sous-estimé

Malgré la reconnaissance mondiale et unanime de la nocivité de la fumée passive par les professionnels de la santé publique, en Suisse cette nocivité reste très largement sous-estimée – voire ignorée – par le public, les employeurs (en particulier ceux de la restauration), et les décideurs politiques. Ce phénomène est principalement dû à la désinformation répandue par l'industrie du tabac, qui, pendant plus de trente ans, a trompé le public et a menti, niant la toxicité de la fumée passive alors qu'elle la connaissait parfaitement, sans hésiter pour cela à infiltrer les milieux scientifiques et à soudoyer des professeurs d'université (l'affaire Rylander à Genève en est un exemple). La population paie aujourd'hui dans sa santé les conséquences de cette situation. Les spécialistes mondiaux de la santé publique estiment qu'une personne meurt du tabagisme passif pour 8 qui meurent du tabagisme actif. En Suisse, entre une et trois personnes sont chaque jour tuées par la fumée passive. Malgré cela, pratiquement rien n'est fait pour protéger la population contre l'exposition à la fumée passive: la législation en la matière, tant au niveau fédéral que cantonal, est très indigente.

La protection du personnel

Le personnel des établissements publics est le plus exposé à la fumée passive et il paie un lourd tribut en terme de santé: une augmentation de 50%, voire beaucoup plus dans certains établissements, du risque de cancer du poumon et de maladies cardio-vasculaires. Cela se traduit par une mortalité et une morbidité qui dépasse toutes les normes des professions à risque. Ce

personnel a le droit, comme tout autre, de travailler dans un environnement professionnel qui ne mette pas sa santé en péril.

La protection du public

La santé des personnes qui fréquentent les lieux publics doit aussi être protégée. L'exposition à la fumée passive a un effet cumulatif, et toute nouvelle «dose» d'exposition s'ajoute aux précédentes pour, au bout de quelques années, constituer un grave danger pour la santé. La fumée de tabac ambiante provoque aussi des effets immédiats, qui affectent particulièrement les asthmatiques, les personnes souffrant de troubles respiratoires ou cardiovasculaires, les enfants en bas âge, et les personnes âgées, qui sont de véritables exclus des lieux publics enfumés. Selon une récente étude de l'Université de Zurich mandatée par l'Office fédéral de la santé publique, en Suisse plus de 25 % des personnes évitent toujours ou souvent les établissements publics à cause de leur atmosphère enfumée.

La ventilation ne résout rien

La ventilation n'offre qu'une protection illusoire, coûteuse et très souvent défailante contre la pollution de l'air par la fumée de tabac. Pour obtenir une diminution de cette pollution qui soit tolérable, il faudrait des taux de renouvellement de l'air comparables à ceux d'une soufflerie. Combiné avec la nécessité de chauffer l'air en hiver – ou de le refroidir par grande chaleur – un tel renouvellement représenterait un énorme gaspillage d'énergie. La seule façon valable de supprimer la pollution de l'air ambiant par la fumée de tabac est de traiter le problème à la source, en interdisant de fumer dans des lieux publics intérieurs ou fermés.

Lieux publics sans fumée: ça marche!

Plusieurs pays européens – Italie, Irlande, Malte, Norvège, Suède – ont adopté des législations pour des lieux publics sans fumée. D'autres vont suivre. Dans tous les cas, cela a été une expérience très positive, qui est très bien respectée et a le soutien quasi unanime de la population, y compris chez les fumeurs. Les avantages sont immédiats: réduction de la mortalité, amélioration de la santé du personnel, réduction du tabagisme et diminution de l'incitation des jeunes à commencer à fumer. Tout cela sans aucune atteinte à la bonne marche économique des établissements. De toutes les interventions de santé publique, c'est celle qui permet de sauver de

nombreuses vies et d'améliorer la qualité de l'existence tout en réduisant les coûts de la santé.

C'est aussi possible à Genève

Ce qui est possible à Dublin, à Rome ou à Stockholm l'est aussi à Genève! Nous aussi pouvons libérer les lieux publics de la fumée du tabac et retrouver le droit élémentaire de respirer sans mettre en danger notre santé. Tel est le but de notre initiative.

VINCENT MARTENET

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

MEMBRE DE LA COMMISSION FEDERALE DE LA CONCURRENCE*

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

LA VALIDITE DE L'INITIATIVE POPULAIRE 129 « FUMEE 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 rapport 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 vote¹. 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 législatifs².
- Les initiatives populaires sont jugées plus sévèrement à l'aune de ce principe que les projets émanant des autorités³.
- 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 propre⁴.
- Les exigences sont plus sévères pour les initiatives rédigées de toutes pièces que pour celles qui sont conçues en termes généraux⁵.

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 cantonal⁶, sauf en cas de violation flagrante du principe d'unité de la matière⁷.

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 genevoise⁸. 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.

¹ ATF 130 I 185 *ASLOCA*, consid. 3.

² ATF 123 I 63 *Charles Beer*, consid. 4b.

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

⁴ ATF 130 I 185 *ASLOCA*, consid. 3.1.

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

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

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 »).

⁷ ATF 129 I 381 *Comité d'initiative 119*, consid. 4.

⁸ 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 questions⁹.

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 »¹⁰.

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 »¹¹. 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 proportionnalité¹².

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 fédéral¹³. Il faut plus exactement qu'elles se prêtent à *une interprétation conforme* au droit supérieur¹⁴. 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 »¹⁵.

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

¹⁰ ATF 128 I 190 *Michel Rossetti*, consid. 5.

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

¹² Voir *infra* IV.C.3.a/ad.

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

¹⁴ ATF 125 I 227 *G.*, consid. 5d/cc.

¹⁵ 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 Suisse¹⁶. 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 cantonale¹⁷.

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 fédéral¹⁸, 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 dégagant 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 *systematique*)¹⁹. 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 cantonales²⁰ 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

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

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

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

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

²⁰ 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 publique²¹ 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 posent²², lorsqu'une évaluation politique de la question s'impose²³, lorsqu'un principe peut être mis en œuvre de différentes manières²⁴, lorsque la matière à régler est complexe²⁵ ou encore lorsque les enjeux financiers sont importants²⁶.

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 »²⁷. 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 »²⁸. 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 »²⁹. 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 alinéas³⁰.

En revanche, il n'est pas possible, sous couvert d'invalidation partielle, de modifier le texte d'une initiative populaire³¹, par exemple en ajoutant des mots ou en changeant le sens. Une correction purement formelle est néanmoins admissible³², de même que l'adjonction d'une note de bas de page³³.

²¹ 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).

²² ATF 117 V 318 *Staatliche Pensionskasse SO*, consid. 6b.

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

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

²⁵ ATF 117 V 318 *Staatliche Pensionskasse SO*, consid. 5b.

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

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

²⁸ ATF 128 I 190 *Michel Rossetti*, consid. 6 *in initio*.

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

³⁰ 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).

³¹ 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]).

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

³³ 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 signatures³⁴.

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'interprétation³⁵.

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

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

³⁵ 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 cancer³⁶. 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)³⁷ 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 »³⁸. 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 LTr³⁹. 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)⁴⁰ ainsi qu'aux ordonnances mettant en œuvre ces dispositions⁴¹.

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

³⁶ Rapport du Conseil fédéral du 10 mars 2006 sur la protection contre le tabagisme passif, à paraître in FF 2006, p. 11 ; OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE (OFJ), *avis de droit du 8 mai 2003*, JAAC 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 : verfassungsrechtliche Aspekte*, PJA 2006, pp. 21-29, 25.

³⁷ RS 822.11.

³⁸ Article 19 de l'ordonnance 3 relative à la LTr, du 18 août 1993 (OLT 3).

³⁹ Article 1 al. 1 LTr.

⁴⁰ Article 3a LTr.

⁴¹ Dans ce sens, THOMAS GEISER in THOMAS GEISER / ADRIAN VON KAENEL / REMY 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 fédéral⁴².

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 travailleurs⁴³. 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 dirigeants⁴⁴. 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 travailleurs⁴⁵. 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 exhaustive⁴⁶.

L'initiative 129 a pour but de protéger *la population en général*⁴⁷. 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 droit⁴⁸.

- 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 fédéral⁴⁹.
- Il serait choquant qu'en une matière où le droit fédéral est considéré comme insuffisant par les autorités fédérales elles-mêmes⁵⁰, les cantons soient dépourvus de

⁴² 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.

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

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

⁴⁵ ATF du 21 mars 1997 publié in SJ 1997, pp. 421 ss, consid. 2e *in fine*.

Voir notamment MAHON / BENOIT (note 44), pp. 702-703, n^o 21 ad Art. 71.

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

⁴⁷ 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^o 37.

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

⁴⁹ Voir aussi AUER (note 47), p. 8, n^o 38.

toute compétence, ce d'autant plus qu'en fin de compte, le domaine de la santé relève principalement de leur responsabilité⁵¹.

- 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 fédéralisme⁵² 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*⁵³. 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*⁵⁴. Le bon fonctionnement de la démocratie

⁵⁰ 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. »

⁵¹ 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.

⁵² Articles 3 et 42-43 Cst. féd.

⁵³ 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. »).

⁵⁴ 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 fondamentaux⁵⁵. 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 catalogue⁵⁶ 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 médecine⁵⁷. Ainsi fixe-t-elle des limites absolues à la privation de liberté, « de façon à garantir le développement de la personne »⁵⁸.

La *liberté personnelle*, quant à elle, comprend le droit à l'intégrité physique et psychique ainsi que la liberté de mouvement⁵⁹. Elle englobe aussi « toutes les facultés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine »⁶⁰. La liberté personnelle ne garantit cependant pas une liberté d'action générale⁶¹, 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 »⁶².

⁵⁵ Voir notamment JÖRG PAUL MÜLLER, *Der politische Mensch – menschliche Politik*, Bâle, Genève et Munich, 1999, pp. 71 ss.

⁵⁶ Article 7 Cst. féd., par exemple.

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

⁵⁸ FF 1997 I 142.

⁵⁹ Article 10 al. 2 Cst. féd.

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

⁶¹ ATF 130 I 369 G., consid. 2.

⁶² 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 détention⁶³.

Un lien existe indiscutablement entre la dignité humaine et la liberté personnelle⁶⁴. 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 »⁶⁵. 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 personnelle⁶⁶.

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 liberté⁶⁷. 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 libertés⁶⁸ 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 –

⁶³ Pour une synthèse, voir notamment JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, 3^{ème} 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.

⁶⁴ FF 1997 I 142.

⁶⁵ FF 1997 I 142.

⁶⁶ 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 / RÜSSELI (note 36), p. 28.

⁶⁷ 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.* *CFE*, 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.

⁶⁸ Article 36 Cst. féd.

attesté, par hypothèse – qu'elle est dépourvue de toute base légale⁶⁹ formelle ou seulement matérielle, même très imprécise⁷⁰.

En visant tous les bâtiments ou locaux publics dépendant de l'Etat ainsi que tous les bâtiments et locaux ouverts au public⁷¹, 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 prison⁷².
- *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 supposerons 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 »)⁷³ et de l'article 13 al. 1 Cst. féd., toute personne a droit *au respect*

⁶⁹ Article 36 al. 1 Cst. féd.

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

⁷¹ Article 178B al. 3 let. a et b Cst. GE.

⁷² 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 »⁷⁴. La protection offerte vise non seulement les espaces privés et clos, mais aussi les lieux publics et les espaces extérieurs⁷⁵. 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 »⁷⁶. 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 »⁷⁷ ! 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 »⁷⁸.

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'homme⁷⁹. 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-dessus⁸⁰, 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 supposerons 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 jeunesse⁸¹, elle touche les individus dans *leur sphère privée*.

⁷³ RS 0.101.

⁷⁴ FF 1997 I 154.

⁷⁵ FF 1997 I 154.

⁷⁶ Voir notamment JEAN-PIERRE MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris 2002, p. 60 ; FREDERIC SUDRE ET AL., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} éd., Paris 2005, pp. 435-443 et les nombreuses références jurisprudentielles.

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

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

⁷⁹ Voir récemment, pour une synthèse, FREDERIC SUDRE, *Rapport introductif – La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée*, in FREDERIC 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.

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

⁸¹ 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 privée⁸². 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 suisse⁸³. Ainsi, une chambre d'hôtel ou une chambre dans une maison de retraite bénéficient de la protection conventionnelle et constitutionnelle⁸⁴. 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'homme⁸⁵.

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 exercice⁸⁶.

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 commerces⁸⁷ et les établissements publics au sens de la législation sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement⁸⁸ pour lesquels un examen approfondi s'impose⁸⁹.

Les commerces ne sont pas eux-mêmes directement touchés par l'initiative 129, sous la réserve indiquée dans le paragraphe qui suit. Indirectement⁹⁰, un impact de celle-ci sur leur chiffre d'affaires sera difficile, voire impossible à démontrer. Indirectement au second degré⁹¹, 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 le ou 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 économique⁹².

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

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

⁸³ RS 210.

⁸⁴ FF 1997 I 155. Voir notamment MÜLLER (note 63), pp. 121-122.

⁸⁵ Voir notamment FREDERIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^{ème} éd., Paris 2005, pp. 405-406, n° 226.

⁸⁶ Article 27 al. 2 Cst. féd.

⁸⁷ Article 178B al. 3 let. b Cst. GE.

⁸⁸ Article 178B al. 3 let. c Cst. GE.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ 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.

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

⁹² 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'affaires⁹³. Aussi est-il douteux que tous les tenanciers d'établissements publics puissent se prévaloir de la liberté économique à l'encontre de l'initiative 129⁹⁴.

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 établissements⁹⁵.

5. La garantie de la propriété

La garantie de la propriété⁹⁶ 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 initiative⁹⁷.

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.⁹⁸

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 discriminatoires⁹⁹. Cependant, de telles mesures restreindraient sans doute de manière

⁹³ 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.

⁹⁴ Comp. AUER (note 47), pp. 12-13, n^{os} 65-66.

⁹⁵ AUER (note 47), p. 13, n^{os} 67-68 ; rapport du Conseil d'Etat (note 36), pp. 15-16.

⁹⁶ Article 26 Cst. féd.

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

⁹⁸ 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. »

Voir aussi VINCENT MARTENET, *Géométrie de l'égalité*, Zurich / Paris / Bruxelles 2003, p. 463, n^o 1034.

⁹⁹ 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 légale¹⁰⁰ ainsi que sur l'examen du but et de la proportionnalité d'une mesure¹⁰¹. 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 avant¹⁰² peut être considérée comme relativement grave, voire grave¹⁰³. 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)¹⁰⁴.

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 supermarchés¹⁰⁵. 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 individuels¹⁰⁶. 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 grave¹⁰⁷? 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. 5.4.3).

¹⁰⁰ Article 36 al. 1 Cst. féd.

¹⁰¹ Article 36 al. 2 et 3 Cst. féd.

¹⁰² Voir *supra* III.B.1.

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

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

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

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

¹⁰⁷ 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 2¹⁰⁸ et 8¹⁰⁹ 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 publics¹¹⁰. 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 CEDH¹¹¹, si bien que les autorités sont tenues de prendre les mesures nécessaires afin de protéger la santé d'un détenu¹¹². 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 *totalem*ent 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 »¹¹³. Le

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

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ 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.* »

¹¹¹ Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

¹¹² 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 ».

¹¹³ 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 travail¹¹⁴. 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 détenus¹¹⁵, 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 compte¹¹⁶.

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 loi¹¹⁷. 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*¹¹⁸. 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 formel¹¹⁹ 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'autrui¹²⁰. Ainsi l'Etat peut-il être amené à agir afin de protéger les intérêts d'autrui.

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

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

¹¹⁶ Rapport (note 36), pp. 16-17.

¹¹⁷ Article 36 al. 1, 1^{ère} et 2^{ème} phrases, Cst. féd.

¹¹⁸ AUER (note 47), p. 13, n^{os} 74-75.

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

¹²⁰ Article 36 al. 2 Cst. féd.

L'initiative 129 tend à la protection de *l'hygiène publique* et de *la santé*¹²¹. Ce sont indiscutablement des buts légitimes au regard de l'article 36 al. 2 Cst. féd.¹²² 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-fumeurs¹²³. 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 visé¹²⁴. Indépendamment de la question de savoir si un droit fondamental est touché, l'activité de l'Etat doit respecter le principe de la proportionnalité¹²⁵. 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 droit¹²⁶. 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^{ère} 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)*¹²⁷ et non pas simplement le principe de prévention¹²⁸. Les cantons sont aussi concernés. On trouve, du reste, une ébauche du principe de prévention, voire de précaution dans la Constitution genevoise¹²⁹. Au surplus, le principe de précaution revêt aussi une grande importance en droit européen de la santé et des denrées alimentaires¹³⁰.

La question de savoir si l'article 74 Cst. féd. vise aussi – et, le cas échéant, dans quelle mesure – les locaux intérieurs est controversée¹³¹. Nous ne souhaitons pas trancher la question de manière définitive dans le présent avis de droit. On observera simplement que lorsque la santé

¹²¹ Titre de l'article 178B Cst. GE.

¹²² AUER (note 47), p. 14, n^{os} 79 et 82.

¹²³ JAAG / RÜSSLI (note 36), p. 28.

¹²⁴ Article 36 al. 3 Cst. féd.

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

¹²⁶ Voir *infra* IV.

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

¹²⁸ 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.

¹²⁹ 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).

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

¹³¹ 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 aptitude¹³² et de sa nécessité¹³³. Ce principe influence également la pesée des intérêts que requiert le principe de la proportionnalité au sens étroit¹³⁴. 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 proportionnalité¹³⁵. 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 précaution¹³⁶.

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'appliquer¹³⁷ serait clairement atteint¹³⁸. 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 visé¹³⁹. Cette exigence ne se limite dès lors pas aux restrictions apportées aux droits fondamentaux¹⁴⁰, 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 générale¹⁴¹. Aussi convient-il d'examiner la proportionnalité de toutes

¹³² FLUECKIGER (note 128), p. 115.

¹³³ 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 » [...]). »*

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

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

¹³⁶ 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.

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

¹³⁸ Voir cependant AUER (note 47), p. 16, n° 96.

¹³⁹ Article 5 al. 2 *in fine* Cst. féd.

¹⁴⁰ Article 36 al. 3 Cst. féd.

¹⁴¹ 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 PITTELOUD 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 santé¹⁴², 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'autrui¹⁴³. 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 »¹⁴⁴.

Si elle permettait d'atteindre le même résultat, *la seule contrainte ou pression sociétale* pourrait être considérée comme suffisante¹⁴⁵. 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 tabac¹⁴⁶. 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 »¹⁴⁷.

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

¹⁴² 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.* »

¹⁴³ Dans le même sens, JAAG / RÜSSLI (note 36), p. 28 et le rapport du Conseil d'Etat (note 36), p. 19. Pour une approche nettement plus circonspecte, voir AUER (note 47), pp. 16-17, n^{os} 96-97.

¹⁴⁴ ATF 130 I 65 X, consid. 3.5.1 et les références jurisprudentielles.

¹⁴⁵ Voir AUER (note 47), pp. 17-18, n^{os} 100-103.

¹⁴⁶ 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.* »

¹⁴⁷ Rapport de l'IGAS (note 93), p. 42.

s'opposer à une interdiction totale de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés¹⁴⁸. Cependant, l'efficacité de la seule ventilation est largement contestée¹⁴⁹. 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 129¹⁵⁰. 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. »¹⁵¹

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

¹⁴⁸ Pour une telle approche, cf. SECRETARIAT D'ÉTAT A L'ÉCONOMIE, *Santé au travail – Commentaire des ordonnances 3 et 4 relatives à la loi sur le travail*, 3^{ème} 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 PITTELOU 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.

¹⁴⁹ DIMITRIOS KOTZIAS 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.* »

¹⁵⁰ 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 / RÜSSELI (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.* »

¹⁵¹ 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.»¹⁵² 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 fumeurs¹⁵³.

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 »¹⁵⁴ soit définie de manière plus étroite qu'elle ne l'est à l'article 178B al. 2 Cst. GE¹⁵⁵.

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 ».

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

¹⁵³ 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.

¹⁵⁴ Article 178B al. 2 Cst. GE.

¹⁵⁵ 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* »¹⁵⁶.

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.* »¹⁵⁷

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 différenciée¹⁵⁸.

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 »¹⁵⁹. 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. GE¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Nous soulignons.

¹⁵⁷ Adresse Internet suivante : http://www.who.int/tobacco/research/secondhand_smoke/faq/en/index.html (nous soulignons).

¹⁵⁸ 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". »

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

¹⁶⁰ 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 129¹⁶¹ 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 :

«³ 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 concernés¹⁶² 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

¹⁶¹ 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).

¹⁶² Le Grand Robert de la langue française, 2^{ème} 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 notion¹⁶³. 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 constitutionnelle¹⁶⁴. 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 formelle¹⁶⁵, 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.

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

¹⁶⁴ 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).

¹⁶⁵ 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 *fumeurs cloisonnés* n'est pas une mesure plus respectueuse des libertés. Comme nous l'avons vu¹⁶⁶, 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 fumeurs. La ventilation n'est généralement pas une réponse satisfaisante¹⁶⁷, 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 bâtiments¹⁶⁸, 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*

¹⁶⁶ Voir *supra* IV.B.

¹⁶⁷ 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 fumeur 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.* »

¹⁶⁸ 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 requiert¹⁶⁹.

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 préconisons¹⁷⁰, 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 fumer¹⁷¹ ? 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 individuels¹⁷². 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 :

¹⁶⁹ 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).

¹⁷⁰ Voir *supra* IV.C.2.c.

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

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

- 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 tabac¹⁷³. Aussi l'idée qu'un bureau individuel constitue une sphère parfaitement étanche est-elle hautement discutable¹⁷⁴.
- 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 élevée¹⁷⁵. 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 personnes¹⁷⁶. 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

¹⁷³ Voir spécialement KOTZIAS (note 149).

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

¹⁷⁵ 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 peu[ven]t disposer d'un bureau individuel » (voir les réponses du Rectorat aux questions que nous lui avons posées, annexées au présent avis de droit).

¹⁷⁶ 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).

puisse être résolue de manière satisfaisante, une solution pourrait consister à maintenir une interdiction totale de fumer dans le bâtiment, mais 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 protégée¹⁷⁷. 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 détention¹⁷⁸. 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

¹⁷⁷ VATERLAUS (note 51), p. 12.

¹⁷⁸ Voir *supra* III.B.1 et III.B.2.

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 personnel¹⁷⁹.

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 détention¹⁸⁰. L'IGAS recommande de ne pas interdire totalement de fumer dans ces lieux¹⁸¹. Devant la Chambre des Communes, Mme PATRICIA HEWITT, ministre britannique de la santé, a parlé, à propos des prisons, d'endroits « *like homes* »¹⁸² ! L'interdiction totale de fumer ne s'y appliquera pas¹⁸³. 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 détention¹⁸⁴. Un sevrage de tous les détenus fumeurs ou un traitement au moyen de substituts nicotiques, sachant que la majorité, voire le 80% des détenus fument¹⁸⁵, ne constituent pas des alternatives réalistes¹⁸⁶.

On nous répondra que l'Etat de Californie connaît, depuis le 1^{er} 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 détention¹⁸⁷.

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

D'un avis différent, VATERLAUS (note 51), p. 11.

¹⁸⁰ Rapport de l'IGAS (note 93), pp. 41-42.

¹⁸¹ 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 ou nul ne devrait subir du tabagisme involontaire mais que peuvent être réservés à des fumeurs ou des non-fumeurs.* »

¹⁸² 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.* »

¹⁸³ Article 3 § 2 du Health Bill (76) du 15 février 2006.

¹⁸⁴ Sur ces critères, voir ATF 124 I 336 *Michailov*, consid. 4c.

¹⁸⁵ Rapport du Conseil d'Etat (note 36), p. 34.

¹⁸⁶ Réponses de la Direction de l'Office pénitentiaire aux questions que nous lui avons posées, annexées au présent avis de droit.

¹⁸⁷ Voir une dépêche de l'AFP reproduite dans la revue de presse du 1^{er} 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) : « *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 pratique¹⁸⁸.

Ces divers risques entrent en ligne de compte dans le cadre de la pesée des intérêts à laquelle commande de procéder 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 détention¹⁸⁹.

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*¹⁹⁰. 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 ventilées¹⁹¹. 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 réciproque 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 [...]. »

¹⁸⁸ 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).

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

¹⁹⁰ Dans le même sens, ATF 118 Ia 64 Minelli, consid. 3i *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 Unterkünften und Gemeinschaftsräumen vorschreiben.* »

¹⁹¹ Le Conseil d'Etat (note 36, p. 22) admet que la situation des détenus est « problématique ».

¹⁹¹ Voir aussi ATF 118 Ia 64 Minelli, consid. 3i *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 psychiatriques¹⁹². Les Chambres des Communes ont renoncé, pour leur part, à une telle interdiction en Angleterre et aux Pays de Galles¹⁹³. 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 traitements¹⁹⁴.

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 momentanée¹⁹⁵. 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 chambre¹⁹⁶ 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

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

¹⁹³ Article 3 § 2 du Health Bill (76) du 15 février 2006.

¹⁹⁴ Rapport de l'IGAS (note 93), p. 41, note 61.

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

¹⁹⁶ Des restrictions (plages horaires) demeurent néanmoins possibles.

de fumer dans les lieux publics. En effet, la chambre de ce patient a un caractère *privatif*¹⁹⁷. 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 générale¹⁹⁸ et de la volonté de traiter tous les patients de la même manière¹⁹⁹, 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 bâtiment²⁰⁰. 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'Etat²⁰¹. Certes, le personnel médical ou de surveillance est amené à y séjourner 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.

¹⁹⁷ 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.* »

¹⁹⁸ 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.

¹⁹⁹ 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.

²⁰⁰ Voir le paragraphe qui précède.

²⁰¹ 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*²⁰². Cependant, pour les motifs déjà exposés²⁰³, 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 fumeurs. Pour les mêmes motifs que ceux exposés, d'une manière générale, à propos des autres bâtiments dépendant de l'Etat²⁰⁴, 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 importante²⁰⁵. 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 nicotiques 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 nicotiques 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

²⁰² Voir aussi JAAG / RÜSSLI (note 36), p. 28.

²⁰³ Voir *supra* IV.C.3.a/ae *in fine*.

²⁰⁴ Voir *supra* IV.C.3.a/aa.

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

personnel et du public doit effectivement l'emporter²⁰⁶. 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 situation²⁰⁷. C'est cependant méconnaître le fait que les substances nocives restent dans l'air longtemps après la consommation du tabac²⁰⁸. 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.

²⁰⁶ 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.

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

²⁰⁸ 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.

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 domicile²⁰⁹. 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 chambre²¹⁰ 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* »²¹¹. 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 propriété²¹². 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*²¹³, 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. GE²¹⁴, 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

²⁰⁹ Voir néanmoins l'article 26 du Code civil suisse.

²¹⁰ 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).

²¹¹ Nous soulignons.

²¹² Article 26 al. 1 Cst. féd.

²¹³ Sur ce point, voir MÜLLER (note 70), notamment p. 152.

²¹⁴ 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 point²¹⁵. 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 suit²¹⁶. 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 »²¹⁷. 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'interdiction²¹⁸. 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 cloisonnés²¹⁹. 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 fédéral²²⁰. 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'emporter²²¹.

²¹⁵ Sur cette question, voir *supra* II.B.

²¹⁶ Voir *infra* IV.C.3.b/be.

²¹⁷ AUER (note 47), p. 19, n° 115.

²¹⁸ 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).

²¹⁹ ASHRAE (note 149), p. 6.

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

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

Voir 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. »

be) 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 travail²²². 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 tabac²²³ – 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 boisson, pour trois motifs au moins :

²²² Sur ce point, voir *supra* II.B.

²²³ 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 réunion²²⁴, voire d'association²²⁵ 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 établissements²²⁶. 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*²²⁷. 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.

²²⁴ Articles 11 CEDH et 22 Cst. féd.

²²⁵ Articles 11 CEDH et 23 Cst. féd.

²²⁶ Voir *infra* IV.C.3.c.

²²⁷ 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 établissements²²⁸.

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 travailleurs²²⁹. 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 légiféré²³⁰. 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'hébergement²³¹.

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 cloisonnée²³², 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

²²⁸ 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.).

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

²³⁰ Rapport du Conseil fédéral (note 36), p. 13.

²³¹ Voir *infra* IV.C.3.c/cf.

²³² Voir notamment ASHRAE (note 149), p. 6.

ce canton²³³, participent d'une telle approche. Il en va de même de l'initiative populaire récemment lancée dans le canton de Zurich²³⁴.

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 ouvertes²³⁵, 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 important²³⁶. Il a conduit l'Irlande, la Norvège, l'Angleterre et le Pays de Galles²³⁷, l'Ecosse²³⁸ ainsi que, semble-t-il, bientôt en l'Irlande du Nord à prévoir une interdiction totale de fumer dans des établissements publics²³⁹. 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 sociales²⁴⁰ 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 élevé²⁴¹. 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.

²³³ 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^{er}, 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]).

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

²³⁵ 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.* »

²³⁶ Voir le rapport du Conseil fédéral (note 36), p. 12.

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

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

²³⁹ 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.

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

²⁴¹ 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).

Certes, l'interdiction totale est une mesure dure. Cependant, compte tenu de la protection du public²⁴² 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* »²⁴³, 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 publics²⁴⁴ 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-ci²⁴⁵ ! 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 sociétale 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 passif²⁴⁶, une collectivité publique peut légitimement se montrer interventionniste sans attendre que la pression sociétale 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 totale²⁴⁷. Peut-être que Genève serait

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

²⁴³ 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).

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

²⁴⁵ Voir l'annexe 4 du rapport de l'IGAS (note 93).

²⁴⁶ 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).

²⁴⁷ 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*, annexe au présent avis de droit, qui recense les différentes options considérées par les autorités britanniques.

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 concurrence²⁴⁸. 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*²⁴⁹. 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 Suède²⁵⁰. Cependant, de telles restrictions paraissent très difficiles à faire respecter en

²⁴⁸ 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^{os} 1088-1108).

²⁴⁹ 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).

²⁵⁰ 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 quelqu'un fume. »

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 vocation²⁵¹. 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 motifs²⁵², 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. Quoiqu'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

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

²⁵² Sur cette notion, voir notamment DAVID LACHAT in LUC THEVENOZ / 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 concurrence²⁵³. 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 »²⁵⁴. Nous pensons aussi que, sur ce point, la décision n'est pas juridique, mais *politique*. Aussi relève-t-elle du peuple.

cf) 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.

²⁵³ 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).

²⁵⁴ 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 jeunesse²⁵⁵. 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 domicile²⁵⁶. 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 passif²⁵⁷.

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

²⁵⁵ 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).

²⁵⁶ Voir *supra* III.B.3.

²⁵⁷ 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-Uni²⁵⁸, notamment pour des raisons liées à la protection de la liberté personnelle et de la sphère privée²⁵⁹. Au Tessin, une réserve est prévue pour de telles chambres²⁶⁰, motivée par des considérations liées à la protection des droits fondamentaux²⁶¹. En France, le rapport précité de l'Inspection générale des affaires sociales²⁶² 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 durée²⁶³, 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*.

²⁵⁸ 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.

²⁵⁹ 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.* »

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

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

²⁶² Rapport de l'IGAS (note 93), p. 41.

²⁶³ 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* »²⁶⁴.

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.

²⁶⁴ 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 : «³ 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.

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'hébergement²⁶⁵ doivent être considérés 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.

²⁶⁵ 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
I. Les conditions de validité des initiatives populaires cantonales	1
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
II. La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons	6
A. Les principes	6
B. La protection de la population contre la fumée passive	7
III. Le respect des droits fondamentaux	9
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
IV. La proportionnalité de l'initiative populaire 129	20
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
bf) 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
Conclusion.....	50
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

MEMBRE DE LA COMMISSION FEDERALE DE LA CONCURRENCE*

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

**LA VALIDITE DE L'INITIATIVE
POPULAIRE 129
« FUMEE PASSIVE ET SANTE »
*** NOTE DE SYNTHESE *****

La présente note constitue une synthèse de notre avis de droit du 7 avril 2006, portant sur la conformité au droit supérieur de l'initiative populaire cantonale 129 « Fumée passive et santé » (ci-après : « l'initiative 129 »), et des points discutés lors de notre audition du 28 avril 2006 par la Commission législative du Grand Conseil.

1. Les conclusions de notre avis de droit

Dans notre avis de droit, nous parvenons, pour l'essentiel, aux deux conclusions suivantes :

- L'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés est, dans son principe, *compatible avec le droit supérieur*. Elle s'inscrit, du reste, dans le droit de fil de recommandations émanant de l'Organisation mondiale de la santé (OMS). On voit mal comment il pourrait être fait interdiction au peuple d'un canton de suivre de telles recommandations. Au reste, la notion de « lieux publics intérieurs ou fermés » est un concept indéterminé, relativement souple¹. Cette interdiction est un volet très important de l'initiative 129, dont le but est expressément indiqué à son alinéa 2 (« *protéger la population* ») et découle aussi de son alinéa 1^{er} et de son titre (« *fumée passive* »). Elle constitue le cœur de l'initiative 129. Ce cœur n'est pas, en tant que tel, affecté par les difficultés que soulève l'alinéa 3 de l'initiative 129, si bien qu'une invalidation totale de celle-ci ne se justifie pas, compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral². Les deux premiers alinéas de l'article 178B Cst. GE forment, en effet, un tout cohérent et sont encore susceptibles de correspondre à la volonté des initiants et des signataires³. L'alinéa 3 de cet article 178B Cst. GE se borne à définir ce qu'il faut entendre par « lieux publics ». Autrement dit, il ne fait que concrétiser l'alinéa 2. Or il serait pour le moins surprenant que des difficultés apparaissant dans une clause concrétisant une notion générale suffisent à faire invalider celle-ci. Il convient sans doute de réserver les cas dans lesquels la clause concrétisant un principe serait viciée à un point tel que ce dernier serait, en réalité, une coquille vide ou – sans aller jusque là – un principe trompeur. Or tel n'est pas le cas en l'espèce.

* La présente note ne lie d'aucune manière la Commission fédérale de la concurrence.

¹ Dans le même sens, 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, 13, n° 73.

² ATF 128 I 190 Michel Rossetti, consid. 6 *in initio* ; ATF 125 I 227 G., consid. 4 *in initio*.

³ Voir *infra* 3 et 4.

- La définition des « lieux publics », figurant à l’alinéa 3 de l’art. 178B Cst. GE, est très largement admissible. Au reste, certains termes utilisés, comme « les bâtiments ou locaux ouverts au public »⁴, permettent une mise en œuvre différenciée. Une interprétation conforme au droit supérieur demeure possible à leur propos. Ainsi, des locaux *privatifs* peuvent exister dans un bâtiment par ailleurs *ouvert au public*. En fin de compte, notre avis de droit montre que la définition des lieux publics n’est pas compatible avec les droits fondamentaux (liberté personnelle, protection de la sphère privée et du domicile, voire garantie de la propriété pour les chambres d’hôtel) dans une hypothèse bien particulière, à savoir lorsqu’elle vise ***des lieux de séjour à caractère privatif très marqué sans que la protection de la population et du personnel ne justifie une interdiction***. Un récent rapport très détaillé de l’Inspection générale française des affaires sociales parle, à propos de ces lieux, de « substituts de domicile »⁵ et la Ministre britannique de la santé les a qualifiés d’endroits « *like homes* »⁶. Ainsi devraient être considérés comme de tels lieux privatifs, auxquels l’interdiction de fumer est susceptible de ne pas s’appliquer :
 - a. *des cellules dans des lieux de détention*, pour autant notamment qu’elles soient occupées uniquement par des fumeurs et qu’elles soient bien ventilées et isolées ;
 - b. *des chambres dans des hôpitaux psychiatriques en milieu fermé*, pour autant notamment que ces chambres soient occupées par des fumeurs uniquement, que le personnel y ait peu accès et qu’elles soient bien ventilées et isolées ;
 - c. *des chambres dans des lieux de soin et de séjour dépendant de l’Etat*, pour autant notamment que leurs occupants y séjournent durablement, qu’ils soient empêchés de se rendre à l’extérieur du bâtiment pour fumer ou ne puissent le faire que difficilement en raison de leur traitement ou de leur état de santé, que ces chambres soient occupées par des fumeurs uniquement, que le personnel y ait peu accès et qu’elles soient bien ventilées et isolées ;
 - d. *des chambres d’un hôtel ou d’un autre lieu d’hébergement*, pour autant notamment que la santé des autres clients et du personnel 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 et par d’autres restrictions protégeant les autres clients et le personnel.

En fin de compte, seuls quelques lieux privatifs bien délimités, tombant sous le coup *des lettres a et c* de l’article 178B al. 3 Cst. GE, posent problème. En revanche, les difficultés existant au regard de *la lettre b* de cette disposition peuvent être réglées par le biais de l’interprétation de la norme constitutionnelle, en considérant qu’un bâtiment peut comporter des espaces ouverts au public et d’autres qui ne le sont pas. Si tel n’était pas le cas, on ne comprendrait pas pourquoi les termes « bâtiments ou locaux » ont été utilisés à l’art. 178B al. 3 let. b Cst. GE ; le terme « bâtiments » aurait suffi.

2. Les solutions envisageables

Compte tenu du fait qu’une invalidation totale de l’initiative 129 ne se justifie pas, il convient d’examiner de quelle façon celle-ci peut être invalidée *partiellement*. Deux lettres (a et c) de

⁴ Article 178B al. 3 let. b Cst. GE.

⁵ 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, pp. 41-42.

⁶ Voir la note établie par BBC News le 14 février 2006, *Q&A : Ban on smoking in public* (annexe 13 de notre avis de droit).

l'article 178B al. 3 Cst. GE sont, dans des hypothèses très précises, incompatibles avec les droits fondamentaux. On pourrait se contenter de les supprimer. Cela reviendrait à déséquilibrer la notion de lieux publics au sens de l'article 178B al. 3 Cst. GE au point d'en donner une image trompeuse, si bien qu'il nous paraît préférable d'abandonner cette piste. En réalité, *deux solutions* semblent *a priori* envisageables⁷ :

- Biffer purement et simplement l'alinéa 3 de l'article 178B Cst. GE. Il appartiendrait alors aux autorités d'interpréter, de manière extensive, la notion de « lieux publics intérieurs ou fermés » dans l'esprit du contenu de cet alinéa et compte tenu des buts visés, tout en excluant de cette notion les lieux à caractère privatif pour lesquels l'interdiction de fumer est incompatible avec le respect des droits fondamentaux.
- Supprimer, à la première ligne de l'article 178B al. 3 Cst. GE, les mots « Par lieux publics dont les locaux intérieurs ou fermés » et « il faut entendre » ainsi que la virgule après les mots « sont concernés ». Cette première ligne aurait ainsi la teneur suivante : « ³ Sont concernés : ».

3. La solution que nous préconisons

Nous préconisons la seconde solution. Ainsi, 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 fermés. 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 de l'article 178B Cst. GE, à savoir :

- protéger le public ;
- protéger le personnel ;
- mettre en place une interdiction très large (aussi étendue que possible, qu'admissible) dans les bâtiments, locaux, établissements ou transports publics *ou* ouverts au public⁸.

Ces buts résultent de l'article 178B Cst. GE lui-même (*approche objective*). En effet, le but de « protection de la population » figure expressément à son alinéa 2 et résulte aussi de son alinéa 1^{er}. La lutte contre « la fumée passive » est exprimée dans le titre de l'article. Le Grand Conseil peut donc s'y référer dans le cadre de l'analyse objective que suppose l'article 66 al. 3 Cst. GE. Ces buts découlent aussi très clairement de l'exposé figurant sur le formulaire de récolte des initiatives, donnant des indications sur la volonté des initiants (*approche subjective*). L'article 66 al. 3 Cst. GE paraît préconiser une analyse purement objective. Cela dit, 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 signatures⁹. En l'espèce, on observera que la question de savoir sur quelle approche se fonder est quelque peu théorique dans la mesure où l'une et l'autre aboutissent à la même interprétation des buts de l'initiative 129. On observera qu'aucun passage du formulaire de récolte des signatures n'indique, par exemple, que la fumée doit être interdite dans toutes les cellules de prison. On ne voit dès lors

⁷ Voir notre avis de droit du 7 avril 2006, pp. 25-26.

⁸ Même si l'on estime que l'un des buts fondamentaux de l'initiative 129 est d'interdire *totalemment* de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés, l'on ne saurait rejeter la solution que nous préconisons car l'assouplissement ne vise que des lieux à *caractère privatif très marqué* et ne crée donc, à proprement parler, aucune exception à cette interdiction (voir *infra* 4/c à f).

⁹ Voir, pour une illustration, ATF 128 I 190 *Michel Rossetti*, consid. 6.2.

pas quels éléments permettent d'établir une volonté des initiants et des signataires d'interdire la fumée dans toutes les cellules. S'agissant des établissements publics, seule la protection du personnel et du public est invoquée à l'appui de l'interdiction.

Enfin, on relèvera qu'on ne peut pas se contenter de valider intégralement l'initiative 129 et de prévoir « un certain nombre d'exceptions » dans la législation d'exécution, comme cela ressort du rapport du Conseil d'Etat¹⁰. A titre d'exemple, un lieu de détention comme la prison de Champ-Dollon est un « bâtiment dépendant de l'Etat », au sens de l'art. 178B al. 3 let. a Cst. GE. Or, dans la version intégrale de l'alinéa 3 de cet article, les bâtiments d'une prison sont *entièrement* assimilés à des « lieux publics », sans que le texte permette de ne pas appliquer l'interdiction dans des espaces purement privatifs comme des cellules, et ce contrairement à ce qu'exige la jurisprudence du Tribunal fédéral¹¹.

4. La justification de la solution retenue

De nombreux motifs permettent de retenir la solution que nous préconisons :

- a. Le *principe de la proportionnalité*¹² commande de choisir la solution qui préserve la plus grande partie du texte d'une initiative populaire. Nous admettons volontiers que la solution que nous avons esquissée est plus compliquée que celle qui consiste à biffer l'alinéa 3 de l'article 178B Cst. GE. Cela ne suffit cependant pas à la rejeter.
- b. *La garantie des droits politiques*¹³ implique aussi de choisir la solution préservant la plus grande partie du texte d'une initiative populaire.
- c. Les lieux dans lesquels l'interdiction de fumer est susceptible de ne pas trouver application ont *un caractère privatif très marqué* et ne remettent pas en cause le principe de l'interdiction de fumer dans les lieux publics. **La solution que nous préconisons ne revient dès lors pas à créer une exception à cette interdiction, mais à resserrer, de manière admissible et dans une mesure très réduite, la notion de « lieux publics »**¹⁴. Cela ne revient évidemment pas à réécrire l'initiative 129.
- d. Les lieux dans lesquels l'interdiction de fumer est susceptible de ne pas trouver application sont des endroits où le public et le personnel ne sont en principe pas exposés à la fumée du tabac, pour autant que des conditions strictes soient réunies. Les buts de *protection de la population* et de lutte contre *la fumée passive* sont, par conséquent, respectés. L'initiative 129 n'est ainsi pas dénaturée.

¹⁰ 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 2006, p. 26.

¹¹ ATF 118 Ia 64 *Minelli*, consid. 3i *in fine*.

¹² Voir notamment l'article 5 al. 2 Cst. féd.

¹³ Article 34 Cst. féd.

¹⁴ Voir, exactement dans le même sens, le rapport de l'IGAS (note 5), p. 41 : « *Il ne s'agit pas à proprement parler d'une dérogation, puisque les substituts de domicile ou domiciles assimilés ne sont pas des lieux accueillant du public.* »

Voir aussi, dans le même sens, les notes explicatives à l'appui de la législation récemment adoptée par la Chambre des Communes en Angleterre (article 3 § 3 du Health Bill [76] du 15 février 2006) : « *Subsection (2) gives examples of the type of exempted premises currently envisaged. 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. In premises such as prisons and long-term adult care homes, which are a person's full time place of residence for an extended period, designated smoking rooms/areas may be allowed as it may be impossible for smoking to take place outside for safety, health or practical reasons.* » (§ 40 des notes explicatives).

- e. Les lieux dans lesquels l'interdiction de fumer est susceptible de ne pas trouver application sont clairement délimités et ne constituent qu'une partie très réduite – voire une partie infime – des lieux initialement englobés dans l'art. 178B al. 3 Cst. GE. Le but d'*une interdiction très étendue* n'est dès lors pas remis en question. Ces différents lieux sont reliés par un fil conducteur (*lieux de séjour à caractère privatif très marqué sans que la protection de la population et du personnel ne justifie une interdiction*) et ne constituent pas un agrégat d'éléments disparates. On ne vide en aucun cas l'art. 178B Cst. GE de sa substance et la démarche demeure cohérente par rapport aux buts visés. La petite correction formelle que nous préconisons n'engendre dès lors en aucun cas une grande modification matérielle.
- f. En resserrant dans une faible mesure la notion de « lieux publics », on donne à cette dernière notion un sens plus conforme à celui qui lui est généralement attribué, sur lequel ont pu se fonder les signataires de l'initiative 129, voire les initiants eux-mêmes. En effet, il paraît pour le moins raisonnable – tant d'un point de vue objectif que d'un point de vue subjectif – de dire que des cellules de prison, des chambres dans des lieux de séjour et de soin et des chambres d'hôtel ne sont pas des lieux publics, à toute le moins si certaines conditions strictes sont réunies. Dès lors, cette solution s'inscrit pleinement dans *la systématique* de l'art. 178B Cst. GE, paradoxalement mieux que la version intégrale de l'initiative 129. En effet, l'invalidation partielle que nous préconisons revient à raffermir le lien entre l'alinéa 2 et l'alinéa 3 de l'art. 178B Cst. GE.

En fin de compte, la solution que nous préconisons respecte le texte subsistant après l'invalidation partielle de l'initiative 129, les buts poursuivis par celle-ci – que ceux-ci soient déterminés à partir du titre et du texte de l'article 178B Cst. GE ou du formulaire de récolte des signatures –, la systématique de cet article et son esprit. La partie restante forme un tout cohérent et est encore susceptible de correspondre à la volonté des initiants et des signataires.

5. La portée de la décision d'invalidation partielle pour les autorités

Si la solution que nous préconisons était retenue, elle signifierait que les autorités devraient se rapporter aux travaux du Grand Conseil relatifs à l'examen de l'initiative 129 pour déterminer la mesure très limitée dans laquelle la notion de « lieux publics » est resserrée. On pourrait imaginer – ce que nous conseillons – que le document explicatif envoyé à la population, en vue de la votation, indique précisément en quoi cette notion est quelque peu resserrée suite à l'invalidation partielle de l'initiative 129.

Les travaux relatifs au traitement de l'initiative 129 et l'éventuel rapport explicatif destiné à la population contribueraient à déterminer – suite à son invalidation partielle – le sens de l'article 178B Cst. GE¹⁵, lequel lie le législateur ordinaire et les autres autorités genevoises. Concrètement, le Grand Conseil et ces dernières devraient s'y tenir et se contenter d'entériner la solution résultant de l'interprétation de cet article suite à son invalidation partielle. Seule une révision de la Constitution genevoise permettrait de s'écarter de cette solution. En revanche, il va de soi que, s'agissant des questions qui ne sont pas traitées par l'initiative 129 (les sanctions tout particulièrement), le Grand Conseil disposerait de sa marge de manœuvre habituelle.

* * *

¹⁵ Sur la portée d'un rapport explicatif lors de l'interprétation d'une norme constitutionnelle, voir l'un des arrêts les plus célèbres du Tribunal fédéral : ATF 116 Ia 359 *Theresa Rohner*, consid. 7b, JT 1992 I 98.

Lausanne, le 4 mai 2006

Prof. Vincent Martenet

Date de dépôt : 6 juin 2006

Messagerie

RAPPORT DE LA MINORITÉ

Rapport de M. Christian Luscher (député non fumeur)

Mesdames et
Messieurs les députés,

« Les libertés sont toujours grignotées sournoisement avant d'être spectaculairement détruites, et les râleurs sont souvent ceux qui sont sensibles les premiers à ce danger. »

Norbert Bensaïd, *La lumière médicale*

Il n'est pas facile, dans le domaine concerné, de rendre un avis objectif sans être immédiatement soupçonné d'être un suppôt des cigarettiers ou à la solde de quelque intérêt machiavélique.

Le professeur Andreas Auer en a fait l'amère expérience, lui qui a été sauvagement pris à partie lorsqu'il a émis un avis de droit contraire à la *political correctness* dans laquelle se drapent ceux qui refusent de réfléchir.

En revanche, personne ne s'est offusqué qu'une avocate totalement inconnue et dont les compétences en matière de droit constitutionnel sont ignorées de tous, prononce un avis allant dans le sens de la parfaite validité de l'initiative, omettant au passage d'indiquer dans son avis de droit qu'elle était l'employée de l'un des initiants...

...pour se raviser lorsqu'elle a été entendue par la Commission législative en indiquant qu'il ne s'agissait pas véritablement d'un avis de droit mais de la simple expression de ses « réflexions personnelles »...

On le voit, le débat est rendu difficile parce que quiconque se prononce à l'encontre de la recevabilité de l'initiative est d'emblée vilipendé pour être un chantre du tabagisme et avoir des morts sur la conscience. Et comme l'a indiqué le professeur Auer par-devant la Commission législative, pour les

députés, le fait de surfer sur la vague antifumée se révèle politiquement (et donc électoralement...) très profitable.

Il convient donc de se concentrer, pour ne pas dire se « limiter », au simple débat juridique qui porte sur la recevabilité de l'initiative. Et à ce sujet, il faut insister sur l'essentiel : toutes les personnes faisant preuve d'un minimum de sérieux, de connaissances juridiques et d'honnêteté intellectuelle sont arrivées à la conclusion que l'IN 129 posait de sérieux problèmes constitutionnels.

Dans son avis de droit d'octobre 2005, le professeur Auer est parvenu à la conclusion que l'IN 129 ne satisfaisait pas à toutes les exigences constitutionnelles en matière de restriction de liberté. Par souci de concision, le lecteur est prié de se référer à l'avis du professeur Auer.

Le Conseil d'Etat lui-même, dans son rapport du 11 janvier 2006, parvient également à la conclusion que dans un bâtiment public ordinaire, un véritable espace fumeurs est préférable à une interdiction absolue, se fondant sur l'avis de droit de Tobias Jaag et Markus Rüssli, qui indique que « *wo auf diesem Weg der Schutz vor Passivrauchen gewährleistet werden kann, ist ein vollständiges Rauchverbot nicht erforderlich und daher unverhältnismässig* » (rapport du Conseil d'Etat, p. 20, note de pied 67).

Le Conseil d'Etat met également en évidence d'autres situations extrêmement problématiques (notamment pour ce qui concerne les hôpitaux). Il relève ensuite qu'au regard de la liberté économique, l'interdiction pure et simple d'exploiter un bar à cigares apparaît comme extrêmement sévère.

Et le Conseil d'Etat de conclure que l'IN 129, telle que formulée, pose des problèmes de compatibilité avec le principe de proportionnalité.

Mais alors qu'une lecture objective de l'ensemble des considérations émises par le Conseil d'Etat devrait amener le lecteur et le Conseil d'Etat à conclure à l'irrecevabilité, notre gouvernement cède lui aussi à la *political correctness* et, dans un revirement inattendu, se prononce en faveur de la recevabilité au motif qu'une interprétation historique et systématique du texte constitutionnel éventuellement adopté permet de comprendre que celui-ci devrait consacrer un certain nombre d'exceptions, ce qui est objectivement erroné.

Le professeur Vincent Martenet, mandaté par le bureau du Grand Conseil pour donner son avis sur la validité de l'IN 129, constate lui aussi que l'initiative pose de sérieux problèmes sous l'angle du respect du principe de la proportionnalité.

Dans un avis de droit relativement long, il conclut sur le principe à la validité de l'initiative, pour autant que l'article 3 fasse l'objet d'une ablation partielle, voire d'une suppression complète.

Au demeurant, il est frappant de constater que le professeur Martenet conclut à la validité de l'initiative, non seulement moyennant une ablation partielle ou totale, mais encore en tenant compte de toutes sortes de « réserves d'interprétation » (p. 50 et 51 de son avis de droit), alors même qu'une initiative formulée devrait pouvoir être déclarée recevable ou irrecevable sur la base de son seul texte.

A ce sujet, il convient de rappeler le caractère volontairement totalitaire de l'initiative 129. Ses initiants ont voulu une interdiction absolue et c'est ainsi qu'ils ont présenté l'initiative aux signataires. Ils ont d'ailleurs confirmé, lors de leur audition par la Commission législative, être opposés à tout contre-projet, M. Burkhardt déclarant que « tout le monde aime la simplicité », ajoutant que la loi doit être compréhensible et que cette initiative est extrêmement simple. M. Diethlem a également mentionné que l'interdiction totale se justifiait puisque personne n'a trouvé d'alternative. M. Diethlem, répondant à l'argument d'une commissaire socialiste selon lequel la prison de Champ-Dollon connaît une surpopulation extrêmement grave et que ce genre d'interdiction pourrait générer de véritables émeutes, que cet argument est généralement invoqué avant toute décision de ce type. Il signale également que la Californie interdit la fumée en prison. Sur ce seul sujet, le rapporteur se permettra de lui rétorquer que les mœurs en Suisse et en Californie sont différentes, ce dernier Etat pratiquant la peine de mort, or il est douteux que M. Diethlem soutienne une initiative visant au rétablissement de la peine de mort sous prétexte que la Californie la pratique...

Selon la minorité, l'initiative doit être déclarée entièrement irrecevable, car les initiants ont voulu et fait signer un texte qui, de l'avis de tous, est contraire à la constitution fédérale.

La façon dont le professeur Martenet a souhaité sauver l'initiative n'est pas satisfaisante, même si telle était sa volonté. Le professeur Martenet a en effet clairement indiqué lors de son audition par-devant la Commission législative que « l'objectif du juriste qui examine une initiative est de la sauver ».

A regarder son avis de droit de plus près, son analyse juridique est quasiment identique à celle du professeur Auer en ce qu'il confirme que l'IN 129 est trop radicale et excessive. Le professeur Martenet admet que l'IN 129 porte atteinte notamment à la liberté personnelle (p. 12), à la

protection de la vie privée (p. 13) et à la liberté économique (p. 14), voire à la liberté de réunion et d'association (p. 40). Le professeur Martenet constate que l'initiative vise parfois à interdire non pas l'abus de la fumée passive, mais le tabagisme actif, ce qui est contraire à sa lettre et à son but et inadmissible au regard des libertés mentionnées ci-dessus.

On peut également déduire de la lecture de l'avis de droit du professeur Martenet que l'initiative viole le droit fédéral dans la mesure où elle vise ponctuellement à protéger non pas le public, mais les travailleurs, préoccupation qui relève de la compétence de la Confédération dont celle-ci a fait un usage exhaustif (pp. 8 et 41). Certes, le professeur Martenet cherche et croit trouver une échappatoire dans une invalidation partielle de l'IN 129. Or, cette invalidation est contraire au droit de l'initiative et ne résout pas les problèmes de constitutionnalité dont l'IN 129 est affectée.

Elle est d'ailleurs contraire au droit de l'initiative, qui interdit que l'autorité altère le texte proposé par les initiants, parce qu'elle modifie sensiblement le sens même de l'IN 129. En effet :

- Elle élimine la notion centrale de l'IN 129, celle de « lieu public dont les locaux intérieurs ou fermés (sont concernés) ».
- Elle crée ainsi, bien qu'elle s'en défende, une série impressionnante de dérogations à l'interdiction générale de fumer, pour les chambres d'hôtels, les cellules pénitentiaires, et autres chambres individuelles, ce qui est contraire au but de l'IN 129 et à la volonté clairement exprimée par ses auteurs, tant lors du lancement de l'initiative que lors de leur audition par-devant la Commission législative. Si les auteurs de l'IN 129 avaient voulu que l'interdiction de fumer soit assortie de certaines exceptions, ils auraient dû exprimer cette volonté dans le texte de l'IN 129 ; or, ils ont délibérément fait le choix de ne prévoir aucune exception.
- La référence du professeur Martenet aux autres pays démocratiques qui ont opté, ces dernières années, pour une interdiction générale de fumer dans les lieux publics (pp. 23 à 46) est inopérante, puisque ces pays, précisément, ont tous admis des exceptions, ce que l'auteur concède (pp. 31 et 48). C'est précisément pour n'avoir prévu aucune exception que l'IN 129 doit être considérée comme inconstitutionnelle à sa base même.

Pour ce qui concerne l'ablation chirurgicale à laquelle la majorité de la commission s'est livrée, elle ne change en rien le problème de la constitutionnalité. En effet, même dans cette hypothèse, les cellules pénitentiaires et chambres d'hôtels seront sans doute, d'après la lettre du texte remanié, des « lieux publics intérieurs ou fermés » au sens de l'alinéa 2

qui subsiste. Ce qui seul pourrait sauver l'IN 129 serait l'adjonction d'une exception visant les lieux « privatifs », ce qui serait évidemment inadmissible sous l'angle juridique, de sorte que l'artifice proposé ne résout pas les problèmes constitutionnels soulevés par son auteur.

Enfin, l'avis de droit du professeur Martenet souffre d'une incohérence juridique majeure, en changeant subitement d'argumentation pour les « bars à cigares et/ou à narghilehs » (p. 45) dont il est manifeste qu'ils ne sont pas des lieux privatifs et ne peuvent donc être sauvés par la construction proposée. Le professeur Martenet admet qu'il y a dans une telle hypothèse une violation grave de la liberté économique mais, pour éviter de faire une exception à l'interdiction générale de fumer, voire de parvenir à l'invalidation totale de l'IN 129, il recommande aux tenanciers de ne pas trop investir dans ce domaine et conclut que la question est finalement politique...

Le rapporteur pourrait encore montrer par de nombreux exemples (le cloisonnement des espaces fumeurs rendrait l'air irrespirable pour les fumeurs eux-mêmes (!), exiger l'installation de fumoirs serait, pour l'Etat, schizophrénique (!), etc.) que le professeur Martenet s'est vraisemblablement laissé guider par la *political correctness* ambiante, tentant par toutes les constructions intellectuelles possibles de sauver l'initiative. Ce faisant, il s'est écarté de certains grands principes de droit constitutionnel, comme notamment celui de l'inaltérabilité des initiatives populaires rédigées de toute pièce.

Enfin et de l'avis du rapporteur de minorité, il a rendu un mauvais service au Grand Conseil et aux auteurs de l'initiative, admettant lui-même qu'un « *risque non négligeable subsiste de voir le Tribunal fédéral casser la décision du Grand Conseil dans l'hypothèse où il déclarerait l'initiative recevable* » !

En résumé :

- L'IN 129 vise à une interdiction totale de fumer dans tous les bâtiments ou locaux publics dépendant de l'Etat et des communes, ainsi que dans toute autre institution de caractère public, et ce sans la moindre exception. Interrogés en Commission législative, les initiants ont clairement réaffirmé que telle était leur volonté.
- De l'avis de tous, et formulée de façon à refléter sans la moindre ambiguïté la volonté clairement manifestée par les initiants de n'accepter aucune exception, l'IN 129 viole la constitution fédérale ; les professeurs Auer et Martenet ainsi que le Conseil d'Etat l'ont mis en évidence.
- Les exceptions proposées par le professeur Martenet sont contraires à la volonté des initiants et, comme largement exposé *supra*, ne permettent

nullement de régler les nombreux problèmes constitutionnels posés par l'IN 129 ; à ce sujet, la façon dont le professeur Martenet se livre à des réserves d'interprétation relevant de la gymnastique intellectuelle alors qu'il constate lui-même que l'initiative est contraire à la liberté économique, est révélatrice de sa volonté – reconnue de lui-même – de sauver à tout prix l'IN 129.

Au vu de ce qui précède, les initiants doivent se laisser opposer les conséquences de la volonté qu'ils ont clairement exprimée s'agissant de l'interdiction totale. C'est bien là le noyau de leur initiative et, avec sa proposition, la majorité de la Commission législative s'écarte manifestement de la volonté des initiants.

Au bénéfice des explications qui précèdent, la minorité de la Commission législative vous demande, Mesdames et Messieurs les députés, de déclarer irrecevable dans son ensemble l'initiative populaire 129. En fin de compte, il convient que Genève ne se singularise pas une fois encore par des propositions insolites et, faisant preuve de raison, imite les cantons et les pays voisins, qui tous ont prévu des exceptions. Il convient également de ne pas céder à la tentation simpliste d'interdire plutôt que de réfléchir, car, comme l'écrivait Charles Bonnet, *« dans un être qui réfléchit, la liberté est essentiellement la même que dans un être qui ne réfléchit point ; mais dans un être qui réfléchit, la liberté est plus étendue »*.