

Date de dépôt : 19 décembre 2011

Rapport

de la Commission des pétitions chargée d'étudier la pétition pour des exceptions et aménagements à la loi sur la « fumée passive »

Rapport de majorité de M. Vincent Maitre (page 1)

Rapport de minorité de M. Pascal Spuhler (page 23)

RAPPORT DE LA MAJORITÉ

Rapport de M. Vincent Maitre

Mesdames et
Messieurs les députés,

La Commission des pétitions s'est réunie en date des 23, 30 mai et 6 juin 2011 afin d'étudier, sous les présidences de MM. Antoine Droin et Olivier Norer, la pétition 1772 munie de 3 signatures et déposée le 24 janvier 2011 par l'association « Les dissidents de Genève ».

Les procès-verbaux ont été dressés par M. Christophe Vuilleumier, qu'il convient de remercier pour la qualité de son travail.

1. Présentation générale

Suite au résultat du scrutin populaire cantonal du 24 février 2008 relatif à la fumée passive, lequel a vu près de 80% de la population se prononcer en faveur d'une interdiction de fumer dans les lieux publics, la pétition en cause demande expressément à ce que le Grand Conseil :

- entende une délégation des pétitionnaires ;
- veuille bien prendre en compte le point de vue des quelque 20% de votants minoritaires avant de proposer à la hâte soit une loi d'application

soit un règlement lié à l'IN 129, capables d'en atténuer le caractère totalitaire ;

- accepte de soumettre sa liste des « exceptions auxquelles il aurait été inconvenant de se soustraire » tant aux initiants qu'aux pétitionnaires avant de la figer.

2. Auditions de M. Jacques-André Widmer, président DDG (Les dissidents de Genève), de M^e Antoine Boesch, vice-président DDG, et de M^e Michel Amaudruz, membre fondateur DDG, pétitionnaires

M. Widmer déclare avoir préparé un mémorandum présentant son association et signale que la pétition a d'abord été adressée au Conseil d'Etat. Il remarque, à la lecture du mémorial, que les jeux ont été faits à sept contre trois lors de la loi sur l'interdiction de fumer et que la loi n'évoque pas un certain nombre de lieux comme les cercles privés très en vogue à Bâle. Il mentionne que les fumoirs de Genève sont à présent menacés par la ligue pulmonaire qui a lancé une initiative que le Conseil fédéral ne soutient pas. Il déclare encore que le projet initial prévoyait une délation ordonnée permettant de dénoncer les fumeurs. Il explique alors avoir été sollicité pour une conférence, ce qu'il a décliné faute de temps, et il précise qu'il voulait en effet faire appel à des spécialistes. Il continue alors son bref historique et il ajoute avoir lancé le référendum avec la société des cafetiers, un référendum qui a échoué mais qui a constitué un foyer de résistance contre l'hygiénisme qui baigne le pays. Il rappelle que 1,43 milliard de francs sont dépensés chaque année par la Confédération pour des campagnes politiques sur le thème de l'hygiénisme. Il évoque le quatrième considérant en déclarant n'avoir rien trouvé dans les explicatifs de la loi. Il remarque alors que le Cyprès parle du Champix qui est une molécule de sevrage et qui s'est révélée *suicidogène* et hallucinogène. Il précise qu'il y a 1 200 procès aux USA impliquant ce médicament et que les incidents graves sont nombreux comme le dénoncent des articles de presse. Il remarque encore que le Cyprès évoque des approches alternatives et il cite à cet égard le livre « La santé à n'importe quel prix ».

Il signale alors ne pas savoir où réunir l'assemblée générale de son association qui compte 110 personnes fumeuses et il pense que la législation empêche son exercice. Il évoque quelques solutions auxquelles il a pensé, notamment une réunion dans le jardin de l'ambassade de Corée du Nord et il déplore la dimension liberticide de Genève. M. Widmer précise encore, sur question d'un commissaire (Ve) quant au but de cette pétition, qu'il y a une zone grise entre le droit fédéral et la loi genevoise et il mentionne que la

question se pose quant à la primauté entre le droit de réunion et l'interdiction de fumer. Il précise que la tentation a été grande d'ouvrir un cercle privé qui est une exception que les pétitionnaires demandent au Conseil d'Etat.

M. Amaudruz rappelle que Genève est très restrictive en matière de tabac et il mentionne que le but de cette pétition est de faire savoir aux gens que la tolérance zéro est exagérée. Il rappelle alors les résultats des deux votations sur le sujet à Genève et il remarque que l'histoire fonctionne souvent comme un balancier. Il évoque à cet égard le Danemark qui est revenu en arrière dans le domaine.

Un commissaire (PLR) déclare partager en partie l'avis sur l'hygiénisme et demande ce qu'il faudrait faire pour améliorer la tolérance à l'égard de la fumée, les trois invites n'évoquant aucune attente à ce sujet.

M. Widmer répond que seul le titre de la pétition reste pertinent. Il ajoute que pouvoir ouvrir un cercle privé serait déjà une bonne chose. Il déclare encore qu'il serait également intéressé à connaître les effets de cette interdiction sur l'économie locale.

M. Boesch remarque qu'il serait possible de renvoyer cette pétition au législatif fédéral, lequel pourrait s'inspirer des exemples existants.

Un commissaire (PLR) remarque qu'il semblerait que les fumeurs n'aient plus le droit de se réunir à Genève lorsque l'on entend les pétitionnaires et rappelle cependant qu'il existe des lieux qui ont des fumeurs. Il pense par ailleurs que cette pétition vise en fin de compte à créer des établissements publics où il serait possible de fumer.

M. Widmer répond que l'histoire du référendum a coûté 70 000 F à son association, sans aucune aide des entreprises de tabac. Il pense donc que la situation a été relativement loin et qu'il serait judicieux de trouver effectivement des solutions.

Un commissaire (PLR) remarque qu'il y a des statistiques de la police sur les nuisances inhérentes à cette interdiction. Il ajoute que certaines boîtes (i.e. discothèques) ne respectent en outre pas cette interdiction. Il demande si les pétitionnaires connaissent ces statistiques.

M. Widmer répond s'être uniquement renseigné auprès de Champ-Dollon et de l'hôpital psychiatrique, afin de connaître les pratiques à l'intérieur de ces deux établissements, et n'avoir eu que des réponses de circonstance.

Un commissaire (PLR) demande si d'autres cantons ont des lois plus souples.

M. Widmer répond que treize cantons ont édicté des lois interdisant le tabac sur des modalités différentes.

Un commissaire (MCG) comprend que les pétitionnaires aimeraient calquer la loi sur le droit fédéral. Il remarque cependant que les cercles privés existent déjà à Genève et qu'il est possible d'y fumer. Il se demande si des établissements de moins de 80 m² représentent une bonne solution et si celle des fumeurs est suffisante.

M. Boesch remarque que les conditions d'exploitation des cercles privés sont très contraignantes et que la solution des fumeurs constitue une restriction excessive.

Un commissaire (Ve) évoque ensuite la votation et il remarque que cette loi semble les désespérer. Il rappelle cependant que 80% de la population a accepté cette loi et il se demande comment les pétitionnaires voient la relation entre le Grand Conseil et la volonté populaire.

M. Widmer répond que c'est la même chose avec le débat sur l'Europe. Il rappelle qu'il y a eu les pluies acides, le réchauffement planétaire et maintenant la fumée passive. Il signale que ce terme de « fumée passive » vient de *Passivrauch*, un concept développé par les nazis. Il se demande par ailleurs ce que vaut une loi fondée sur une intoxication médiatique. Il rappelle encore quelques exemples de répression contre la fumée dans le temps et l'espace.

M. Boesch pense qu'il est possible de ménager une place pour les fumeurs tout en respectant la volonté populaire.

Un commissaire (UDC) remarque que si l'amendement déposé par son parti avait été accepté, cette association n'aurait pas été créée, ce à quoi M. Widmer acquiesce.

3. Discussions

Les députés de la commission s'accordent globalement à dire que cette pétition est intéressante malgré son aspect égaré et les réponses parfois insatisfaisantes des pétitionnaires. Sans pour autant refaire le débat sur la fumée passive, ni remettre en cause le vote populaire sur cet objet, il convient cependant de prendre en compte les minorités. Cette pétition mérite, par ailleurs, une étude approfondie par la poursuite d'auditions et l'obtention de chiffres que la police pourrait être à même de fournir à la commission, afin d'avoir des informations supplémentaires sur le tabac et sur les établissements publics ainsi que d'évaluer les potentielles nuisances engendrées depuis l'entrée en vigueur de la loi et ce bien que le CEPP ait déjà été mandaté pour mener une enquête à ce sujet.

En ce sens, le Président passe alors au vote de l'audition de M. Gruson :

En faveur : 2 (2 MCG)
 Non : 11 (2 S, 3 Ve, 2 R, 2 PDC, 2 L)
 Abstention : 2 (1 L, 1 UDC)

Le Président passe ensuite au vote de l'audition du Scom :

En faveur : 8 (3 L, 1 UDC, 2 MCG, 2 PDC)
 Non : 3 (1 R, 2 Ve)
 Abstention : 4 (2 S, 1 Ve, 1 R)

Le Président passe ensuite au vote de l'audition de M. Unger :

En faveur : 13 (2 S, 1 Ve, 3 L, 1 UDC, 2 MCG, 2 PDC, 2 R)
 Non : 1 (1 Ve)
 Abstention : 1 (1 Ve)

Le Président signale qu'il fera un courrier à la police pour obtenir les informations demandées.

4. Audition de M. Jacques Folly, directeur du service du commerce du département des affaires régionales, de l'économie et de la santé

M. Folly se déclare étonné d'être auditionné pour cette pétition puisque son service n'intervient que de manière minimale à propos de la fumée. Il explique que l'application de la loi et des sanctions ne relèvent en effet pas du Scom.

Après la remarque d'un commissaire (MCG) sur le fait que l'obligation de devoir fumer dehors génère des nuisances sonores ainsi que sa question sur l'existence de plainte à ce sujet auprès du Scom, M. Folly acquiesce et remarque que les nuisances sont multiples, sonores ou olfactives en raison de la fumée qui remonte dans les appartements. Il signale qu'il arrive également que les clients soient mieux à l'extérieur qu'à l'intérieur de l'établissement, ce qui a pour effet d'aggraver ces nuisances.

Le même commissaire (MCG) demande ensuite si les autorisations pour les fumoirs passent par son service.

M. Folly répond par la négative en mentionnant que ces autorisations passent par la direction générale de la santé. Il ajoute qu'il y a une quarantaine de fumoirs qui sont en train d'être demandés. Il remarque que les fumoirs sont de plus en plus demandés par les établissements qui craignent les nuisances sonores provoquées par leurs clients à l'extérieur.

Un commissaire (S) demande pourquoi ces autorisations ne passent pas par son service.

M. Folly répond que la loi sur la fumée relève de la santé.

Un commissaire (PLR) signale alors que Bâle a vu près de 100 000 personnes adhérer à des clubs privés afin de pouvoir fumer, et ce pour 10 F par an. Il ajoute que les dissidents genevois ne trouvent pas de lieu pour se réunir et réfléchissent à tenir leur assemblée à l'ambassade de Corée du Nord. Il remarque que la loi est très stricte et que les 20% de minorité qui ont voté contre la loi ne sont pas pris en compte.

M. Folly répond qu'il est clair que la loi genevoise est l'une des plus dures de Suisse. Il rappelle en outre que la loi sur les cercles est plus contraignantes qu'à Bâle et il mentionne que la seule solution pour modifier la situation serait de modifier la loi.

Un commissaire (Ve) demande si le service de la santé a des inspecteurs.

M. Folly acquiesce en déclarant que l'inspecteur de ce service travaille avec la gendarmerie et ses propres inspecteurs. Il ajoute qu'une plateforme d'information a été créée afin de faire circuler les renseignements. Il répète que c'est la direction générale de la santé qui sanctionne. Il précise toutefois que ses propres inspecteurs, les agents municipaux et la gendarmerie peuvent dénoncer le non-respect de la loi à la direction générale de la santé.

Un commissaire (MCG) remarque qu'il est tout de même possible de fumer dans un cercle privé et que créer un cercle privé de fumeurs serait donc possible.

M. Folly répond qu'un cercle privé où il y a une activité de restauration est assimilé à un établissement public. Il ajoute que, pour obtenir le statut de cercle privé, une association sans buts lucratifs est nécessaire. Les *Nicotins* ont essayé de créer un cercle privé de fumeurs mais ont renoncé au vu des contraintes.

5. Audition de M. Pierre-François Unger, Conseiller d'Etat en charge du DARES

M. Unger prend la parole et déclare ne pas être surpris par la persévérance des dissidents de Genève qui ont mené beaucoup d'actions jusqu'à présent. Il rappelle que la loi a été votée par le Grand Conseil à une modeste majorité et il signale que les exceptions figurent dans l'article 4 de ladite loi, un article qui indique notamment les fumoirs clos et correctement ventilés tel que prévus par la Confédération. Il imagine que les dissidents aimeraient avoir d'autres exceptions comme pour les établissements de moins de 80 m², ce qui

serait incompatible avec la Constitution genevoise. Il rappelle encore que la Commission des Etats réfléchissait à une disposition plus sévère, épuisant le droit cantonal, ce qui a finalement été refusé au vu des concessions faites. En outre, une étude a été menée quatorze mois après l'entrée en vigueur de la loi et elle démontre une diminution de 7% d'infarctus et d'angines de poitrine, et une diminution de 1,19% d'insuffisance respiratoire, ce qui correspond à 2 000 jours d'hospitalisation. Il précise que l'étude grisonne, laquelle est plus approfondie, indique que la diminution d'infarctus se produit surtout chez les non-fumeurs.

Un commissaire (PLR) remarque que les dissidents contestent l'effet négatif de la fumée passive. Il ajoute qu'ils souhaitent surtout une solution pour eux-mêmes.

M. Unger remarque qu'il est vrai qu'il y a d'autres pollutions atmosphériques et que l'amiante est plus dangereuse mais il rappelle que l'amiante est également plus rare. Il rappelle alors que ce genre de sophisme s'arrête normalement dès l'âge de huit ans. Il signale alors que la loi vise à protéger les non-fumeurs de la fumée et non à interdire les fumeurs de fumer.

Il ajoute que les dissidents lui ont écrit il y a longtemps afin qu'il leur indique comment faire pour créer un cercle privé mais il constate qu'ils n'ont rien fait. Il pense que les dissidents mènent plus un combat religieux qu'autre chose.

Un commissaire (PLR) déclare que la diminution d'infarctus apparaît en même temps que la constatation de l'augmentation de consommation de vin rouge. Il se demande comment il est possible de véritablement évaluer ces incidences.

M. Unger répond que cela dépend du vin et de son tanin. Il ajoute que ce type d'étude fait frémir les Américains qui sont hygiénistes. Il précise que ces derniers ne comprennent pas le paradoxe français du Sud/Ouest ou la population vit plus longtemps en buvant du rouge, en faisant la sieste et en mangeant du foie gras !

Le même commissaire (PLR) évoque alors Bâle où 100 000 personnes sont devenues membres de cercles privés. Il demande si cela est possible à Genève.

M. Unger répond que le cercle est un lieu privé et il rappelle que l'interdiction porte sur les lieux publics. Il ajoute qu'un cercle fumeur tombe, cela étant, sous le coup de la loi fédérale et il répète que les dissidents n'ont entamé aucune démarche dans ce sens.

Un commissaire (PLR) demande si la personne qui possède un local de 80 m² et qui souhaite ouvrir un cercle privé fumeur peut le faire. Dans

l'affirmative, il remarque que les dissidents n'ont donc pas besoin de se réunir à l'ambassade de Corée du Nord.

M. Unger acquiesce en mentionnant que les contraintes architecturales doivent évidemment être respectées et répète que les dissidents de Genève connaissent tous les détails.

Un commissaire (PLR) demande ensuite si la loi genevoise est plus extrême que la loi bâloise et demande s'il serait possible d'avoir un comparatif entre les deux lois.

M. Unger répond ne pas connaître la loi bâloise mais il ne le pense pas. Il ajoute que la disposition fédérale établit un cadre clair. Il propose ensuite à la commission de s'adresser à M^{me} Costis, à la direction juridique du DARES, afin d'obtenir un avis de droit comparé entre les législations bâloises et genevoises en la matière.

Un commissaire (Ve) demande s'il est possible d'obtenir l'étude qui est sortie le lundi précédant cette audition de manière plus synthétique.

M. Unger répond que cet exercice sera effectivement réalisé.

6. Discussions

Suite à ces auditions, la commission, ayant de surcroît reçu les informations complémentaires qu'elle requérait, notamment sous la forme d'un avis de droit, s'est déterminée comme suit :

Un commissaire (PDC) déclare avoir l'impression que les pétitionnaires voulaient un traitement de faveur en espérant une dérogation spéciale à la loi. Il indique ne pas avoir été convaincu par les arguments des pétitionnaires et ne pense pas qu'il appartienne au Grand Conseil de leur trouver un local dans lequel ils puissent fumer pour se réunir. Il rappelle alors la votation populaire et l'écrasante majorité à laquelle la loi a été votée. Il propose le dépôt de cette pétition.

Un commissaire (MCG) rappelle qu'il est autorisé de fumer dans les cercles privés et que les pétitionnaires ne trouvaient pas de local. Il signale qu'il y a également des fumeurs à Genève que l'on voit dans la rue, ce qui entraîne un certain nombre de nuisances. Il se demande s'il ne faudrait pas réfléchir à des solutions dérogatoires permettant de contenter tout le monde. Il rappelle que les 80% constituant ceux qui ont voté en faveur de la loi ne représente pas le 80% de la population mais bien des votants. Il rappelle en outre que cette loi est plus dure que la loi fédérale et il mentionne qu'il soutient le renvoi au Conseil d'Etat. Il déclare partager l'idée d'un commissaire (PLR) à propos de l'inégalité de traitement que cette loi

engendre (Cf. infra) en rappelant que de nombreux petits cafés sont à présent désertés.

Un commissaire (Ve) signale que, depuis l'entrée en vigueur de cette loi, il a été possible de constater une diminution des affections pulmonaires et donc une diminution du coût de la santé. Il pense que ce serait faire preuve d'irrespect envers la population qui a accepté très largement la loi si la commission renvoyait cette pétition au Conseil d'Etat. Il ajoute être en faveur d'un dépôt.

Un commissaire (UDC) propose pour sa part le renvoi de cette pétition au Conseil d'Etat au vu des problèmes que cette loi a engendrés.

Un commissaire (PLR) remarque à titre personnel qu'il ne sait pas ce que le Conseil d'Etat pourrait faire avec cette pétition. Il ajoute dénoncer M. Unger qui s'est montré extrême dans cette affaire. Il remarque ensuite que si les affections pulmonaires diminuent, ce n'est pas le cas du bruit et des incivilités. Il pense notamment aux terrasses des cafés. Il pense en fin de compte qu'une loi « à la bâloise » aurait été possible. Il ajoute qu'il ne soutiendra pas le dépôt et qu'il s'abstiendra.

Un autre commissaire (PLR) se déclare également excédé par cet hygiénisme mais il pense que ce groupe de joyeux fumeurs pourrait trouver un local par lui-même. Il se déclare en faveur du dépôt.

Un troisième commissaire (PLR) déclare que cette loi et son règlement d'application amènent des inégalités de traitement au niveau des commerces. Il remarque que les établissements dans lesquels travaillent un patron et sa famille, lesquels seraient tous fumeurs, devraient pouvoir avoir un fumoir. Il rappelle par ailleurs que les demandes d'ouverture de terrasse se sont multipliées, ce qui augmente les nuisances. Il précise que certains établissements ne peuvent pas avoir de terrasse, ce qui est injuste pour ceux-ci. Il déclare encore qu'il faudrait revoir le règlement d'application de la loi.

Le Président passe alors au vote du dépôt de la P 1772 :

En faveur :	5 (1 S, 1 Ve, 2 PDC, 1 R)
Non :	3 (1 UDC, 2 MCG)
Abstention :	3 (2 L, 1 R)

A la majorité de ses membres, la Commission des pétitions invite les députés à déposer cette pétition sur le Bureau du Grand Conseil.

Annexe : Avis de droit du Prof. Vincent Martenet et ses annexes.

Pétition (1772)

pour des exceptions et aménagements à la loi sur la « fumée passive »

Mesdames et
Messieurs les députés,

Considérant :

- les résultats du scrutin cantonal du 24 février 2008 sur la fumée passive consécutif au renoncement, par le Conseil d'Etat, après hésitations, à proposer un contre-projet raisonnable à l'IN 129 ;
- les débats sur le même objet de mars 2008 aux Chambres fédérales ;
- la pratique stratégique ou fortuite du Conseil d'Etat consistant à soumettre simultanément au scrutin populaire des objets à très forte valeur émotionnelle, suscitant ainsi un puissant effet synergique capable de fausser l'examen rationnel et serein desdits objets par le citoyen ;
- que l'arrêt du TF 1P.541/2006 du 28 mars 2007 précise que « le texte de l'initiative est clair quant au principe ; il l'est certes moins quant à la possibilité de prévoir des exceptions par voie législative, mais cela pourra être, le cas échéant, rappelé aux électeurs dans le message explicatif » ;
- que ledit arrêt du TF précité, dans ses considérants, remarque que : « il est douteux que le droit de fumer dans les lieux publics soit protégé par la liberté personnelle. La question est toutefois laissée indécise (consid.5) » ;
- que le tabagisme est une assuétude dont le sevrage, s'il est désiré, ne peut être promis ou vanté par tous les procédés des organisations, soutenues ou non par des fonds publics, telles que le CIPRET dont toutes les thérapies n'ont pas de fondement médical reconnu et éprouvé par la Faculté ;
- la déclaration du président du département de l'économie et de la santé (DES) le 11 septembre 2007 devant le Grand Conseil : « Nous devons alors rédiger une loi ; elle fera l'objet d'un travail considérable pour obtenir un équilibre entre ce qui devra être autorisé et ce qui sera interdit » ;
- que la promulgation par le Conseil d'Etat d'un seul règlement, non soumis à référendum, priverait le Grand Conseil et, cas échéant, le peuple de la possibilité de se prononcer sur la liste des exceptions à l'IN 129,

les soussignés, fumeurs et non-fumeurs, attachés à la défense des libertés et soucieux de l'ordre public et de la paix sociale dans notre République et canton, demandent au Grand Conseil :

- qu'il lui plaise d'entendre une délégation des pétitionnaires ;
- qu'il veuille bien prendre en compte le point de vue des quelque 20% de votants minoritaires avant de proposer à la hâte soit une loi d'application soit un règlement lié à l'IN 129, capables d'en atténuer le caractère totalitaire ;
- qu'il accepte de soumettre sa liste des « exceptions auxquelles il aurait été inconvenant de se soustraire » tant aux initiants qu'aux pétitionnaires avant de la figer.

N.B. 3 signatures
p.a Les Dissidents de Genève
Monsieur J.-A. Widmer
Président
Bd de la Cluse 19
1205 Genève

VINCENT MARTENET

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

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

THEOPHILE VON BUREN

ASSISTANT DIPLOME A LA FACULTE DE DROIT DE
L'UNIVERSITE DE LAUSANNE, MLAW

L'INTERDICTION DE FUMER DANS LES CERCLES DANS LES CANTONS DE GENEVE ET DE BALE-VILLE

I. Introduction.....	1
II. L'interdiction de fumer dans les cercles au regard du droit fédéral	2
A. Les principes.....	2
B. L'arrêt de principe du Tribunal du district d'Arbon (Thurgovie).....	3
III. L'interdiction de fumer dans les cercles dans les cantons de Genève et Bâle-Ville	4
A. Le régime genevois.....	4
1. L'interdiction de fumer prévue par le droit genevois.....	4
2. Les cercles ou clubs privés	5
a. La notion.....	5
b. Le régime juridique applicable.....	5
B. Le régime bâlois.....	6
1. Les principes.....	6
2. La solution mise en place par l'association « Fûmoar » et la réaction des autorités	8
IV. Conclusion	9

I. Introduction

À la suite d'un échange de courriers électroniques, le Département des affaires régionales, de l'économie et de la santé de la République et du canton de Genève a sollicité les soussignés pour un avis de droit devant « comparer le régime bâlois avec le régime genevois pour ce qui est de l'interdiction de fumer dans les cercles ».

Le présent avis droit débute par un bref rappel de la législation fédérale en matière de tabagisme passif et du régime applicable aux cercles au titre de la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la protection contre le tabagisme passif (II). Il se poursuit par une analyse détaillée du régime juridique applicable aux cercles et autres clubs privés en matière de protection

contre le tabagisme passif dans les cantons de Genève (III.A) et de Bâle-ville (III.B). Il se termine par une conclusion qui propose une synthèse analytique de la question (IV).

II. L'interdiction de fumer dans les cercles au regard du droit fédéral

A. Les principes

La protection contre le tabagisme passif fait l'objet de dispositions cantonales et fédérales. Le principe de la primauté du droit fédéral¹ impose aux cantons de respecter les dispositions fédérales édictées en matière de protection contre le tabagisme passif. Celles-ci figurent avant tout dans la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la protection contre le tabagisme passif². En outre, les cantons sont également tenus de respecter les droits fondamentaux concernés par une telle problématique, au premier rang desquels l'on trouve l'égalité de traitement, la liberté personnelle, la protection de la sphère privée, la garantie de la propriété et la liberté économique³. Il faut toutefois relever que la portée exacte de ces différents droits est encore floue en ce qui concerne l'interdiction de fumer⁴. Cependant, l'art. 4 LPTP permet aux législateurs cantonaux d'« édicter des dispositions plus strictes pour la protection de la santé ». En effet, les dispositions cantonales en matière de protection contre le tabagisme passif n'ont en principe pas pour but d'entraver les objectifs poursuivis par le droit fédéral, mais de les renforcer⁵.

Le champ d'application de la LPTP est limité aux « espaces accessibles au public ou qui servent de lieu de travail à plusieurs personnes » (art. 1 al. 1 LPTP). Pour préciser cette notion, la loi fédérale dresse une liste d'*espaces accessibles au public* (art. 1 al. 2 LPTP). Cette liste n'est toutefois pas exhaustive, comme l'atteste l'utilisation de l'adverbe « notamment »⁶. Enfin, les *locaux à usage privé* ne sont pas assujettis à la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif. Cette notion présente également quelques incertitudes. En effet, la situation des locaux d'associations ou de clubs privés au regard de la législation fédérale n'est pas très claire. De tels locaux ne sont en principe pas concernés par la LPTP,

¹ Art. 49 al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. féd. ; RS 101).

² LPTP ; RS 818.31

³ Art. 8 al. 1, 10 al. 2, 13 al. 1 (et éventuellement art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 [CEDH ; RS 0.101]), 26 et 27 Cst. féd.

⁴ A propos de l'égalité de traitement, voir ATF 136 I 17, c. 5.3. S'agissant de la liberté personnelle, voir ATF 133 I 110, c. 5.2. Au sujet de la liberté économique, voir ATF 136 I 17, c. 3 et 4 ainsi que 136 I 29, c. 3 et 4 ; en Allemagne, voir un arrêt du Tribunal constitutionnel fédéral du 30 juillet 2008 (1 BvR 3262/07, 402/08 et 906/08). Concernant la garantie de la propriété, voir ATF 136 I 17, c. 5.2. En doctrine, voir ANDREAS AUER, le droit face à la *political correctness* : la constitutionnalité de l'initiative populaire genevoise « Fumée passive et santé », pp. 3-20, 9-20 ; TOBIAS JAAG/MARKUS RÜSGLI, Schutz vor passivrauchen : verfassungsrechtliche Aspekte, PJA 2006, pp. 21-29, p. 28 ; VINCENT MARTENET, l'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés, PJA 2007, pp. 247-280, 252-280 ; YVO HANGARTNER, PJA 2007, pp. 1583-1585, spécialement n° 6-8 ; AXEL TSCHENTSCHER in : Walter Kälin/Andreas Lienhard/Pierre Tschannen/Axel Tschentscher, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2008 und 2009, RJB 2009, pp. 719-786, 743 s., qui estime que la possibilité de fumer fait partie de la liberté personnelle.

⁵ Sur ce point, voir ATF 133 I 110, c. 4.5. Voir également, dans une optique plus large, ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 2^{ème} éd., Berne 2006, pp. 378 s., n° 1060 et 1066.

⁶ Voir le rapport du 1^{er} juin 2007 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national sur l'initiative parlementaire « Protection de la population et de l'économie contre le tabagisme passif » : FF 2007, 5853-5880, 5865.

sauf s'ils sont accessibles au public, ce qui signifie que seuls les membres de l'association doivent y avoir accès, ou s'il servent de lieux de travail à plusieurs personnes⁷. En outre, le droit fédéral prohibe également l'abus de droit⁸. Une association constituée dans le seul but de contourner les exigences légales pourrait ainsi tout de même voir ses locaux qualifiés d'« espace accessible au public »⁹.

B. L'arrêt de principe du Tribunal du district d'Arbon (Thurgovie)

Une telle interprétation a notamment été soutenue par le Tribunal du district d'Arbon (Thurgovie) dans un arrêt confirmant une amende de 300 francs infligée à un restaurateur ayant transformé son établissement en association (sur le modèle des « Fumoär » bâlois) afin de permettre à ses clients de fumer à l'intérieur du local. Le tribunal de district a estimé que le but poursuivi par l'association était le même que celui d'un restaurant traditionnel. En effet, le local était destiné à la vente aux prix habituels du marché de boissons alcoolisées et sans alcool aux membres de l'association pour une consommation sur place¹⁰.

Les établissements d'hôtellerie et de restauration étant considérés comme des espaces accessibles au public par l'art. 1 al. 2 let. h LPTP, ils se doivent de respecter les exigences posées par la législation fédérale, et ce quelle que soit leur forme juridique. Il ne suffit ainsi pas de transformer un établissement de restauration en association et d'en réserver l'accès aux seuls membres pour échapper aux dispositions fédérales en matière de tabagisme passif. Le droit suisse ne permet pas de fonder une association si le but poursuivi est lucratif¹¹, ce qui était clairement le cas en l'espèce¹². Le Tribunal de district poursuit son analyse en relevant que le propriétaire de l'établissement a commis un abus de droit, dans la mesure où il a constitué une association dans le seul but de contourner la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif¹³. L'association fondée par le propriétaire de l'établissement en question ne possédait aucun cercle d'adhérents clairement déterminé. Chacun pouvait y adhérer en pénétrant dans le bar et en remplissant le formulaire d'adhésion, avant de s'acquitter d'une cotisation annuelle purement symbolique (CHF 10.-). L'association n'avait donc aucun contrôle sur le nombre d'adhésions, laissant ce dernier totalement ouvert.

Pour ces raisons, le Tribunal de district estime que l'établissement incriminé doit être considéré comme un **espace accessible au public**. Dès lors, le bar en question doit être soumis à la LPTP et ne peut permettre la fumée en son sein que dans les deux cas d'exceptions prévus par le droit fédéral¹⁴. L'accord des clients n'est à cet égard pas l'une des exceptions prévues par le droit fédéral. De plus, un élargissement de la liste des exceptions irait à l'encontre du sens et du but de la LPTP. Cette dernière vise effectivement à permettre aux non-fumeurs de fréquenter certains lieux déterminés (essentiellement ceux énumérés à l'art. 1 LPTP) sans être importunés par la fumée d'autrui. La nouvelle loi fédérale introduit

⁷ Voir OFSP, Foire aux questions en lien avec le tabagisme passif (consultée le 2 août 2011), réponse à la 12^e question.

⁸ Art. 2 al. 2 du Code civil du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

⁹ VINCENT MARTENET, La protection contre le tabagisme passif à l'épreuve du fédéralisme, PJA 2011, pp. 479-488, 481. Voir aussi BO CE 2008, 595 (Felix Gutzwiller): « mit Blick auf die Vorarbeiten können Gastrobetriebe nicht einfach in Clubs umgewandelt werden, solange es sich um Arbeitsplätze mit potenziellen Kundenkontakten handelt. Das ist klar in Artikel 1 festgelegt [...] ».

¹⁰ Bezirksgericht Arbon, Urteil vom 22. Juni 2011, c. 2b.

¹¹ CR CC I-JEANERET/HARI, N 4 ss ad art. 60 ; BSK ZGB I-HEINI/SCHERRER N I ss ad art. 60.

¹² Bezirksgericht Arbon, Urteil vom 22. Juni 2011, c. 3c.

¹³ Bezirksgericht Arbon, Urteil vom 22. Juni 2011, c. 3d.

¹⁴ À savoir l'aménagement d'un local fumeur aux conditions de l'art. 2 LPTP ou la création d'un établissement fumeurs aux conditions de l'art. 3 LPTP.

donc un nouveau paradigme : à la liberté de fumer s'est substituée la liberté de ne pas fumer¹⁵. Permettre aux clients d'un établissement d'hôtellerie ou de restauration de fumer sur la seule base de leur consentement conduirait à soumettre les non fumeurs à une pression sociale les poussant à renoncer à la protection contre la fumée passive, ce qui limiterait à terme considérablement leur choix de restaurants et/ou de bars à fréquenter¹⁶.

Le Tribunal du district d'Arbon conclut son analyse en relevant que ce genre de pratiques n'est pas nouveau. En effet, dans les années 70 et 80, de nombreux bars, clubs et restaurants avaient été transformés en associations afin de contourner les règles sur les patentes et les heures d'ouverture. À l'époque, le Tribunal fédéral avait déjà estimé ces pratiques abusives et les avait considérées comme étant un contournement de la loi¹⁷.

III. L'interdiction de fumer dans les cercles dans les cantons de Genève et Bâle-Ville

L'art. 4 LPTP permet aux cantons d'édicter des dispositions plus strictes, qui peuvent en particulier consister en une extension du champ d'application de l'interdiction de fumer, en une suppression ou une réduction de la faculté de créer des locaux ou des établissements fumeurs, en des exigences plus strictes relatives à ces locaux ou établissements ainsi qu'en un renforcement du devoir de diligence de l'exploitant d'un local où il est permis de fumer.

En ce qui concerne la possibilité de fumer dans les cercles, les cantons de Genève et de Bâle-Ville se distinguent par leur adoption d'un régime libéral, dans la mesure où ils autorisent la fumée dans les cercles privés à certaines conditions. Il convient donc d'analyser ces deux régimes en détail.

A. Le régime genevois

1. L'interdiction de fumer prévue par le droit genevois

L'interdiction de fumée apparaît dans le droit genevois à plusieurs niveaux de la hiérarchie des normes. L'art. 178B al. 2 et 3 de la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847¹⁸ interdit de fumer dans les lieux publics ou fermés, en particulier dans ceux soumis à une autorisation d'exploitation. De l'avis même du Tribunal fédéral, cette norme n'est pas suffisamment précise pour être directement applicable¹⁹.

Cette disposition constitutionnelle trouve sa concrétisation dans la loi genevoise du 22 janvier 2009 sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics²⁰. L'art. 2 LIF rappelle le principe de la loi en précisant qu'il est « interdit de fumer dans les lieux publics ou accessibles au public, intérieurs ou fermés », en définissant ce qu'il convient d'entendre par lieux accessibles au public et par lieux fermés (art. 2 al. 2 et 3 LIF). Le champ d'application de la loi est précisé à

¹⁵ Voir le rapport du 1^{er} juin 2007 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (n. 6), p. 5864.

¹⁶ Bezirksgericht Arbon, Urteil vom 22. Juni 2011, c. 3e.

¹⁷ ATF 102 Ia 426, c. 3b.

¹⁸ Cst. GE ; Recueil systématique genevois (RSG) A 2 00.

¹⁹ ATF 136 I 241, c. 2.3 ; ATF 133 I 110. Pour une évaluation critique de cette jurisprudence, voir : MARTENET (n. 9), p. 483.

²⁰ LIF ; RSG K I 18.

l'art. 3 LIF, largement basé sur l'art. 178B al. 3 Cst. GE. L'art. 4 LIF prévoit une série d'exceptions à l'interdiction de fumer pour différentes catégories de lieux : les lieux privatifs²¹, les cercles, les commerces spécialisés dans la vente de tabac et l'Aéroport international de Genève²².

2. Les cercles ou clubs privés

a. La notion

L'art. 4 al. 3 LIF met au bénéfice des cercles un régime juridique particulier. La notion de cercles visée par l'art. 4 al. 3 LIF est précisée par la loi du 17 décembre 1987 sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement²³. Cette dernière les définit tout d'abord comme « des établissements à caractère privé où sont servis des mets et des boissons aux membres d'associations de personnes physiques poursuivant un but idéal commun et gérés par ces derniers »²⁴. Les cercles correspondent donc peu ou prou à des *clubs privés*²⁵.

L'accès à un cercle est restreint en fonction de la vocation de celui-ci (art. 30 LRDBH et 27 al. 2 à 4 RRDBH). Par ailleurs, l'art. 38 LRDBH précise plus avant la notion de cercles. Tout d'abord, l'exploitation d'un cercle ne peut constituer le but de l'association (art. 38 al. 2 LRDBH). Un cercle ne doit en outre en aucune façon pouvoir être assimilé, confondu ou substitué à un établissement d'une autre catégorie. Enfin, l'admission de nouveaux membres dans l'association ne peut être décidée à l'entrée dans l'établissement (art. 38 al. 4 LRDBH). En outre, diverses autres restrictions spéciales pèsent sur les cercles²⁶.

Il convient enfin de préciser que l'abus de droit demeure ici aussi réservé. Un établissement de restauration qui serait prétendument exploité comme un cercle mais serait en réalité accessible au public contreviendrait aux règles de la législation cantonale sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement. Il ne devrait ainsi pas bénéficier de l'exception aménagée par l'art. 4 al. 3 LIF et devrait être régi par l'art. 4 al. 1 let. a LIF ainsi que par les art. 2 et 3 du règlement d'application relatif à la loi sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics, du 7 octobre 2009²⁷.

b. Le régime juridique applicable

Le régime juridique applicable aux cercles fait l'objet d'une série de renvois entre le droit fédéral et le droit cantonal. L'art. 4 al. 3 LIF exclut du champ d'application de la loi cantonale

²¹ Pour une analyse détaillée du régime applicable aux lieux privatifs, voir : MARTENET (n. 9), p. 483-484.

²² Pour ces deux dernières catégories, voir : MARTENET (n. 9), p. 487-488.

²³ LRDBH ; RSG I 2 21.

²⁴ Art. 17 al. 1 let. c et 38 al. 1 LRDBH ; voir aussi art. 27 al. 1 du règlement d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement, du 31 août 1988 (RRDBH ; RSG I 2 21.01).

²⁵ MARTENET (n. 9), p. 484 ; voir l'exposé des motifs du Conseil d'Etat du 29 Octobre 2008 à l'appui du projet de loi sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics (PL 10375), pp. 26 s.

²⁶ Art. 18 let. C (horaire d'exploitation maximal), 31 (interdiction de la publicité) et 32 al. 2, 2^{ème} phrase (interdiction de signaler un cercle au public par une enseigne), LRDBH ; art. 5 al. 2 (documents complémentaires à produire à l'appui d'une demande d'autorisation d'exploiter un cercle), 31 al. 2 (interdiction d'exploiter simultanément un café-restaurant et un cercle, un dancing ou un cabaret-dancing), 41 (interdiction de faire figurer les noms du propriétaire et de l'exploitant d'une cantine, d'un cercle ou d'un club sportif sur la porte de l'établissement) et 44 (obligation d'annoncer par écrit au service compétent toute modification des statuts, de la liste des membres ou de la composition du comité) RRDBH.

²⁷ RIF ; RSG K I 18.01.

les cercles à condition qu'ils respectent les conditions du droit fédéral²⁸. Les travaux préparatoires relatifs à la loi genevoise sur l'interdiction de fumer montrent que le Conseil d'Etat a voulu par là retranscrire dans la loi une exception à l'interdiction de fumer préconisée, selon lui, par le Tribunal fédéral lui-même²⁹.

Dès lors, seules les règles fédérales peuvent s'appliquer aux cercles en matière d'interdiction de fumée. Les exigences particulières du droit genevois ne sont donc pas directement applicables aux cercles qui remplissent les conditions du droit fédéral. Une interprétation tant littérale que systématique de l'art. 4 al. 3 LIF confirme cette analyse³⁰. Selon le Conseil d'Etat, les cercles peuvent donc comprendre des locaux fumeurs respectant les conditions imposées aux établissements de restauration par le droit fédéral³¹. De même, des cercles pourraient devenir des établissements fumeurs si les règles fédérales en la matière sont respectées³².

En somme, la possibilité de fumer dans les cercles genevois au sens de la loi cantonale sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement est conditionnée au respect des **conditions du droit fédéral applicables aux locaux fumeurs** (art. 2 al. 2 LPTP ainsi que 4 et 6 OPTP), **voire aux établissements fumeurs** (art. 3 LPTP ainsi que 5 et 6 OPTP). En l'état du droit cantonal et de la pratique des autorités cantonales, ils échappent en revanche aux conditions qui ne résulteraient que des articles 2 et 3 RIF. Cela suppose qu'ils soient exploités conformément aux règles de la législation cantonale sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement. Ils doivent en particulier se conformer aux restrictions d'accès prévues par les articles 30 et 38 al. 4 LRDBH ainsi que 27 RRDBH.

Enfin, une association qui se réunirait dans un local soumis à l'interdiction prévue par le droit genevois, par exemple dans un bâtiment dépendant de l'Etat ou un établissement ordinaire de restauration, ne saurait se prévaloir de l'exception prévue par l'art. 4 al. 3 LIF. Le type et l'affectation générale des locaux sont décisifs, non l'activité (réunion d'une association, par exemple) que ceux-ci abritent temporairement.

B. Le régime bâlois

1. Les principes

La législation bâloise en matière de tabagisme passif est moins dense que la législation genevoise en la matière. Bâle-Ville ne dispose effectivement d'aucune loi entièrement consacrée à la question. L'interdiction de fumer dans les lieux publics a été introduite suite à une révision de la loi sur l'industrie hôtelière (*Gastgewerbegesetz*)³³ acceptée par référendum le 28 septembre 2008 et entrée en vigueur le 1^{er} avril 2010. Le §34 de loi dispose qu'il est

²⁸ Voir l'exposé des motifs à l'appui du PL 10375 (n. 25), pp. 25-27 ; voir aussi le rapport du 6 janvier 2009 de la Commission de la santé chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics (PL 10375-A), pp. 10 s. ; voir enfin l'intervention du Conseiller d'Etat PIERRE-FRANÇOIS UNGER du 22 janvier 2009 devant le Grand Conseil au terme du premier débat sur le PL 10375-A (Mémorial du Grand Conseil, session 560404, séance 18).

²⁹ ATF 133 I 110, c. 7.4, qui évoque la possibilité de créer des « clubs privés » ; voir l'exposé des motifs à l'appui du PL 10375 (n. 25), 26 s.

³⁰ Voir MARTENET (n. 9), p. 485.

³¹ Art. 2 al. 2, 2^{ème} et 3^{ème} phrase, LPTP ainsi que 3, 4 et 6 OPTP. Voir l'exposé des motifs à l'appui du PL 10375 (n. 25), p. 27.

³² Art. 3 LPTP ainsi que 5 et 6 OPTP. Voir l'exposé des motifs à l'appui du PL 10375 (n. 25), p. 27.

³³ RS BS 563.100.

interdit de fumer dans les espaces fermés accessibles au public³⁴. Cette même disposition précise en outre que des **fumeurs** peuvent être aménagés à condition qu'ils soient séparés, disposent d'une ventilation propre et qu'aucun service n'y soit dispensé³⁵.

La notion d'espace fermé accessible au public est précisée par le §16 de l'ordonnance relative à la loi sur l'industrie hôtelière³⁶ (*Verordnung zum Gastgewerbegesetz*). Aux termes de cette disposition, un espace est considéré comme accessible au public lorsque chacun peut y pénétrer, en particulier pour y consommer sur place des mets et/ou des boissons³⁷.

L'interdiction de fumer prévue par le droit bâlois s'applique à toutes les exploitations soumises à autorisation par la loi sur l'industrie hôtelière. L'exploitation d'un cercle ou d'un club privé est soumise à autorisation en vertu du §12 de la loi sur l'industrie hôtelière, qui s'applique aux cercles et clubs proposant à leurs membres un choix restreint de mets simples sans préparation culinaire spéciale ou de boissons à consommer sur place et qui restent ouverts jusqu'à quatre jours par semaine, à raison de 6 heures par jour maximum et au plus tard jusqu'à minuit. L'exploitation d'un cercle qui aurait l'aspect d'une activité économique indépendante exercée en vue d'obtenir un revenu fixe et durable n'est en revanche pas autorisée³⁸. Une telle exploitation serait plutôt considérée comme une entreprise de restauration (*Restaurationsbetrieb*) au sens du §11 de la loi sur l'industrie hôtelière.

Contrairement au droit genevois, la législation bâloise n'exclut pas expressément les cercles de l'interdiction de fumer. Cependant, comme l'ont précisé les autorités bâloises, l'interdiction de fumer vise uniquement les espaces fermés *accessibles au public* des établissements soumis à loi sur l'industrie hôtelière³⁹. De l'avis des autorités bâloises, il était donc permis de fumer dans les locaux de cercles qui remplissent les conditions du droit bâlois et de la loi fédérale. De tels locaux devaient donc **n'être accessibles qu'aux seuls membres de l'association** – exigence découlant tant du droit fédéral (art. 1 al. 1 LPTP) que du droit bâlois (§34 *Gastgewerbegesetz*) – et **ne pas servir de lieu de travail à plusieurs personnes** (art. 1 al. 1 LPTP)⁴⁰. Cette conception libérale permettait même la création de « restaurants non accessibles au public » (*Vereins-Lösung*)⁴¹.

³⁴ §34 *Gastgewerbegesetz* : « In öffentlichen zugänglichen Räumen ist das Rauchen verboten ».

³⁵ À ce sujet, voir BAU- UND VERKEHRSDÉPARTEMENT DES KANTONS BASEL-STADT, Merkblatt « Schutz vor Passivrauchen » im *Gastgewerbe*, réponse à la question 6 et §16 al. 2 de l'ordonnance relative à la loi sur l'industrie hôtelière.

³⁶ RS BS 563.110

³⁷ §16 al. 1 *Verordnung zum Gastgewerbegesetz* : « Öffentlich zugänglich ist ein Raum, der von jedermann insbesondere zum Zweck des entgeltlichen Erwerbs von Speisen und/oder Getränken zum Konsum an Ort und Stelle betreten darf ».

³⁸ §12 al. 1 2^e phrase *Gastgewerbegesetz* : « Eine Betriebsführung, die eine selbständige und auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, ist nicht gestattet ».

³⁹ BAU- UND VERKEHRSDÉPARTEMENT DES KANTONS BASEL-STADT (n. 35), réponse à la question 1.

⁴⁰ BAU- UND VERKEHRSDÉPARTEMENT DES KANTONS BASEL-STADT (n. 35), réponse à la question 9.

⁴¹ BAU- UND VERKEHRSDÉPARTEMENT DES KANTONS BASEL-STADT, Communiqué de presse du 31 mars 2010, *Schutz vor Passivrauchen* : Basel hat eine liberale Umsetzung : « In Basel-Stadt führt dies dazu, dass in Gastwirtschaften ab 1. April 2010 nur noch in unbedienten Fumoirs sowie in nicht öffentlichen zugänglichen Restaurants (*Vereins-Lösung*) geraucht werden darf. Ab 1. Mai 2010 [date de l'entrée en vigueur de la LPTP] gilt Letzteres nur, sofern diese nicht mehr als eine Arbeitnehmerin bzw. einen Arbeitnehmer beschäftigen ».

2. La solution mise en place par l'association « Fūmoar » et la réaction des autorités

Dès avril 2010, plusieurs restaurateurs bâlois créèrent l'association « Fūmoar » qui regroupe 167 établissements au 21 juillet 2011⁴². Chaque membre de l'association peut, sur présentation de sa carte de membre, pénétrer dans l'un des établissements pour y fumer et y consommer des mets ou des boissons. L'adhésion à l'association doit se faire spontanément et dès l'entrée dans l'établissement, contre le paiement d'une cotisation annuelle de 10 CHF ou d'une cotisation mensuelle de 3 CHF⁴³.

Les autorités bâloises n'ont pas réagi pendant plusieurs mois. Le 30 juin 2011, le Département de l'économie, des affaires sociales et de l'environnement a toutefois débouté deux établissements membres de l'association « Fūmoar » qui recouraient contre une constatation des services de l'inspection du travail concluant à la violation des dispositions cantonales et fédérales en matière de protection contre le tabagisme passif. Les recourants affirmaient que l'entrée dans leur établissement étant réservée aux seuls membres de l'association, leurs locaux ne pouvaient pas être considérés comme accessibles au public et ne tombaient ainsi pas dans le champ d'application du §34 de la loi sur l'industrie hôtelière. Dans sa décision, le Département de l'économie, des affaires sociales et de l'environnement rejette cet argument, en affirmant que les locaux concernés doivent être considérés comme accessibles au public, dans la mesure où le cercle des adhérents est en pratique illimité et que l'association « Fūmoar » n'a aucun contrôle sur le nombre d'adhésions. De plus, la décision du Département de l'économie, des affaires sociales et de l'environnement affirme que le but de l'association « Fūmoar » est de contourner les dispositions sur l'interdiction de fumer⁴⁴, ce qu'avait déjà constaté le tribunal du district d'Arbon (TG) une semaine auparavant dans une affaire similaire (cf. *supra* II.B). De surcroît, les locaux des deux établissements déboutés employaient plusieurs personnes, ce qui était à ce titre contraire à la législation fédérale (art. 1 al. 1 LPTP). Il faut relever que cette décision ne signifie pas qu'il est désormais totalement interdit de fumer dans les cercles dans le canton de Bâle-ville. Conformément aux termes de la décision, il faut que l'association souhaitant exploiter un cercle ait un **contrôle effectif sur le nombre d'adhésions**. Pour cela, les conditions d'adhésions doivent être définies avec précision. De même, le **but poursuivi par l'association doit s'avérer suffisamment précis et légitime** pour qu'il ne puisse pas être considéré comme un simple « contournement » de la législation en vigueur.

À la suite de cette décision, le Département des constructions et de la circulation a adressé une lettre aux établissements affiliés à l'association Fūmoär. Celle-ci précise que les locaux fumeurs basés sur le modèle de l'association « Fūmoär » seront désormais considérés comme illégaux et que la pratique allait désormais être adaptée. La communication s'appuie notamment sur la décision du tribunal du district d'Arbon, qui n'est pourtant pas juridiquement contraignante dans le canton de Bâle-Ville⁴⁵. Elle enjoint les établissements

⁴² Liste des établissements affiliés accessible à l'adresse suivante : <<http://www.fumoar-basel.ch/cms/attachments/article/33/Mitgliederliste%20per%202011.07.2011.pdf>>.

⁴³ Selon les statuts de l'association « Fūmoar », l'adhésion revient à renoncer à la protection contre la fumée passive. Cf. art. 13 des statuts de l'association « Fūmoär », disponible sur internet : <<http://www.fumoar-basel.ch/cms/attachments/article/19/Statuten%20rev.28.02.2011.pdf>>.

⁴⁴ DEPARTEMENT FÜR WIRTSCHAFT, SOZIALES UND UMWELT DES KANTONS BASEL-STADT, Communiqué de presse du 30 juin 2011, « Fūmoar »-Beschwerden abgewiesen.

⁴⁵ Voir en ce sens l'interpellation au Grand Conseil bâlois du député ANDRE AUDERSET du 1 juillet 2011, n°11.5207. L'interpellation est à ce jour encore pendante.

concernés à s'adapter à ce nouveau régime, sous peine de sanctions pécuniaires⁴⁶. Les petits établissements, inférieurs à 80 m² sont quant à eux exemptés jusqu'à la votation du 27 novembre 2011 sur l'initiative populaire « JA zum Nichtraucherschutz ohne kantonale Sonderregelung ». Comme son intitulé l'indique, cette initiative vise à abolir le régime cantonal actuellement en vigueur, afin de s'en tenir uniquement à la solution préconisée par le droit fédéral. Si l'initiative est acceptée, les établissements bâlois auront la possibilité de se transformer en établissements fumeurs s'ils remplissent les conditions prescrites par le droit fédéral (art. 3 LPTP ainsi que 5 et 6 OPTP). En revanche, si l'initiative venait à être refusée, tous les établissements seraient soumis à l'interdiction de fumer, le droit bâlois ne prévoyant aucune possibilité d'exploiter un établissement fumeurs, quelle que soit leur taille⁴⁷. L'installation d'un fumoir restera cependant possible (cf. *supra* III.B.1).

IV. Conclusion

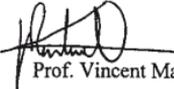
La protection contre le tabagisme passif donne lieu à une **articulation délicate** entre le droit fédéral et le droit cantonal, à tout le moins dans les cantons qui se sont dotés d'une législation dans ce domaine. Les cantons sont expressément habilités par l'article 4 LPTP à édicter, pour la protection de la santé, des dispositions plus strictes que celles en vigueur sur le plan fédéral. Ces dispositions peuvent en particulier étendre le champ d'application de l'interdiction, renforcer l'interdiction ou poser des conditions plus strictes quant aux locaux ou aux établissements fumeurs.

Tant les cantons de Genève et Bâle-Ville s'en sont tenus au **régime fédéral** s'agissant des cercles privés servant de lieux de travail à plusieurs personnes. Ces cercles peuvent comporter un local pour les fumeurs ou, dans le canton de Genève et de manière temporaire dans celui de Bâle-Ville, être convertis en établissements fumeurs, pour autant que les conditions fixées par la législation fédérale soient respectées (art. 2 et 3 LPTP ainsi que 4-6 OPTP).

Le Tribunal du district d'Arbon (Thurgovie) et les autorités de Bâle-Ville ont, à juste titre, réagi contre des tentatives de contournement des exigences résultant du droit fédéral. Ainsi, la création de clubs dits privés, mais en réalité largement ouverts au public ne représente pas une solution permettant d'échapper à l'application du droit fédéral et des éventuelles règles cantonales plus strictes.

* * *

Ainsi fait à Lausanne, le 6 septembre 2011


Prof. Vincent Martenet


Théophile von Büren

Annexe : Communiqués de presse du 30 juin 2011 des autorités du canton de Bâle-Ville

⁴⁶ BAU- UND VERKEHRSDEPARTEMENT DES KANTONS BASEL-STADT, Communiqué de presse du 30 juin 2011, Fūmoar-Lokale sind nicht mehr zulässig.

⁴⁷ BAU- UND VERKEHRSDEPARTEMENT DES KANTONS BASEL-STADT (n. 35), réponse à la question 7.

Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt

Medienmitteilung vom 30.06.2011 (09:58)

"Fümoar"-Beschwerden abgewiesen

Das Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt (WSU) hat heute die Beschwerden von zwei dem Verein "Fümoar" angeschlossenen Gastgewerbebetrieben abgewiesen und festgestellt, dass in ihren Lokalen ein Rauchverbot gilt.

Im vergangenen Jahr hatte das Arbeitsinspektorat festgestellt, dass in beiden Lokalen, einem Restaurant und einer Diskothek, die Bestimmungen zum Schutz vor Passivrauchen nicht eingehalten werden. Die Betriebe wurden deshalb zum Schutz ihrer Angestellten verpflichtet, den rechtmässigen Zustand herzustellen. Die beiden dem Verein "Fümoar" angehörenden Betriebe wehrten sich dagegen mit einer Beschwerde.

Die Beschwerdeführer machten im Wesentlichen geltend, es handle sich um nicht öffentliche Lokale, da nur Mitglieder des Vereins "Fümoar" Zutritt hätten und bedient würden. Das im kantonalen Gastgewerbegesetz vorgesehene Rauchverbot für öffentliche Lokale sei deshalb nicht anwendbar. Ferner verstosse das kantonale Recht gegen Bundesrecht.

Gemäss den nun vorliegenden Entscheiden kann dieser Argumentation nicht gefolgt werden. Die beiden Lokale seien vielmehr als öffentlich zu betrachten, da nach dem "Fümoar"-Modell der Kreis möglicher Gäste praktisch unbegrenzt sei und der Verein "Fümoar" denn auch keine Kontrolle über den genauen Mitgliederbestand habe. Die Ausgestaltung des "Fümoar"-Modells zeige klar, dass eine Umgehung des Gastgewerbegesetzes beabsichtigt werde. Auch das Argument der Bundesrechtswidrigkeit sei unzutreffend, weil aufgrund der Entstehungsgeschichte des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen und nach der Bundesgerichtspraxis weitergehende kantonale Bestimmungen zum Schutz der Gesundheit bundesrechtlich zulässig seien. Das Gastgewerbegesetz sei deshalb anwendbar und die Lokale seien somit rauchfrei zu halten.

Aber selbst wenn die Betriebe als nicht öffentlich zu qualifizieren wären, würde dies am Ergebnis nichts ändern. Das Rauchverbot ergäbe sich dann direkt aus dem Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen. Dieses verbietet das Rauchen nämlich auch in nicht öffentlichen Räumen, wenn diese mehr als einer Person als Arbeitsplatz dienen. In beiden betroffenen Lokalen sind aber jeweils mindestens zwei Personen gleichzeitig tätig.

Da es sich bei den beiden Beschwerden um sogenannte Pilotfälle handelt, werden die zuständigen Behörden nun auch in gleichgelagerten Fällen das Rauchverbot durchsetzen.

*

Bau- und Verkehrsdepartement

Medienmitteilung vom 30.06.2011 (11:00)

Fümoar-Lokale sind nicht mehr zulässig

Kleine Raucherlokale weiterhin toleriert bis zur Abstimmung im November

Nach dem Urteil des Bezirksgerichts Arbon von letzter Woche erachtet das Bau- und Verkehrsdepartement das sogenannte „Fümoar-Modell“, wonach gewisse Lokale das Rauchen gestatten, als nicht mehr zulässig. Zum selben Schluss gelangt heute auch das Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt. Hans-Peter Wessels informiert die betreffenden Lokale heute schriftlich über die Anpassung der Praxis.

Heute hat das Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt in zwei Entscheiden festgestellt, dass Restaurants nach dem Modell "Fümoar" unzulässig sind. Dieses Vereinsmodell wird als Umgehung des Schutzes vor Passivrauchen qualifiziert. Zum gleichen Schluss kam vergangene Woche schon das Bezirksgericht Arbon. Darüber informiert der Vorsteher des Bau- und Verkehrsdepartements, Hans-Peter Wessels, die Betreiberinnen und Betreiber solcher Lokale heute in einem Brief und teilt ihnen mit, dass das BVD die bisherige Vollzugspraxis entsprechend anpasst. Diejenigen Betriebe, die weiterhin das Rauchen zulassen, müssen in Zukunft mit kostenpflichtigen Verwarnungen rechnen. Der Brief wird auch auf der Homepage des Bau- und Verkehrsdepartements veröffentlicht.

Am 27. November 2011 wird über die kantonale Volksinitiative „JA zum Nichtraucherchutz ohne kantonale Sonderregelung!“ abgestimmt. Diese verlangt, dass in Basel-Stadt die Regelung des Bundes übernommen wird, wonach kleine Lokale bis maximal 80m2 Grösse als Raucherbetriebe zugelassen werden können. Bis zur Abstimmung verzichtet das Bau- und Verkehrsdepartement deshalb darauf, solchen kleinen Betrieben kostenpflichtige Verwarnungen zuzustellen.

Die angepasste Vollzugspraxis in Basel entspricht weitgehend der Bundeslösung und damit auch der vom Wirtverband Basel-Stadt lancierten Initiative. Sollte die Initiative im November abgelehnt werden, müssen auch alle kleinen Gastwirtschaften auf einen rauchfreien Betrieb umstellen.

Date de dépôt : 15 novembre 2011

RAPPORT DE LA MINORITÉ

Rapport de M. Pascal Spuhler

Mesdames et
Messieurs les députés,

Cette pétition, pour laquelle une petite majorité (5 oui, 3 non et 3 abstentions) de la commission demande le dépôt sur le Bureau du Grand Conseil, a soulevé des débats passionnés et en soulèvera probablement encore bien d'autres. Cette polémique se poursuivra si le Grand Conseil et le Conseil d'Etat ne décident pas de se pencher réellement et intelligemment sur la question en essayant de trouver une réponse et une solution qui puissent satisfaire l'ensemble de la population, c'est-à-dire une réelle majorité de nos concitoyens et non pas le 80 % des votants. Il convient de rappeler que ceux-ci ne représentent, en fait, que la partie de la population qui a daigné aller voter. Personne, je l'espère, ne se satisfera des méfaits de l'abstentionnisme pour la démocratie.

Mais ceci dit, les citoyens ont voté. Nous nous devons de respecter la volonté populaire et, bien évidemment, ceux qui n'ont pas rempli leurs devoirs civiques ne peuvent réclamer.

Pourtant, on peut se poser une question. Comment faire pour satisfaire tout le monde, en particulier des demandes légitimes et constructives ? Ceci devrait et doit être l'une de nos principales préoccupations vis-à-vis de nos concitoyens. En effet, chaque décision sur le sujet de la fumée passive passe à une très courte majorité, comme nous le rappelait très bien M. Unger lors de son audition à la Commission des pétitions en nous indiquant que ***la loi a été votée par le Grand Conseil à une modeste majorité.***

On relèvera que cette loi, qui a pour but principal de protéger les non-fumeurs, a quelques effets collatéraux :

- entrave aux libertés de tout un chacun en imposant des interdictions avec sanctions pénales en cas d'infraction ;
- mort de commerces tels que le « petit café du coin » qui fonctionnait grâce à un certain nombre d'habituez venant boire leurs verres, lire le

journal et fumer leurs cigarettes, mais qui maintenant ne viennent plus ou moins souvent ;

- forte nuisance pour le voisinage des bars et des discothèques qui doit subir les discussions animées, jusqu'à tard dans la nuit, de la clientèle obligée de fumer à l'extérieur de l'établissement ;
- nuisance toujours pour le voisinage de certains lieux publics, qui doit supporter la vue de centaines de mégots qui s'amoncellent sur la voie publique ;
- impact financier non négligeable pour les entreprises qui doivent laisser sortir leurs fumeurs puisque ceux-ci ne peuvent plus fumer leurs « clopes » dans les locaux ;
- on peut se demander aussi combien coûtent aux contribuables les milliers de fonctionnaires fumant « l'herbe à Nico » pendant les heures de service devant les édifices de l'administration publique.

On l'aura compris, si cette loi voulait apporter des effets bénéfiques pour la santé publique, elle n'a pas amené que des avantages.

La Commission des pétitions a étudié attentivement cette pétition. Tout d'abord, quant à savoir si nous devons la traiter nous-mêmes ou la renvoyer à une commission spécialisée, il nous a paru plus neutre de le faire nous-mêmes puisque la Commission de la santé s'était déjà prononcée deux fois sur le sujet.

Des différentes auditions effectuées ressortent quelques points qu'il nous paraît important de relever afin d'essayer de comprendre comment satisfaire tout le monde.

Tout d'abord, se posent les problèmes d'aménagement public. La loi dit qu'il est formellement interdit de fumer dans un lieu public, comme les administrations mais aussi les établissements publics (cafés, restaurants, bars, discothèques, etc.). On peut facilement comprendre que les administrations soient un espace non-fumeur ; en effet, en général on s'y rend par obligation, contrairement à un établissement public où entre qui le veut bien. Afin de protéger le personnel, la loi a donc créé une exception : le fumoir. Mais celui-ci est soumis à de telles conditions d'autorisation que, plus de trois ans après l'entrée en vigueur de la loi, il existe uniquement une quarantaine de fumoirs sur plus de 5 000 établissements publics.

Aujourd'hui les « accros » du tabac fument tous à l'extérieur. Toujours selon M. Unger : « Une étude a été menée quatorze mois après l'entrée en vigueur de la loi et elle démontre une diminution de 7% d'infarctus et d'angines de poitrine, et une diminution de 1,19% d'insuffisance respiratoire,

ce qui correspond à 2000 jours d'hospitalisation ». Est-ce que ces experts ont calculé l'augmentation du nombre de gripes, rhumes et autres maladies que les fumeurs attrapent au froid en voulant protéger les autres de leurs volutes de fumées ? S'ils sont tous dehors c'est bien parce qu'il manque de fumoirs.

Quand on se promène en ville on voit bien, devant les bistrotts, les magasins et les bâtiments administratifs, ces fumeurs de cigarettes agglutinés autour d'un cendrier, **quand il y en a un !** Cette situation provoque au moins deux formes de désagréments : des mégots qui traînent dans tous les coins et des odeurs de fumée qui remontent chez les voisins du dessus.

Toutes ces nuisances devraient nous faire réfléchir. Comment éventuellement améliorer le règlement d'application, faciliter les fumoirs, aménager des lieux fumeurs et pourquoi pas, puisque la législation fédérale le permet, autoriser les établissements publics de moins de 80 m² à choisir d'être fumeurs ou non-fumeurs ?

Il y a bien les cercles privés qui peuvent faire partie des exceptions, mais là aussi les démarches et les conditions sont très compliquées, alors qu'à Bâle ce genre de cercles sont devenus très en vogue.

En conclusion, il nous paraît important et possible de ménager une place pour les fumeurs tout en respectant la volonté populaire. Cette loi et son règlement d'application amènent des inégalités de traitement au niveau des commerces, tout en créant également un grand nombre de nuisances supplémentaires.

Cette loi est plus restrictive que la loi fédérale. C'est pourquoi la minorité de la Commission des pétitions demande le renvoi de la pétition P 1772 au Conseil d'Etat afin d'étudier des mesures d'assouplissement de la loi tout en respectant la volonté populaire.