

Date de dépôt: 11 janvier 2006

Messagerie

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 »

- | | |
|---|-----------------|
| 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 contreprojet, au plus tard le | 26 avril 2007 |
| 5. En cas d'opposition d'un contreprojet, adoption par le Grand Conseil du contreprojet, au plus tard le | 26 avril 2008 |

Mesdames et
Messieurs les députés,

Le Conseil d'Etat a constaté l'aboutissement de cette initiative par un arrêté du 12 octobre 2005, publié dans la feuille d'avis officielle du 26 octobre 2005. De cette date courent une série de délais successifs qui définissent les étapes de la procédure en vue d'assurer le bon exercice des droits populaires.

Le premier de ces délais a trait au débat de préconsultation, qui doit intervenir dans un délai de trois mois suivant la publication de la constatation de l'aboutissement de l'initiative, conformément à l'article 119A de la loi portant règlement du Grand Conseil, du 13 septembre 1985 (B 1 01). En l'espèce, ce délai parviendra à échéance le 26 janvier 2006, si bien que le Grand Conseil devra traiter cet objet au plus tard le premier jour de sa session des 26 et 27 janvier 2006. C'est en vue de ce débat que le Conseil d'Etat vous soumet le présent rapport.

A. VALIDITÉ DE L'INITIATIVE

1. Recevabilité formelle

1.1. Unité de la matière

L'exigence d'unité de la matière découle de la liberté de vote et, en particulier, du droit à la libre formation de l'opinion des citoyens et à l'expression fidèle et sûre de leur volonté, au sens de l'article 34, alinéa 2 de la Constitution fédérale. Cette exigence interdit de mêler, dans un même objet soumis au peuple, plusieurs propositions de nature ou de but différents, qui forceraient ainsi le citoyen à une approbation ou à une opposition globales, alors qu'il pourrait n'être d'accord qu'avec une partie des propositions qui lui sont soumises¹. Il doit ainsi exister, entre les diverses parties d'une initiative soumise au peuple, un rapport intrinsèque ainsi qu'une unité de but, c'est-à-dire un rapport de connexité qui fasse apparaître comme objectivement justifiée la réunion de plusieurs propositions en une seule question soumise au vote². Ce principe est rappelé à l'article 66, alinéa 2 de la Constitution genevoise.

En l'occurrence, l'initiative, qui se compose d'un article de trois alinéas, entend réglementer l'usage du tabac dans les lieux publics en l'interdisant (al. 2 et 3). Elle confie par ailleurs au Conseil d'Etat le soin de prendre des

¹ ATF 131 I 126 cons. 5.2; 130 I 185; 129 I 366 cons. 2, très complet au sujet des règles régissant l'unité de la matière.

² ATF 130 I 185 cons. 3 et 129 I 381 cons. 2.1, avec références.

mesures contre l'exposition à la fumée du tabac (al. 1); vu l'interdiction étendue posée par les deux autres alinéas de l'article projeté, ces mesures devraient surtout consister à édicter, le cas échéant, des dispositions d'application du texte constitutionnel. On constate dès lors que les diverses parties de l'initiative ont entre elles un rapport intrinsèque et une indéniable unité de but, si bien que le principe de l'unité de la matière est respecté.

1.2 Unité de la forme

En vertu de l'article 66, alinéa 1, de la Constitution genevoise, le Grand Conseil déclare nulle l'initiative qui ne respecte pas l'unité de la forme.

Les initiants doivent ainsi choisir la voie de l'initiative non formulée ou de l'initiative rédigée de toutes pièces, mais ne peuvent mélanger ces deux types d'initiatives.

En l'espèce, l'initiative se présente comme une initiative entièrement rédigée, dont le texte peut s'insérer directement dans un acte législatif déjà existant.

Le principe de l'unité de la forme est dès lors respecté.

1.3 Unité du genre

Le principe de l'unité du genre, ou unité de rang, est posé par l'article 66, alinéa 1 de la Constitution genevoise, et veut que l'initiative soit de rang législatif ou constitutionnel, mais ne mélange pas ces deux échelons normatifs. Selon le Tribunal fédéral, cette règle découle du principe de la liberté de vote : le citoyen doit en effet 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 questions³.

En l'espèce, l'IN 129 se présente sous la forme d'une loi constitutionnelle uniquement. Le principe de l'unité de genre est dès lors respecté.

2. Recevabilité matérielle

2.1 Conformité au droit supérieur

2.1.1 Principes

A teneur de l'art. 66 al. 3 de la Constitution genevoise (ci-après : Cst. GE), le Grand Conseil déclare partiellement nulle l'initiative dont une partie

³ ATF 130 I 185 cons. 2.1, avec références.

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.

Cette disposition de la Constitution cantonale codifie les principes généraux en matière de droits politiques, tels que dégagés par la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour lequel les initiatives populaires cantonales ne doivent rien contenir de contraire au droit supérieur, qu'il soit international, fédéral ou intercantonal⁴. Cette règle découle notamment du principe de la primauté du droit fédéral prévue à l'art. 49 Cst.

Toujours selon la jurisprudence, l'autorité appelée à statuer sur la validité matérielle d'une initiative doit en interpréter les termes dans le sens le plus favorable aux initiants. Lorsque, à l'aide des méthodes reconnues, le texte d'une initiative se prête à une interprétation la faisant apparaître comme conforme au droit supérieur, l'initiative doit être déclarée valable et être soumise au peuple. L'interprétation conforme doit permettre d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidité⁵.

De manière plus générale, pour juger de la validité matérielle d'une initiative, il convient d'interpréter son texte sur la base des principes d'interprétation reconnus. On doit se fonder au premier chef sur la teneur littérale de l'initiative, sans toutefois écarter complètement la volonté subjective des initiants. Une motivation éventuelle de la demande d'initiative, ainsi que des déclarations des initiants peuvent en effet être prises en considération. Parmi les diverses méthodes d'interprétation, on doit privilégier celle qui d'une part correspond le mieux au sens et au but de l'initiative et conduit à un résultat raisonnable, et d'autre part apparaît, dans le cadre de l'interprétation conforme, la plus compatible avec le droit supérieur fédéral et cantonal⁶.

2.1.2 *Compétences constitutionnelles et droit dérivé*

2.1.2.1 En matière de santé

Dans le domaine de la santé, l'essentiel des compétences appartient aux cantons. En effet, la Confédération ne dispose que d'une compétence⁷ sectorielle dans ce domaine. En effet, l'art. 118 Cst. ne lui permet de légiférer

⁴ Pour des cas d'application récents, voir les ATF 130 I 134 (initiative cantonale appenzelloise *«pour 12 dimanches sans voitures»*) et 1P.383/2004 du 23 décembre 2004 (initiative cantonale vaudoise *«pour une caisse vaudoise d'assurance maladie de base»*).

⁵ ATF 128 I 190 cons. 4; 125 I 227 cons. 4a.

⁶ ATF 129 I 392 cons. 2.2 (traduction libre).

⁷ Concurrente non limitée aux principes.

qu'en matière d'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 (art. 118 al. 2 lit. a Cst.), en matière de lutte contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses de l'être humain et des animaux (art. 118 al. 2 lit. b Cst.), et en matière de protection contre les rayons ionisants (art. 118 al. 2 lit. c Cst.)⁸.

Bien que la législation sur les denrées alimentaires contienne des prescriptions sur le tabac⁹, il est admis que l'art. 118 al. 2 lit. a Cst. ne constitue pas une base permettant à la Confédération de légiférer en matière de tabagisme passif¹⁰, dans la mesure notamment où la Constitution vise par cette disposition la protection des consommateurs, qui ne peuvent être ici que les fumeurs actifs¹¹.

En revanche, l'art. 118 al. 2 lit. b constitue une base constitutionnelle permettant à la Confédération de légiférer afin de lutter contre le tabagisme passif, dans la mesure où une telle lutte permettrait de diminuer des affections très répandues et potentiellement mortelles, telles que les maladies cardio-vasculaires et le cancer¹². La Confédération n'a toutefois encore pris aucune mesure législative dans le domaine considéré sur la base de cette

⁸ Sur la base de sa compétence issue de l'actuel art. 95 Cst. (réglementation des professions libérales), la Confédération a également légiféré (dès le XIX^e siècle) sur les professions médicales.

⁹ Voir not. l'art. 13 de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (RS 817.0; LDAI), et l'Ordonnance sur les produits du tabac et les produits contenant des succédanés de tabac destinés à être fumés, du 27 octobre 2004 (RS 817.06; OTab).

¹⁰ Tobias JAAG / Markus RÜSSELI, *Rechtsgutachten zur Verfassungs-mässigkeit einer Gesetzgebung des Bundes zum Schutz vor Passivrauchen*, avis du 26 avril 2005, 12; OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE (OFJ), *avis de droit du 8 mai 2003*, JAAC 68.81, point II.2.a.

¹¹ Par ailleurs, la possibilité de légiférer sur le tabagisme passif sur la base de l'art. 74 Cst. (protection de l'environnement) est controversée; dans les deux avis de droit précités, l'OFJ défend une interprétation plus restrictive de cet article que JAAG / RÜSSELI, qui acceptent l'idée d'une compétence sur cette base (malgré des réserves). Il apparaît toutefois que l'art. 118 Cst. fournit une base plus solide, notamment en ce qui concerne l'intérêt public de mesures restrictives, parce que l'atteinte à la santé provoquée par le tabac est plus grave et importante que l'atteinte à l'environnement (qui devrait du reste entraîner des restrictions d'usage de tous les types de fumées, et donc des mesures qui ne pourraient pas être axées uniquement sur la fumée du tabac et de ses succédanés).

¹² JAAG / RÜSSELI, *op. cit.* (note 10), 13; OFJ, *op. cit.* (note 10), II.2.b.

compétence spécifique. Un tel processus est toutefois en cours, deux objets parlementaires portant sur ce sujet étant actuellement en cours de traitement.

Tout d'abord, un postulat déposé par la Commission de l'économie et des redevances le 9 juillet 2002¹³ a été adopté par le Conseil national le 25 septembre 2002, suite à la déclaration du Conseil fédéral du 11 septembre 2002 selon laquelle il était prêt à accepter le postulat. Ce dernier n'a cependant pas encore été concrétisé. Ensuite et surtout, une initiative parlementaire¹⁴ a été déposée le 8 octobre 2004 par le conseiller national Felix Gutzwiller, initiative à laquelle les commissions compétentes des deux chambres fédérales ont décidé de donner suite¹⁵.

Par ailleurs, la Confédération a signé, le 24 juin 2004, la Convention-Cadre pour la lutte antitabac, premier traité multilatéral à être adopté sous l'égide de l'Organisation mondiale de la santé (OMS). L'art. 8 (*«Protection contre l'exposition à la fumée du tabac»*) de la Convention-Cadre a la teneur suivante: *«Les Parties reconnaissent qu'il est clairement établi, sur des bases scientifiques, que l'exposition à la fumée du tabac entraîne la maladie, l'incapacité et la mort (ch. 1); 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 (ch. 2)»*. La Suisse n'a toutefois pas encore ratifié ce texte¹⁶, si bien que celui-ci n'est pas entré dans l'ordre juridique interne national, et n'y a pas force obligatoire.

La Confédération n'ayant pas encore fait usage de sa compétence résultant de l'art. 118 Cst., le canton peut légiférer dans le domaine de la protection de la santé des fumeurs passifs en général sans violer la répartition des compétences opérée par la Cst. En effet, tant que la Confédération n'épuise

¹³ «Protection des fumeurs passifs»; 02.3379.

¹⁴ «Protection de la population et de l'économie contre le tabagisme passif»; 04.476.

¹⁵ Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil national, 28 avril 2005; du Conseil des Etats, 30 août 2005 (pour cette dernière commission, l'information sur la décision de donner suite à l'initiative parlementaire émane de sources privées, le site du parlement ne la relayant pas encore).

¹⁶ Qui par ailleurs n'est, clairement, pas directement applicable, dès lors que le texte implique l'adoption de mesures législatives par les Etats parties.

pas l'une de ses compétences, les cantons restent compétents pour légiférer en la matière¹⁷.

2.1.2.2 En matière de protection des travailleurs

Selon l'art. 110 al. 1 lit. a Cst., la Confédération peut légiférer sur la protection des travailleurs. La Confédération a utilisé cette compétence en édictant la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce¹⁸ et ses ordonnances d'application.

La protection de la santé des travailleurs fait l'objet notamment de l'art. 6 LTr, dont l'al. 1 a la teneur suivante: *«Pour protéger la santé des travailleurs, l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise. Il doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs»*. Sur la base de cet article, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail¹⁹, qui est la seule à contenir une prescription relative à l'usage du tabac dans les entreprises. L'art. 19 OLT 3, intitulé *«Protection des travailleurs non-fumeurs»*, prescrit ainsi que *«l'employeur doit veiller, dans le cadre des possibilités de l'exploitation, à ce que les travailleurs non-fumeurs ne soient pas incommodés par la fumée d'autres personnes»*. On constate d'une part que les travailleurs fumeurs (notion qui reste indéfinie) ne sont pas protégés contre un surcroît de substances tabagiques provenant de la fumée passive, et d'autre part qu'aucune mesure précise n'est imposée pour protéger les non-fumeurs, l'employeur devant trouver lui-même des solutions pour régler ce problème.

Dès lors, outre le fait que la Confédération ne puisse être considérée comme ayant légiféré exhaustivement et donc réellement épuisé sa compétence, il faut constater que les mesures préconisées par l'initiative vont dans le sens de la législation fédérale – qui vise la protection des travailleurs non-fumeurs – et la renforcent. Dans un arrêt encore récent rendu à propos de mesures restrictives visant la publicité en faveur des boissons alcooliques et du tabac, le Tribunal fédéral a admis que *«dans la mesure où l'art. 9 al. 2 LPR/GE se limite à réglementer l'emplacement sur la voie publique, ainsi que sur la propriété privée qui est visible depuis celle-ci, des procédés de*

¹⁷ Ulrich HÄFELIN / Walther HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 6^e éd., Zurich 2005, par. 1092; Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Berne 1999, par. 980.

¹⁸ Loi sur le travail (RS 822.11; LTr).

¹⁹ RS 822.113; OLT 3.

*réclame pour l'alcool et le tabac sans entraver les objectifs poursuivis par le droit fédéral, mais, au contraire, en renforçant la prévention dans la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, on ne saurait dire qu'elle viole le principe de la force dérogatoire du droit fédéral*²⁰. En l'état actuel²¹, il ne peut dès lors y avoir conflit de règles entre l'IN 129 et l'art. 19 OLT3 dans un sens qui soit prohibé par la primauté du droit fédéral, telle que consacrée à l'art. 49 Cst.

2.1.2.3 En matière d'ordre intérieur des bâtiments publics

L'ordre intérieur des bâtiments publics se rattache à la gestion du patrimoine administratif de l'Etat, et relève de l'organisation interne des collectivités publiques. Il existe ainsi entre les cantons et la Confédération une compétence dite parallèle, chaque collectivité étant compétente pour administrer son propre patrimoine²². Le canton de Genève ne peut dès lors pas imposer de règlement intérieur aux immeubles appartenant à la Confédération²³.

Par ailleurs, la Confédération est compétente dans certains domaines lui donnant indirectement le pouvoir de régler l'ordre intérieur de certains bâtiments publics affectés à des tâches spécifiques. Ainsi le règlement intérieur des gares relève-t-il d'une compétence fédérale²⁴ – par le biais des

²⁰ ATF 128 I 295 cons. 3f.

²¹ On peut en effet se demander, au cas où la Confédération complèterait l'OLT3 en édictant des mesures plus spécifiques (ou adopterait des règles sur la base de l'art. 118 Cst.), si la réglementation mise en place par l'IN 129 ne pourrait pas, le cas échéant, entraver les objectifs poursuivis par le droit fédéral. En effet, dans de nombreux domaines, l'adoption de règles de droit ne poursuit pas un objectif unique, mais procède d'un compromis entre des intérêts antagonistes (ici, typiquement, les droits des non-fumeurs et ceux des fumeurs) pouvant chacun être protégé juridiquement: une réglementation cantonale allant davantage dans un sens pourrait alors être considérée par le Tribunal fédéral comme empêchant la réalisation d'une partie des objectifs de la norme fédérale.

²² Il n'existe pas de règle constitutionnelle écrite; voir néanmoins l'art. 62f de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010; LOGA) selon lequel «la Confédération exerce son droit de domicile dans les bâtiments qui lui appartiennent». S'agissant des organisations internationales, les accords de siège prévoient l'extraterritorialité (et l'inviolabilité) des locaux, si bien que le droit suisse et/ou genevois ne trouve de toute façon pas à s'y appliquer.

²³ Certes relativement peu nombreux à Genève: on peut citer néanmoins la centrale de compensation AVS-AI de la Confédération.

²⁴ Art. 87 et 92 Cst.; à propos de cette dernière compétence, on rappellera que la coutume constitutionnelle suisse veut que la compétence de la Confédération en

CFF, société anonyme de droit public dont la Confédération est actionnaire majoritaire –, tout comme celui des casernes et places d'armes militaires²⁵, des abris et autres lieux dépendant de la protection civile²⁶.

L'IN 129 demande qu'il soit interdit de fumer dans *«tous les bâtiments ou locaux publics dépendant de l'Etat et des communes ainsi que de toutes autres institutions de caractère public»* (art. 178B al. 3 lit. a projeté). Dans le cadre d'une interprétation conforme à la constitution, ce membre de phrase ne peut être considéré comme conforme à la répartition des compétences opérée par la constitution fédérale qu'à la condition d'exclure les bâtiments publics ne relevant pas de la compétence cantonale. Une telle limitation doit également valoir, vis-à-vis de l'art. 178B al. 3 lit. e Cst-GE projeté, pour les lignes ferroviaires gérées par les CFF²⁷.

2.1.3 *Respect des droits fondamentaux*

Les droits fondamentaux consacrés par la constitution fédérale et par les conventions internationales s'imposent à l'Etat de manière générale, ce dernier devant s'interroger sur leur respect même avant de prendre des mesures visant spécifiquement un particulier. Cela résulte de leur fonction dite objective, rappelée en Suisse à l'art. 35 al. 1 Cst.: *«les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique»*.

Comme le prévoit l'art. 36 Cst., des mesures étatiques peuvent restreindre les droits fondamentaux à condition de reposer sur une base légale (au moins formelle si la restriction est grave), de poursuivre un intérêt public, de respecter la proportionnalité par rapport au but visé, et enfin de ne pas violer leur *«essence»*. Avant d'examiner le respect de ces diverses conditions, il convient de s'interroger sur l'existence d'une atteinte (dite encore ingérence, ou restriction) auxdits droits. Dans la conception en vigueur en Suisse, il y a atteinte à un droit fondamental lorsqu'une mesure étatique²⁸ interfère avec le champ d'application matériel du droit fondamental en cause. Il convient dès

matière de services postaux englobe le transport professionnel régulier de voyageurs.

²⁵ Art. 60 Cst.

²⁶ Art. 61 Cst.

²⁷ Lesquels ont néanmoins déjà adopté une interdiction de fumer sur l'ensemble de leurs lignes ainsi que dans certaines parties des gares, mesure qui a pris effet le dimanche 11 décembre 2005 (voir aussi le communiqué à l'adresse <http://mct.sbb.ch/mct/fr/reisemarkt/zuege/reisen-rauchfreie_zuege.htm>).

²⁸ Acte législatif, décision ou acte matériel.

lors d'examiner dans un premier temps sur les droits fondamentaux potentiellement atteints par les mesures prévues par l'IN 129.

2.1.3.1 Liberté personnelle et protection de la sphère privée

Reconnue en 1964 par le Tribunal fédéral et restée pendant 35 ans un droit constitutionnel non écrit, la liberté personnelle est maintenant ancrée à l'art. 10 al. 2 Cst., qui énonce que *«tout être humain a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement»*. Selon la jurisprudence, déterminante à cet égard, la liberté personnelle possède toutefois une portée plus large que ces trois aspects, dans la mesure où *«ce droit implique en particulier le droit à l'intégrité physique et psychique, la liberté de mouvement et la protection de la dignité humaine»²⁹ ainsi que toutes les facultés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine»³⁰*. Le champ d'application matériel de la liberté personnelle peut donc se décomposer en deux protections distinctes, et typiques, au sein des droits fondamentaux, de la catégorie des libertés: d'une part la jouissance de deux biens juridiques essentiels³¹, à savoir l'intégrité physique et l'intégrité psychique³², et d'autre part la possibilité d'adopter un certain nombre de comportements.

L'évolution la plus importante du champ de protection de la liberté personnelle concerne les comportements autres que le simple fait de pouvoir *«aller et venir»*. Le Tribunal fédéral a en effet délibérément choisi d'étendre le champ de la liberté personnelle au-delà de cette simple faculté, alors que d'une part une partie de la doctrine s'y était montrée hostile³³, et que d'autre

²⁹ Que l'on peut pourtant détacher de la liberté personnelle, dès lors qu'elle est garantie spécifiquement par l'art. 7 Cst.

³⁰ ATF 126 I 112 cons. 3 = JdT 2002 I 405, 407. On trouve aussi des définitions (souvent moins complètes) de la liberté personnelle dans des arrêts plus récents, cf. ATF 130 I 369 cons. 2; 128 II 259 cons. 3.2; 127 I 6 cons. 5a.

³¹ Garanties par une abstention de l'Etat et par la prise de mesures à l'encontre de tiers, et non en principe par d'autres prestations, p. ex. de type pécuniaire, de la part de l'Etat – ce qui constitue la principale différence avec les droits sociaux, qui garantissent aussi la jouissance de biens juridiques essentiels (santé, logement, etc.).

³² Le droit à la vie est désormais, pour ce qui est de la systématique constitutionnelle, indépendamment protégé par l'art. 10 al. 1 Cst.

³³ En particulier Hans HUBER dans son article *Die persönliche Freiheit. Eine Kritik der neuen Auffassung des Bundesgerichts*, RSJ 1973 113 ss. Le Tribunal fédéral était en revanche soutenu par d'autres auteurs, notamment Jörg Paul MÜLLER et Peter SALADIN. Pour un aperçu historique de l'évolution du champ de protection

part cette vision plus étroite de la liberté personnelle avait – et a – encore cours dans d'autres pays, notamment l'Autriche³⁴. En revanche, il apparaît que le Tribunal fédéral n'a pas voulu étendre le champ de la liberté personnelle au niveau d'une «liberté universelle d'action» (*allgemeine Handlungsfreiheit*) correspondant par exemple à l'art. 2 al. 1 de la constitution allemande (ci-après GG)³⁵.

La définition donnée par le Tribunal fédéral, selon laquelle la liberté personnelle inclurait «toutes les facultés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine» ou encore «les manifestations élémentaires de la personnalité humaine» implique nécessairement que la liberté personnelle soit subsidiaire par rapport aux autres libertés, puisque l'ensemble de ces dernières entre dans la définition ainsi donnée: se marier et entretenir des relations familiales (art. 14 Cst.), croire (art. 15 Cst.), s'exprimer et s'informer (art. 16 Cst.), parler dans sa langue (art. 18 Cst.), se réunir (art. 22 Cst.), s'associer (art. 23 Cst.) ou encore exercer une activité lucrative (art. 27 Cst.), pour prendre les exemples les plus parlants, sont tous des manifestations élémentaires de la personnalité humaine. En revanche, le Tribunal fédéral refuse de considérer la liberté personnelle comme un droit fondamental subsidiaire général (*Auffanggrundrecht*)³⁶.

Jusqu'ici, le Tribunal fédéral a donc délimité les différents domaines d'application de la liberté personnelle au coup par coup. La question d'un rattachement à la liberté personnelle du «droit de fumer» n'a jusqu'ici jamais été tranchée. Sous l'empire d'une liberté d'action universelle, il ne ferait aucun doute qu'un tel droit fût inclus parmi les comportements protégés: la

de la liberté personnelle, voir not. Hans DRESSLER, *Der Schutz der persönlichen Freiheit in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, ZBl 1980 377-390, et Michel ROSSINELLI, *Les libertés non écrites*, Lausanne 1987, 131-135.

³⁴ Voir p. ex. Rudolf MACHACEK / Willibald PAHR / Gerhard STADLER (dir. publ.), *Grund- und Menschenrechte in Österreich*, Kehl-Strasbourg – Arlington 1997, 288-289.

³⁵ Selon lequel «Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt».

³⁶ ATF 121 I 22 cons. 2: «die persönliche Freiheit bilde kein allgemeines Auffanggrundrecht».

jurisprudence et la doctrine allemande sont du reste unanimes à considérer que le fait de fumer tombe sous le coup de l'art. 2 al. 1 GG³⁷.

La doctrine suisse a relativement peu considéré les rapports entre consommation de tabac et liberté personnelle. Dans la doctrine plus ancienne, une thèse affirme, en passant, que fumer fait partie des comportements protégés par la liberté personnelle³⁸, et une contribution – s'attachant avant tout à décrire les droits des non-fumeurs – doute du rattachement à la liberté personnelle sans toutefois l'exclure³⁹. Cette dernière approche est également suivie dans deux thèses relatives au droit du travail⁴⁰. Quant aux avis de droit récemment émis sur la question – et ce quelle que soit la position des mandants des experts les ayant rédigés –, ils n'excluent pas non plus une protection des fumeurs par la liberté personnelle⁴¹.

Même en l'absence de jurisprudence spécifique, deux points peuvent être mis en avant. Tout d'abord, le fait qu'un comportement soit dangereux pour celui qui l'adopte ou pour des tiers n'empêche pas nécessairement qu'il puisse être inclus dans le champ de protection d'une liberté⁴². Ensuite, une méthodologie rigoureuse oblige à considérer uniquement, vis-à-vis du champ de protection de la liberté personnelle, si en fait partie le fait de fumer en

³⁷ BVerfG in NJW 1998 2961 cons. 2 («Er [der Gesetzgeber] hat im Gegenteil in vielfältiger Weise von seiner Befugnis Gebrauch gemacht, das Rauchen nach einer Abwägung der *allgemeinen Handlungsfreiheit der Raucher* mit anderen schutzwürdigen Rechtsgütern in bestimmten Bereichen zu untersagen oder einzuschränken»); BGH (VII ZR 217/80) in NJW 1981 569; BayVerfGH in BayVBl 1988 108, 110; MAUNZ / DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, Munich 2001 (39^e livraison), par. 50 ad art. 2 al. 1, et les nombreuses réf. doctrinales citées sous note 8.

³⁸ Gustav Karl HUG-BEERLI, *Persönliche Freiheit und besondere Gewaltsverhältnisse*, Zurich 1976, 21.

³⁹ Werner STOCKER, *Hat der Nichtraucher überhaupt «Rechte»?*, BJM 1980 169-188, 173-175 («Jedenfalls ist auszugehen, dass gesetzliche Vorschriften zum Schutze der Nichtraucher, und zwar nötigenfalls sogar Rauchverbote, nicht einfach durch die "persönliche Freiheit" der Raucher ausgeschlossen ist», 175);

⁴⁰ Roger BAUMBERGER, *Rauchen am Arbeitsplatz*, Berne 2002, 28-30; Louis A. CAPT, *Passivrauchen am Arbeitsplatz*, thèse Zurich 1982, 12-14.

⁴¹ Andreas AUER, *La constitutionnalité de l'initiative populaire genevoise «Fumée passive et santé»*, à paraître in PJA 2006-1; JAAG / RÜSLI, *op. cit. (note 10)*, 18.

⁴² Si l'on établit un parallèle avec la liberté économique (définie comme «toute activité privée tendant à la production d'un gain»), il est évident, pour prendre un seul exemple, que le propriétaire d'une mine pourra invoquer cette liberté en cas de velléité de fermeture pour cause de sécurité (donc malgré un danger pour des tiers, en l'occurrence ses employés).

général, et non la consommation de tabac dans les lieux et établissements publics, ou encore à certaines heures; en effet, ces questions ressortissent aux conditions possibles de restriction de la liberté, et en particulier à la proportionnalité de la mesure, laquelle sera plus acceptable si elle ne vise pas à prohiber un comportement de manière générale, mais cible des cas précis.

Il faut certes mentionner un domaine spécifique dans lequel l'interdiction de fumer constitue sans aucun doute une atteinte à la liberté personnelle. Le Tribunal fédéral reconnaît en effet depuis longtemps que les *conditions de détention* – y compris certains aspects objectivement mineurs – sont intrinsèquement liées à la privation de liberté⁴³, que celle-ci soit pénale, administrative ou même civile. L'interdiction totale de fumer dans les établissements de détention peut constituer, dans cette mesure, une atteinte à la liberté personnelle des personnes détenues. La même appréciation vaut aussi en cas de privation de liberté aux fins d'assistance, quel que soit le lieu du placement. Cependant, le critère le plus important pour décider du rattachement ou non à la liberté personnelle reste le caractère *élémentaire* de la manifestation de la personnalité, condition qui ne paraît ici pas donnée⁴⁴, sous peine de dénaturer la notion de «*manifestation élémentaire de la personnalité humaine*»⁴⁵. Le Conseil d'Etat estime donc pour sa part que le «*droit de fumer*» n'est pas en soi couvert par la liberté personnelle telle que garantie par la Constitution. Une interdiction de fumer ne peut donc en principe pas porter atteinte à ce droit constitutionnel, sauf si elle intervient dans un contexte de détention.

Une incertitude demeure par ailleurs en matière de rattachement de la consommation de tabac à la vie privée, que l'Etat doit respecter en vertu des art. 13 Cst. et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est encore jamais prononcée

⁴³ Voir p. ex. les ATF 124 I 336, 123 I 221, 122 II 299 et 122 I 222.

⁴⁴ Mais on notera cependant que le Tribunal fédéral a récemment considéré que l'interdiction faite à un fonctionnaire de boire de l'alcool en service comme hors du service (pour cause d'alcoolisme en l'occurrence) constituait une restriction de sa liberté personnelle et du droit au respect de sa vie privée (ATF 2A.6/2005 du 5 juillet 2005 en la cause X., cons. 3.3, avec renvoi à l'ATF 98 Ia 307 cons. 2).

⁴⁵ A ce propos, le Tribunal fédéral a refusé de considérer qu'entraînait dans cette catégorie notamment le fait d'installer des appareils de jeux automatiques avec mises d'argent (ATF 120 Ia 126, 145), le droit de détenir certains animaux dans un immeuble sis en zone d'habitation (ZBI 1978 34), le droit de naviguer et de faire du surf (ATF 108 Ia 59), le droit d'utiliser une motocyclette pour se rendre à l'école (ZBI 1986, 460), ou celui de fréquenter l'école de son choix dans sa commune de domicile (ATF 117 Ia 27, 39).

sur un tel aspect dans le cadre d'une violation invoquée de l'art. 8 CEDH. La Cour, ainsi que la défunte Commission, ont, dans leur abondante jurisprudence, ainsi délimité de manière très large la notion de vie privée. Cette dernière englobe notamment le droit de mener et de diriger sa vie selon ses propres choix sans interférence de la part de l'Etat⁴⁶, ou, pour utiliser les termes exacts de la Cour, «le droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur»⁴⁷; une telle définition se rapproche du reste sensiblement de la définition de la liberté personnelle consacrée par le Tribunal fédéral. Les rares auteurs ayant abordé la question de la consommation de tabac tendent plutôt à conclure à une couverture par l'art. 8 CEDH⁴⁸. On peut cependant noter que l'IN 129 n'interdit la consommation de tabac que dans les lieux publics. Mais si cet élément fait perdre de l'intensité au caractère privé du comportement visé par la mesure étatique⁴⁹, il n'est pas à lui seul déterminant, la vie privée pouvant également être protégée ailleurs que dans son propre foyer, par exemple sur le lieu de travail⁵⁰.

L'examen des conditions de restriction aux droits fondamentaux, telles que décrites à l'art. 36 Cst. s'avère, malgré l'incertitude précitée, nécessaire. En effet, selon l'art. 5 al. 2 Cst., l'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé. Ce principe directeur de l'activité étatique vaut dans tous les domaines d'activité, mais plus spécialement pour l'administration dite de restriction - et ce indépendamment d'une protection des particuliers par un droit fondamental⁵¹. De fait, l'application indépendante de la proportionnalité (qui implique l'existence d'un intérêt public, dès lors qu'il s'agit de mettre en balance l'intérêt public retenu et d'autres intérêts

⁴⁶ Christoph GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2^e éd., Munich – Vienne 2005, 181 par. 12.

⁴⁷ Cf. ACEDH H.F. c. Slovaquie, 54797/00, du 8 novembre 2005, par. 47; Bensaid c. Royaume Uni, 44599/98, Rec. 2001-I, par. 47.

⁴⁸ Jochen Abraham FROWEIN / Wolfgang PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, 2^e éd., Kehl- Strasbourg – Arlington 1996, par. 7 ad art. 8; plus hésitant, Luzius WILDHABER in Heribert GOLSONG et al., *Internationaler Kommentar zur EMRK*, Cologne - Berlin - Bonn 1992, par. 259 ad art. 8 CEDH.

⁴⁹ AUER, *op. cit.* (note 41), (15 par. 59).

⁵⁰ ACEDH Niemietz c. Allemagne. A 251-B, par. 29; plus récemment voir les ACEDH Halford c. Royaume-Uni, 20605/92, Rec. 1997-III, par. 42-46; Rotaru c. Roumanie, 28341/95, Rec. 2000-V, par. 43, et Buck c. Allemagne, 41604/98, du 28 avril 2005, par. 31.

⁵¹ Voir not. Pierre MOOR, *Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat*, in Daniel THÜRER / Jean-François AUBERT / Jörg Paul MÜLLER, *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, § 16 par. 61 et 63.

publics ou privés) joue un rôle particulier dans le cadre de comportements se situant près des limites du champ de protection de la liberté personnelle⁵².

Dans le cadre de l'examen de la validité de l'IN 129, l'examen des conditions de l'intérêt public et de la proportionnalité s'imposent dès lors indépendamment des rapports entre consommation de tabac d'une part et liberté personnelle ou protection de la vie privée d'autre part. Il convient néanmoins de relever que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le principe de proportionnalité, au sens de l'art. 5 al. 2 Cst., n'est en principe pas justiciable de manière indépendante, et ne peut dès lors être invoqué seul dans le cadre d'un recours de droit public lorsqu'aucun droit fondamental n'est en cause⁵³.

2.1.3.2 Liberté économique et garantie de la propriété

La liberté économique, garantie par l'art. 27 Cst., protège selon la jurisprudence «*toute activité économique privée exercée à titre professionnel et tendant à l'obtention d'un gain ou d'un revenu*»⁵⁴. Une partie des interdictions consacrées par l'IN 129 s'adressant à des particuliers exploitant commercialement un établissement, un commerce ou une entreprise, cette initiative consacre potentiellement une atteinte à la liberté économique.

On peut certes se demander si les entreprises touchées, spécialement celles actives dans le domaine de l'hôtellerie et de la restauration, verront dans leur ensemble leur activité économique réellement perturbée. Diverses études ont été menées dans des collectivités publiques connaissant semblables interdictions, et une partie non négligeable d'entre elles conclut à ce que l'interdiction de fumer, même totale, n'a pas de conséquence sur le chiffre d'affaires des établissements concernés⁵⁵. En outre, l'interdiction de fumer peut aussi contribuer à diminuer certaines charges, les frais liés à la collecte des mégots et au nettoyage nécessité par la consommation de tabac disparaissant.

Il n'en demeure pas moins que vis-à-vis d'une partie des entreprises, l'interdiction générale de fumer peut avoir des conséquences négatives sur le plan économique. Dans certains cas, une telle interdiction peut même constituer une atteinte grave à la liberté économique: ainsi, un établissement

⁵² Béatrice WEBER-DÜRLER, *Zu neuen Entwicklungen des Verhältnismässigkeitsprinzips*, in Benoît BOVAY / Minh Son NGUYEN, *Mélanges en l'honneur de Pierre MOOR*, Berne 2005, 593-608, 602.

⁵³ ATF 123 I 1 cons. 10; 122 I 279 cons. 2e.ee.

⁵⁴ ATF 2P.252/2004 du 12 octobre 2004 en la cause X., cons. 2.1, et les arrêts cités.

⁵⁵ Voir infra sous point B.3.d.

ayant principalement pour vocation la consommation de tabac – tel un «*bar à cigares*» – sera contraint de fermer ses portes, ou à tout le moins de changer radicalement de concept. De même, on doit constater que l'interdiction de fumer telle que formulée par l'initiative s'applique également à tous les types de magasins⁵⁶, y compris les magasins vendant exclusivement ou principalement des produits du tabac.

En outre, et indépendamment des retombées économiques de l'interdiction générale de fumer, cette dernière constitue une atteinte à la garantie de la propriété, dès lors que les propriétaires des différents locaux privés visés par l'initiative n'auront plus la maîtrise en matière de consommation de tabac dans leur bien-fonds, et devront eux aussi s'abstenir d'y fumer au cas où ils seraient fumeurs.

2.1.3.3 Devoir de protection des non-fumeurs

Les considérations qui précèdent examinaient si une interdiction de fumer constituait une atteinte aux droits fondamentaux. A l'inverse, on peut se demander si l'absence d'interdiction totale de fumer dans les lieux publics ne consacrerait pas quant à elle une atteinte aux droits fondamentaux des non-fumeurs. En effet, pour le Tribunal fédéral, *«selon les conceptions récentes, les droits fondamentaux n'ont plus seulement une fonction de défense contre les atteintes dues à l'Etat, mais ils fondent aussi un devoir étatique de protection contre les atteintes que des tiers provoquent»*⁵⁷.

Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé directement sur un éventuel devoir de protection des non-fumeurs qui se fonderait sur le droit à la vie⁵⁸ ou le droit à l'intégrité corporelle⁵⁹. La Commission européenne des

⁵⁶ Bien que ceux-ci ne soient pas nommés directement, ils sont visés par l'art. 178B al. 3 lit. b du projet, dès lors qu'il s'agit incontestablement de «locaux ouverts au public».

⁵⁷ ATF 126 II 300 cons. 5a = JdT 2001 I 674, 688. Pour des références doctrinales à ce sujet, voir les contributions citées et, plus récemment, Markus SCHEFER, *Gefährdung von Grundrechten – eine grundrechtsdogmatische Skizze*, in *Risiko und Recht: Festgabe zum schweizerischen Juristentag 2004*, Bâle – Berne 2004, 441-480; Samantha BESSON, *Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative*, RDS 2003 I 49-96; ou encore Patricia EGLI, *Drittwirkung von Grundrechten*, Zurich 2002, not. 155-196, 235-266 et 305-333.

⁵⁸ Art. 10 al. 1 Cst.

⁵⁹ Art. 10 al. 2 Cst. On pourrait également songer à une protection par le droit à la santé (not. art. 12 du Pacte international sur les droits économiques sociaux et

droits de l'homme, en 1998⁶⁰, et la Cour, en 2004⁶¹, ont quant à elles dénié l'existence d'une obligation positive de l'Etat de protéger les non-fumeurs au moyen d'interdictions: *«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 art. 2 et 8 de la Convention»*. Cette jurisprudence rejoint du reste celle rendue par la Cour constitutionnelle allemande⁶².

Dans la mesure où la législation suisse et genevoise contient déjà des prescriptions visant à limiter l'usage du tabac, on peut considérer que l'absence d'interdiction stricte de fumer dans les lieux publics n'équivaut pas à une violation des droits fondamentaux des non-fumeurs.

culturels, RS 0.103.1), mais il n'est pas possible à un particulier d'invoquer directement ce droit en justice, à teneur de la jurisprudence – de plus en plus critiquée – du Tribunal fédéral sur le caractère justiciable des droits sociaux.

⁶⁰ Déc. CommEDH Wöckel c. Allemagne, 32165/96, du 16 avril 1998, DR 93 85.

⁶¹ DCEDH Botti c. Italie, 77360/01, du 2 décembre 2004; en outre, dans la DCEDH Vaden c. Grèce, 35115/03, du 20 octobre 2005, la Cour a déclaré recevable la requête d'un détenu se plaignant notamment du tabagisme passif qu'il aurait eu à subir en prison, mais elle a refusé d'y voir une possible violation de l'art. 8 CEDH.

⁶² BVerfG in NJW 1998 2961 et 1994 955.

2.1.3.4 Base légale

Comme déjà mentionné, l'IN 129 vise à compléter la constitution cantonale. La principale composante de la condition de restriction de la base légale (art. 36 al. 1 Cst.), soit le rang normatif suffisant de la norme introduisant la mesure restrictive, est donné puisque la constitution cantonale se situe encore au-dessus de la loi formelle, et qu'elle est soumise au référendum obligatoire.

S'agissant de la précision de la base légale, celle-ci peut être considérée comme suffisante. Il est en revanche difficile de savoir si les mesures dont le texte charge le Conseil d'Etat, à l'alinéa 1 du projet, visent l'ensemble des mesures d'application du texte constitutionnel. Au vu notamment de la systématique de la disposition, qui prévoit ces mesures dans un cadre très général et avant de poser le principe même de l'interdiction de fumer dans les lieux publics, on doit admettre que tel n'est pas le cas, et qu'il s'agit plutôt soit de mesures incitatives, soit de mesures réglementaires prises en application de la compétence générale qu'a le Conseil d'Etat d'organiser l'administration cantonale (mise en place de l'interdiction dans les locaux de l'administration cantonale notamment).

2.1.3.5 Intérêt public

Les diverses mesures d'interdiction de fumer peuvent, d'un point de vue général, répondre à trois types principaux d'intérêt public:

- a) la sécurité publique, dans la mesure où le foyer de combustion (ou son moyen d'ignition) peut provoquer incendies ou explosions; l'interdiction de fumer qui prévaut dans les stations-service, et dans une moindre mesure dans les théâtres et cinémas, ressortit à cet intérêt;
- b) le respect d'autrui, dans la mesure où la fumée provoque des nuisances ou interférences sensorielles, et pouvant empêcher les tiers de voir (dans un cinéma par exemple), de goûter ou de sentir (dans un restaurant par exemple);
- c) la santé publique, dans la mesure où la fumée contient des substances nocives pouvant entraîner diverses pathologies.

L'IN 129 entend, selon son texte, interdire la fumée dans les lieux publics en s'appuyant exclusivement sur le troisième de ces intérêts, à savoir la santé publique (laquelle inclut l'hygiène publique, cette dernière étant définie comme la prévention des maladies). Cet intérêt public ressortit à l'ordre public; il fait partie des intérêts publics classiques, et est prévu expressément par l'art. 8 par. 2 CEDH.

L'intérêt public retenu est dès lors conforme au droit supérieur.

2.1.3.6 Proportionnalité de la mesure

Le principe de la proportionnalité, auquel l'art. 36 al. 3 Cst. se réfère explicitement, exige (a) que la mesure proposée soit apte à atteindre le but visé, (b) que la mesure envisagée soit, parmi celles qui permettent d'atteindre l'objectif recherché, la moins incursive sur la liberté en cause, et (c) que globalement considérée selon ses effets, l'atteinte à la liberté reste dans un rapport raisonnable avec l'intérêt public poursuivi; il s'agit là respectivement des trois sous-principes dits d'aptitude, de nécessité et de proportionnalité au sens étroit.

2.1.3.6.1 Aptitude

L'interdiction totale de fumer dans les lieux publics fermés prévue par l'initiative permet effectivement de couper court à l'ensemble des effets indésirables causés par la fumée⁶³. Elle peut ainsi être jugée apte à atteindre le but visé, qui est la préservation de la santé des non-fumeurs.

2.1.3.6.2 Nécessité

Selon le Tribunal fédéral, «une mesure est disproportionnée s'il est possible d'atteindre le même résultat par un moyen moins incisif»⁶⁴.

Pour un auteur, lorsqu'une mesure est déjà mise en place par la société civile – et ce serait le cas dans le domaine des interdictions de fumer, toujours plus nombreuses au sein de la société genevoise et suisse –, cette mesure doit être préférée à une mesure étatique⁶⁵. Point n'est besoin de se déterminer ici sur la pertinence générale d'un tel constat: en effet, il est patent que, malgré l'extension allant croissant des interdictions de fumer mises en place en dehors des règles législatives, tous les domaines couverts par l'IN 129 ne font pas encore l'objet d'interdictions sociétales. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, de nombreux établissements de restauration et d'hôtellerie tolèrent-ils encore la fumée en leur sein.

⁶³ Sur la constatation du caractère nocif à la santé de la fumée passive, voir la partie du présent rapport consacrée à la prise en considération.

⁶⁴ ATF 130 I 65 cons. 3.5.1 et les arrêts cités.

⁶⁵ AUER, *op. cit.* (note 41), (25 par. 102-104).

La seule question qui se pose véritablement est dès lors celle de l'existence d'autres mesures (législatives) moins drastiques que celle proposée. Trois types de mesures pourraient principalement être envisagées.

La première consisterait en une délimitation temporelle, soit la mise en place d'horaires permettant de fumer une partie du temps. Certains établissements de restauration ont mis en place de telles mesures. De fait, celles-ci permettent d'atteindre – en partie – l'objectif consistant à éliminer les nuisances sensorielles, mais non celui visé par l'initiative, à savoir la préservation de la santé des non-fumeurs. En effet, les composants nocifs de la fumée du tabac restent dans l'air en quantité importante pendant les «*périodes non-fumeurs*». Une telle mesure de répartition horaire ne permet dès lors pas de parvenir au résultat escompté.

La deuxième mesure consisterait en une délimitation géographique, soit plus prosaïquement la mise en place d'espaces fumeurs. Un tel dispositif est par exemple la base de la campagne «*sans fumée, mais pas sans fumeurs*» en vigueur au sein de l'administration cantonale⁶⁶. Pour pouvoir atteindre le but poursuivi, la séparation entre le local destiné aux fumeurs et les autres locaux doit être aussi complète que possible; la meilleure aération possible doit également être assurée au sein du local fumeurs. Dans la mesure où ces deux conditions sont remplies, la seule différence entre la création de locaux fumeurs et l'interdiction totale de fumer concerne le personnel amené, pour quelque raison que ce soit à intervenir dans ledit local.

Si l'on institue, dans un bâtiment public ordinaire (administration, établissement d'enseignement, etc.) un véritable «*espace fumeurs*», spécialement dévolu à cet effet et strictement séparé des espaces réservés au travail, seul le nettoyage des locaux nécessitera dans la plupart des cas la venue d'employés sur les lieux, et l'exposition à la fumée passive s'avère ainsi réduite. On peut dès lors retenir que cette mesure doit être préférée, sur la base du critère de la nécessité, à l'interdiction de fumer dans l'ensemble du bâtiment⁶⁷. Dans les établissements de restauration en revanche, l'exposition du personnel sera plus importante, et ce d'autant plus si le local réservé aux fumeurs constitue non un simple fumoir, mais plutôt une salle de restauration ordinaire (bien que séparée). S'agissant enfin des chambres d'hôtel, leur

⁶⁶ Voir le site du service de santé du personnel de l'Etat, <<http://etat.geneve.ch/df/ope/index.jsp>>, menus «Santé» puis «*prévention*».

⁶⁷ Dans le même sens, cf. JAAG / RÜSSLI, *op. cit.* (note 10), 19: «wo auf diesem Weg der Schutz vor Passivrauchen gewährleistet werden kann, ist ein vollständiges Rauchverbot nicht erforderlich und daher unverhältnismässig».

situation est médiane, et l'on peut encore considérer qu'une interdiction totale respecte le sous-principe de nécessité.

S'agissant enfin de la ventilation, si celle-ci peut permettre d'accroître l'usage d'éventuels locaux fumeurs, elle ne peut résoudre que très partiellement les problèmes de santé liés à la fumée passive, dans la mesure où les composants nocifs de celle-ci (éléments gazeux) sont les plus difficiles à éradiquer par ce moyen⁶⁸. En l'état, la ventilation ne peut être considérée à elle seule comme une mesure permettant d'atteindre le but visé par l'interdiction.

2.1.3.6.3 Proportionnalité au sens étroit

L'examen de la condition de la proportionnalité au sens étroit suppose une mise en balance de l'intérêt public à la mesure restrictive envisagée ou édictée et des autres intérêts pouvant aller à son encontre. Il n'est évidemment pas ici possible d'aborder tous les cas de figure possible en leur appliquant une pareille pesée des intérêts. C'est en revanche le lieu d'évoquer un certain nombre de cas permettant de vérifier si, globalement, l'IN 129 prend suffisamment en compte d'éventuels intérêts antagonistes.

On rappellera à titre liminaire que l'initiative ne prévoit aucune exception⁶⁹; l'interdiction générale de fumer s'appliquera ainsi à toute personne se trouvant dans un des lieux prévus à l'alinéa 3, qui couvre l'ensemble des lieux fermés accessibles au public. Sont ainsi notamment visés les bâtiments administratifs cantonaux et communaux, y compris les établissements publics subventionnés, ce qui inclut l'aéroport, tous les hôpitaux et cliniques, ainsi que l'ensemble des établissements de détention du canton; tous les établissements de restauration et d'hôtellerie (y compris les cantines de cercles et associations privés, les bowlings, les maisons de jeu), les magasins et centres commerciaux, les salles de spectacles, galeries d'art, musées, centres sportifs (fermés) et de loisirs, maisons de quartier, cabinets médicaux; tous les établissements d'enseignement, qu'ils soient privés ou publics; tous les transports publics et les transports professionnels de personnes (tels les taxis). En revanche, l'initiative ne vise pas à interdire l'usage du tabac dans tous les lieux de travail privés.

⁶⁸ Voir infra la partie concernant la prise en considération, sous point B.5.b.

⁶⁹ Sur la proportionnalité d'un projet de loi introduisant des exceptions, mais rédigé de manière peu claire, voir Joachim HEILMANN, *Verfassungs-mässigkeit eines Nichtraucherschutzgesetzes*, ZRP 1997 268-270 (qui conclut à l'inconstitutionnalité du projet).

Dans un certain nombre de cas, l'intérêt public apparaît nettement prépondérant: on peut en effet d'autant plus facilement demander de s'abstenir de fumer sans difficultés lorsque le séjour dans un lieu est court et volontaire. Ainsi, pour prendre deux exemples, les usagers des offices de l'administration cantonale et communale et des transports publics peuvent-ils être contraints à une telle abstention sans que cette contrainte s'avère disproportionnée. De même, l'interdiction totale de fumer dans les lieux accueillant des enfants (crèches, écoles) peut être considérée comme exigible au regard de l'importance accrue de la préservation de la santé des plus jeunes.

D'autres situations sont en revanche plus problématiques. Ainsi, les personnes fumeuses hospitalisées et incapables de se mouvoir, ou encore en fin de vie, se verraient ajouter à l'objet de leur séjour un sevrage forcé; les personnes détenues⁷⁰ ne pourraient fumer que lors de leur promenade quotidienne, ce qui pourrait être perçu comme une sanction et un durcissement de leur régime (qui, pour les détenus préventifs et administratifs, ne doit pas être plus dur que ce qui est exigé par le but de leur détention)⁷¹; les personnes travaillant seules dans une boutique ou débit de boissons se verraient interdire la consommation de tabac en tout temps, même lorsqu'aucun client ne se trouve dans leur établissement. En outre, au regard de la liberté économique, l'interdiction pure et simple d'exploiter un bar à cigares, même avec du personnel exclusivement fumeur, ou de fumer dans des échoppes vendant principalement ou exclusivement des produits du tabac, apparaissent-elle comme extrêmement sévères.

⁷⁰ Détention pénale (surtout préventive, le canton de Genève ne comptant aucun établissement dévolu spécifiquement à l'exécution des peines) et administrative, et séjours non volontaires en institution psychiatrique.

⁷¹ Voir aussi Andreas STAMMKÖTER, *Rauchen und Rauchverbote aus rechtlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Passivrauchens*, Münster 1993, 184: «Da sich Raucher und Nichtraucher [in Haftanstalten] meist nicht aus dem Weg gehen können, haben beide Seiten gewisse Einschränkungen hinzunehmen».

2.1.3.6.4 Comparaison avec d'autres mesures législatives

Il est en outre intéressant de comparer la mesure préconisée par l'IN 129 avec celles prévues par les législations des pays voisins, ou de ceux connaissant déjà une interdiction de principe de fumer dans les lieux publics.

Le 12 octobre 2005, le Grand Conseil du canton du *Tessin* a adopté une modification de l'art. 57 de la loi sur les établissements publics, du 21 décembre 1994 (RS/TI 11.3.2.1): cette interdiction ne vise toutefois que les établissements de restauration, et encore la loi fait-elle une exception pour les chambres d'hôtel, ainsi que les établissements de restauration disposant de locaux entièrement séparés avec une ventilation suffisante. En outre, cet amendement a fait l'objet d'un référendum, qui a abouti en décembre 2005.

Bien que disposant d'une compétence sectorielle en matière de santé assez semblable à celle de la Confédération⁷², l'*Union européenne* n'a pour l'instant pas l'intention d'édicter de règles normatives visant à interdire l'usage du tabac. Sa stratégie anti-tabac passe plutôt par d'autres mesures (interdiction de la publicité et campagnes de prévention, notamment)⁷³.

En *France*, seule une interdiction partielle a été mise en place par la loi Evin de 1991⁷⁴. Selon l'art. 16 de cette loi, modifiant l'art. L. 3511-7 du Code de la santé publique, «*il est interdit de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif, notamment scolaire, et dans les moyens de transport collectif, sauf dans les emplacements expressément réservés aux fumeurs*». Ces espaces fumeurs doivent en outre faire l'objet d'une aération ou ventilation minimale⁷⁵. Un projet de loi visant à prononcer une interdiction étendue de fumer dans l'ensemble des lieux publics a été déposé en octobre 2005 par le député alsacien Yves BUR, mais a été aussitôt retiré devant l'opposition de son parti, majoritaire au Parlement.

En *Allemagne*, aucune interdiction législative de fumer n'a pour l'instant été édictée. Concernant l'hôtellerie et la restauration, le gouvernement allemand a conclu le 1^{er} mars 2005 avec la *Deutschen Hotel- und Gaststättenverband* une convention dont l'objectif est que, au plus tard le

⁷² Art. 152 Traité CE.

⁷³ Pour plus de détails, voir not. Tamara K. HERVEY / Jean V. McHALE, *Health Law and the European Union*, Cambridge 2004, 368-384.

⁷⁴ Nom couramment donné à la loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 (son décret d'application étant le décret n° 92-478 du 29 mai 1992).

⁷⁵ Sur les différentes questions liées à la loi Evin, voir not. Jacques-Henri STAHL, *La loi anti-tabac*, Paris 1993, 48-65. Pour une critique générale de la loi et un aperçu des questions constitutionnelles, voir Francis CABALLERO / Yann BISIOU, *Droit de la drogue*, 2^e éd., Paris 2000, 174-182.

1^{er} mars 2008, au moins 90% des établissements réservent au moins 50% de leurs places aux non-fumeurs. Le programme antitabac le plus important mené par les autorités concerne le droit du travail, et s'intitule *Rauchfrei am Arbeitsplatz*. Dans ce cadre, le gouvernement a procédé à l'adjonction dans l'*Arbeitsstättenverordnung* d'un nouvel article 3a, intitulé «Protection des non-fumeurs», et qui a la teneur suivante (traduction libre): «l'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour protéger efficacement les personnes non-fumeuses occupées dans l'entreprise des dangers pour la santé de la fumée du tabac (al. 1). Dans les entreprises appelées à interagir avec le public, l'employeur ne doit prendre des mesures au sens de l'al. 1 que dans la mesure ou la nature de l'exploitation ou le genre d'activités de l'entreprise le permet (al. 2)». L'employeur est en principe libre de choisir la manière de donner suite à l'ordonnance précitée⁷⁶.

En Autriche, la loi sur le tabac a été renforcée en 2004⁷⁷. En sus de l'interdiction de fumer dans les salles de classe et de formation, dans les salles d'audience et dans les salles de sport, déjà prévue auparavant par l'art. 12 de la loi, un nouvel art. 13 pose l'interdiction de principe de fumer dans tous les lieux accessibles au public et dans les transports publics. D'importantes exceptions sont toutefois prévues. Ainsi, il est possible, dans tous les établissements comprenant un nombre suffisant de salles ou de pièces, des locaux fumeurs peuvent être utilisés (sauf dans les écoles); l'interdiction de fumer ne vaut pas pour les établissements de l'hôtellerie et de la restauration; et elle ne vaut pas non plus pour les magasins vendant principalement des produits du tabac.

En Italie, l'art. 51 de la loi 3/2003 du 16 janvier 2003⁷⁸, entré en vigueur le 10 janvier 2005, a introduit une interdiction générale de fumer dans tous les lieux fermés (et transports) publics ou privés qui accueillent du public ou des usagers. La loi italienne a donc un champ d'application encore plus étendu que celui prévu par l'IN 129, puisque tous les lieux de travail privés comprenant au moins un salarié sont compris dans l'interdiction, les travailleurs dépendants étant compris comme des «usagers» de l'entreprise. La loi italienne prévoit néanmoins une exception à l'interdiction de fumer, puisqu'il est possible de mettre en place des locaux fumeurs, pourvu que ceux-ci soient totalement clos, que leur surface soit moins importante que

⁷⁶ Thomas DIETERICH et al. (dir. publ.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 4e éd., Munich 2004, par. 22 ad § 618 BGB.

⁷⁷ Bundesgesetz über das Herstellen und das Inkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherchutz (Tabakgesetz), BGBl. Nr. 431/1995 in der Fassung BGBl. I Nr. 167/2004.

⁷⁸ Explicité par une circulaire du Ministère de la santé du 17 décembre 2004.

celle réservée aux non-fumeurs, et qu'ils soient ventilés conformément aux prescriptions du décret du Président du Conseil des ministres du 23 décembre 2003.

Il est également intéressant de constater si, dans d'autres pays européens ayant introduit une interdiction de fumer, des exceptions au principe ont été prévues, et le cas échéant lesquelles:

- a) en *Irlande*, l'interdiction de fumer telle que mise en place par les lois de 2002 et de 2004⁷⁹ s'applique à tous les lieux fermés. Ne sont, outre les lieux d'habitation, pas concernés par l'interdiction la plupart des chambres d'hôtel, les prisons, les foyers de soins et les hospices, et les hôpitaux psychiatriques;
- b) en *Norvège*, la section 6 de la loi sur la prévention des effets nocifs du tabac (loi n° 14 du 9 mars 1973), telle qu'amendée en 2004 et en vigueur depuis le 1^{er} juin 2004, institue l'interdiction probablement la plus étendue d'Europe. Il est désormais totalement interdit dans tous les lieux et transports auxquels le public a accès, et dans tous les lieux de travail. Deux exceptions sont tout de même ménagées, puisque l'interdiction ne s'étend pas aux lieux de travail où seule une personne est active, ni aux pièces communes et salons des «institutions»;
- c) en *Suède*, fumer dans les écoles et autres lieux fréquentés par les enfants, les hôpitaux et autres lieux de santé, et dans les transports publics est interdit depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le tabac⁸⁰. Depuis le 1^{er} juin 2005, l'interdiction s'est étendue aux établissements de restauration⁸¹. Cette nouvelle loi permet néanmoins de mettre en place des locaux fumeurs, pourvu que leur surface soit moins importante que celle réservée aux non-fumeurs, qu'aucune nourriture ou boisson n'y soit consommée, ni aucun divertissement proposé, et que le personnel n'ait à y pénétrer que pendant très peu de temps;
- d) en *Ecosse*, la loi de 2005 sur le tabac, la santé et l'assistance sociale⁸² prévoit des sanctions contre l'interdiction de fumer dans certains lieux. La loi délègue au gouvernement local écossais de déterminer ces lieux. Selon l'ordonnance ainsi édictée⁸³, le champ d'application de l'interdiction s'étend à tous les lieux publics fermés. Outre les lieux d'habitations et véhicules privés, d'autres exceptions sont consenties: il

⁷⁹ Public Health (Tobacco) Act 2002 et Public Health (Tobacco) (Amendment) Act 2004.

⁸⁰ Loi 1993:581.

⁸¹ Loi 2003/04:65.

⁸² The Smoking, Health and Social Care Act (Scotland) 2005.

⁸³ Prohibition of Smoking in Certain Premises Regulations 2006.

est ainsi possible de désigner comme réservées aux fumeurs certaines chambres d'hôtel, ainsi que certaines pièces dans les foyers de soin pour adultes, hospices pour adultes, hôpitaux psychiatriques, lieux de détention et d'interrogatoire, et dans les installations offshore de forage de pétrole.

On constate dès lors que même dans les pays connaissant des interdictions généralisées de fumer dans les lieux publics et de travail, le législateur a prévu un certain nombre d'exceptions, alors que l'IN 129 n'en prévoit pas.

2.1.3.7 Synthèse et conséquences

Il apparaît en conclusion que l'IN 129, telle que formulée, pose des problèmes de compatibilité avec le principe de proportionnalité prévu aux art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst.

Les difficultés en matière de proportionnalité tiennent au fait qu'aucune exception au principe de l'interdiction de fumer dans les lieux publics n'est opérée. Ceci résulte de la définition extrêmement large des lieux publics donnée à l'alinéa 3, sans qu'aucune restriction soit opérée. Cet alinéa peut toutefois à la rigueur être considéré comme encore conforme au principe de proportionnalité, sur la base de l'adage *in dubio pro populo*, constamment réaffirmé par la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui recommande d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidation.

L'alinéa 1 contient quant à lui avant tout des règles déclaratoires, et sa normativité est donc limitée, ne pouvant être interprété comme une délégation législative (ici de rang constitutionnel) faite au Conseil d'Etat. Son sort dépend donc intimement de celui de l'alinéa 2.

Ce dernier contient la prescription visant à interdire de manière générale de fumer dans les lieux publics. Même si ce principe ne contient pas par lui-même d'exceptions – qui seraient, on l'a vu, souhaitables –, on doit toutefois admettre que cette interdiction doit de toute façon faire l'objet d'une législation d'exécution⁸⁴. Par ailleurs, une interprétation historique et systématique⁸⁵ du texte constitutionnel éventuellement adopté permet de comprendre que celui-ci devrait consacrer un certain nombre d'exceptions.

⁸⁴ En effet, plusieurs aspects essentiels de la mise en œuvre de l'interdiction de fumer ne sont pas prévus par l'initiative, notamment la question des sanctions, ou celle de savoir qui est responsable de l'application du texte suivant le type de lieu.

⁸⁵ C'est-à-dire ici une interprétation permettant de rendre la disposition cohérente et compatible avec l'ensemble de l'ordre juridique, ici en particulier avec les art. 5 et 36 Cst.

Au vu de ce qui précède, il apparaît encore possible, en vertu du principe *in dubio pro populo*, de considérer l'IN 129 comme conforme au droit supérieur.

2.2 Exécutabilité

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il ne se justifie pas de demander au peuple de se prononcer sur un sujet qui n'est pas susceptible d'être exécuté. L'invalidation ne se justifie toutefois que dans les cas les plus évidents. L'obstacle à la réalisation doit être insurmontable: une difficulté relative est insuffisante, car c'est avant tout aux électeurs qu'il appartient d'évaluer les avantages et les inconvénients qui pourraient résulter de l'acceptation de l'initiative⁸⁶.

Dans le cas particulier, l'interdiction prévue pourrait donner lieu à quelques difficultés d'application. Etant donné toutefois l'importance de la législation d'application, rappelée dans la section précédente, le législateur jouira, le cas échéant, d'une grande marge de manœuvre dans la mise en application de l'interdiction générale de fumer dans les lieux publics. Il n'y a en l'état pas d'obstacle insurmontable à la réalisation de l'initiative, si bien que celle-ci doit être considérée comme exécutable au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

⁸⁶ ATF 128 I 190 cons. 5, avec références.

B. PRISE EN CONSIDÉRATION DE L'INITIATIVE

Le présent rapport est l'occasion, pour le Conseil d'Etat, de faire le point de l'état des connaissances, sous un angle scientifique, et sur les situations prévalant en Suisse et dans plusieurs pays européens. Ensuite, et partant de ces considérations, le Conseil d'Etat prend plus directement position sur le contenu de l'initiative.

1. Tabagisme actif et passif

La Suisse compte près de 2 millions de fumeurs, soit 31% de la population âgée de 15 ans et plus. Près de la moitié des fumeurs (46%) souhaitent ne pas fumer.

Malgré les progrès réalisés en matière de lutte contre la fumée du tabac, le tabagisme reste la principale cause de mortalité et de morbidité en Europe. En Suisse, le tabagisme est responsable chaque année du décès prématuré de plus de 8'000 personnes⁸⁷. Ceci représente plus de 20 décès prématurés par jour. Il est possible de prédire que la moitié environ des fumeurs réguliers qui n'arrêteront jamais de fumer mourront à cause du tabac et que ceux qui meurent prématurément à cause du tabac perdent en moyenne 22 années d'espérance de vie, dont une grande partie sera gâchée par une mauvaise santé. Au sein de la population féminine, les décès imputables au tabac continuent d'augmenter, et l'ampleur réelle de l'épidémie chez les femmes est encore largement méconnue. Par ailleurs, le tabagisme est de plus en plus lié à la pauvreté et joue un grand rôle dans l'aggravation des inégalités de santé.

Le tabagisme passif est l'exposition à la fumée d'autrui. Il est maintenant possible d'affirmer avec certitude que la fumée passive constitue un danger pour la santé. En Suisse, le décès chaque année de quelques centaines de non-fumeurs lui est imputable. Pour plusieurs milliers d'autres personnes, le tabagisme passif constitue un facteur aggravant de pathologies sous-jacentes. Enfin, les enfants, en particulier ceux en bas âge, mais aussi les enfants à naître sont fortement menacés par la fumée passive.

⁸⁷ Source : Office fédéral de la santé publique, site web 2005, Berne. L'Office fédéral de la statistique indique, sur son site web (Thème 14 Santé < comportements < chiffres-clé), que « 8'000 à 9'000 personnes meurent chaque année en Suisse des suites de leur consommation de tabac ».

2. Impacts directs sur la santé

2.1. Cancers

Le tabagisme (actif et passif) est à l'origine de plus d'une dizaine de cancers différents. Les liens sont aujourd'hui clairement établis entre l'absorption de la fumée du tabac et le risque de développer le cancer aux niveaux des organes suivants : lèvres, cavité buccale, œsophage, pharynx, larynx, poumon, pancréas et vessie. Des relations possibles existent avec les cancers de l'estomac, du foie, des reins, du sinus, ainsi qu'avec la leucémie myéloïde. La relation avec le cancer de l'utérus demeure plus controversée. Quant au cancer du sein, des études épidémiologiques ont montré un lien de causalité entre le risque de développement de cette maladie et l'exposition à la fumée passive.

Le Centre International de Recherche sur le Cancer, une agence officielle à laquelle a recours l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) pour l'expertise scientifique dans ce domaine, a formellement déclaré la fumée passive comme cancérigène en 2002⁸⁸.

Les preuves épidémiologiques appuyées par les études utilisant des marqueurs biologiques et cancérigènes, ont constamment montré un accroissement du risque d'émergence du cancer du poumon dû à une exposition à la fumée passive. Les aspects importants de ce risque sont d'une part les sources d'exposition (exposition durant l'enfance, exposition due au conjoint fumeur, lieu de travail, lieux publics) et d'autre part l'effet de l'augmentation de la durée et de l'intensité d'exposition à la fumée passive⁸⁹.

2.2. Maladies coronariennes et infarctus

En Suisse, ce type de maladies cause chaque année, la mort de 25'000 personnes et environ 3 % de cette mortalité serait attribuable à la fumée passive. Ainsi, on estime que le tabagisme passif cause 10 à 20 fois plus de décès par maladies coronariennes que par cancer du poumon⁹⁰.

⁸⁸ Communiqué de presse no 141 du 19 juin 2002, Centre International de Recherche sur le Cancer, Lyon.

⁸⁹ Hackshaw AK, Law MR, Wald NJ. The accumulated evidence on lung cancer and environmental tobacco smoke. *BMJ* 1997; 315: 980-8; Critchlow T. A review of the evidence base of health, social and economic impacts of smoke free public places in Brighton and Hove. Brighton and Hove: City Primary Care Trust, 2004.

⁹⁰ Kawachi I. Passive smoking and coronary heart disease. *Cardiologica* 1998; 43(7): 667-75.

Assurément, les effets de la fumée passive sur le cœur et le système vasculaire se produisent plus rapidement et expliquent la plus grande proportion de maladies et de mort⁹¹.

Durant les années '90, des études ont établi que les maladies coronariennes causées par la fumée passive étaient la troisième cause de décès aux Etats-Unis, juste derrière le tabagisme actif et l'alcoolisme, et que les non-fumeurs vivant avec des fumeurs présentaient un risque de maladies coronariennes augmenté de 20 à 30 %. Une étude réalisée récemment aux Etats-Unis et concernant les effets cardiovasculaires du bannissement de la fumée de tabac sur les lieux de travail, a estimé que 1'500 cas d'infarctus du myocarde pourraient être évités par ce genre de mesures⁹². 60% de ce bénéfice serait dû aux non-fumeurs qui ne sont plus exposés à la fumée passive et 40% aux fumeurs qui ont arrêté de fumer.

2.3. Maladies de l'appareil respiratoire et autres affections

Bien que les preuves soient moins complètes que dans le cas du cancer du poumon et des maladies coronariennes, il a été constamment démontré que le risque de BPCO (bronchopathies chroniques obstructives) et d'asthme de l'adulte augmente suite à une exposition à la fumée passive⁹³. Les BPCO sont relativement rares chez les non-fumeurs. Une étude a établi une augmentation du risque de BPCO de 25% chez les sujets exposés à la fumée passive⁹⁴.

Pour les asthmatiques, l'augmentation des symptômes de l'asthme suite à une exposition à la fumée passive a été démontrée clairement. Plusieurs revues d'études sur l'asthme de l'adulte ont observé une augmentation du risque entre 25 et 60% de l'asthme de l'adulte dû à une exposition à la fumée passive au domicile ou sur le lieu de travail⁹⁵.

Les pathologies qui peuvent toucher les enfants suite à une exposition à la fumée passive sont très bien répertoriées. Il s'agit notamment de la

⁹¹ Barnoya J, Glantz SA. Secondhand smoke: the evidence of danger keeps growing. *Am J Med* 2004; 116: 201-2.

⁹² Ong MK, Glantz SA. Cardiovascular health and economic effects of smoke-free workplaces. *Am J Med* 2004; 117: 32-8.

⁹³ Critchlow T. A review of the evidence base of health, social and economic impacts of smoke free public places in Brighton and Hove. Brighton and Hove: City Primary Care Trust, 2004.

⁹⁴ Law MR, Hackshaw AK. Environmental tobacco smoke. *Br Med Bull* 1996; 52: 22-34.

⁹⁵ Coultas DB. Passive smoking and risk of adult asthma and COPD: an update. *Thorax* 1998; 53: 381-7.

pneumonie et des bronchites, des crises d'asthme, symptômes de toux et de respiration bruyante, otite moyenne et mort subite du nourrisson.

2.4. Données concernant l'impact sur la santé des travailleurs du secteur de l'hôtellerie-restauration en particulier

Les personnes travaillant dans le secteur de l'hôtellerie-restauration courent un risque de développer des maladies liées à la fumée passive qui est plus élevé que celui des personnes travaillant dans d'autres domaines. Certaines études ont estimé des taux de cotinine⁹⁶ de 12 à 16 fois supérieurs chez le personnel non-fumeur du secteur de l'hôtellerie-restauration par rapport à d'autres travailleurs non-fumeurs. Une étude irlandaise parue en octobre 2005, comparant l'état de santé des employés de bar non-fumeurs avant et après l'introduction de la loi interdisant la fumée, a mis en évidence une diminution de 80% du taux de cotinine dans le sang et de 17% de tout symptôme respiratoire⁹⁷. Ces valeurs sont concordantes avec les appréciations subjectives faites par les travailleurs quant à leur niveau d'exposition. Ces résultats confirment ceux d'une étude californienne fréquemment citée dans la littérature qui avait examiné à la fin des années '90 la santé respiratoire d'employés de bar avant et après l'introduction de la loi anti-tabac⁹⁸.

⁹⁶ La cotinine est une substance résultant de la métabolisation de la nicotine par le corps, se retrouvant dans le sang et les urines. Sa permanence dans le sang est de 48 à 96 heures et elle est considérée comme étant le meilleur marqueur biologique de l'exposition à la fumée de tabac.

⁹⁷ Allwright Sh. et al. Legislation for smoke-free workplaces and health of bar workers in Ireland : before and after study. *BMJ* 2005; 331 : 1117-; publication en ligne du 17 octobre 2005.

⁹⁸ Eisner MD, Smith AK, Blanc PD. Bartenders' respiratory health after establishment of smoke-free bars and taverns. *JAMA* 1998; 280 : 1909-14.

3. Impacts indirects sur la santé

3.1. Environnement sonore

Ces impacts potentiels concernent principalement le voisinage d'établissements publics au sens de la législation sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement (cafés, restaurants, bars, discothèques, ...). En effet, en cas d'interdiction de fumer dans ces établissements, leurs usagers fumeurs pourraient se retrouver en grand nombre sur la voie publique pour des pauses-cigarettes qui pourraient s'avérer particulièrement bruyantes.

Les plaintes d'habitants du voisinage relatives au bruit des usagers, aussi bien en ce qui concerne les terrasses que les sorties des établissements à des heures tardives, représentent actuellement environ le 60% des interventions nocturnes de la police. Dans cette perspective, l'éventuelle introduction d'une interdiction de fumer dans les établissements publics est généralement perçue comme porteuse d'une aggravation de la problématique du bruit.

3.2. Nettoyage, hygiène et sécurité

Il est estimé que le tabagisme est responsable de près de la moitié des incendies sur les lieux de travail⁹⁹. En outre, il joue un rôle important sur la dégradation des locaux et coûte cher à l'entreprise en termes de frais de nettoyage. Ce sont d'ailleurs ces frais et non pas des considérations de santé publique qui ont incité les CFF à supprimer les compartiments fumeurs sur leurs wagons et à interdire de fumer dans certaines parties de leurs gares dès la mi-décembre 2005.

3.3. Impacts sociaux

L'existence d'un lien social fort est un élément qui peut jouer un rôle très significatif pour l'amélioration ou le maintien de la bonne santé d'un individu. La possibilité ou l'interdiction de fumer dans un lieu de vie commun peut donc influencer les relations sociales du groupe et, par conséquent, la qualité du lien social.

L'évolution de la norme sociale fait que dans la plupart des lieux publics une interdiction de fumer, totale ou partielle (dans le temps ou dans l'espace), est en général bien acceptée et entrée dans les mœurs. La question se pose encore pour certains lieux publics spécifiques : les établissements publics tels que les restaurants et les bars; les lieux où l'autonomie du fumeur est

⁹⁹ Dautzenberg B. (ouvrage collectif sous la direction de) : La lutte contre le tabac en entreprise. Editions Margeaux Orange 2000.

fortement limitée (prisons, lieux de soins particuliers, établissements psychiatriques).

En Suisse, une étude de l'Institut de psychologie de l'Université de Zurich réalisée en 2002 a montré que pratiquement 9 personnes sur 10 sont exposées à la fumée du tabac d'autrui dans les bars, les cafés et les restaurants, 3 sur 10 pendant trois heures ou plus par semaine. La moitié des clients exposés ressentent cette consommation passive comme une incommodité très forte (26%) ou plutôt forte (23%). Les établissements enfumés ne sont pas volontiers fréquentés. Une personne sur quatre évite «*toujours*» ou «*souvent*» certains bars, cafés ou restaurants en raison de l'air enfumé, 16% le font «*parfois*» et 23% «*rarement*». Seules 36% des personnes déclarent ne jamais éviter un bar, un café ou un restaurant en raison de l'air enfumé qui y règne.

L'édition 2004 de cette même étude a montré que le tabagisme passif est de plus en plus ressenti comme incommodant : 56% (au lieu de 49% en 2002). Si, en deux ans, l'exposition au tabagisme passif a diminué sur les lieux de travail, qui sont de plus en plus réglementés, il n'y a pratiquement pas eu d'amélioration au niveau de l'exposition dans la restauration et lors des manifestations socioculturelles.

Au printemps 2005, dans le cadre de leurs activités en matière de prévention du tabagisme, le CIPRET (Centre d'information de l'association pour la prévention du tabagisme) et l'association OxyGenève ont commandité à l'Institut Erasm, un sondage sur l'interdiction de fumer dans les établissements publics. Parmi les résultats les plus significatifs de ce sondage, figurent les éléments suivants :

- une majorité des interviewés (67%) se déclare favorable à un bannissement de la fumée, les personnes opposées représentant le 30% des avis. Dans le détail, les non favorables sont majoritaires chez les fumeurs réguliers (61%), alors que les favorables le sont parmi les non-fumeurs (85%);
- la fréquentation va rester la même ou va augmenter pour la très grande majorité des interviewés (83%). Dans le détail, si la stabilité dans la fréquentation est similaire chez les fumeurs réguliers et les non-fumeurs (45%, respectivement 48%) une diminution de la fréquentation devient le choix principal parmi les fumeurs réguliers (49%), alors qu'une augmentation de la fréquentation devient le choix principal parmi les non-fumeurs (48%).

Une nouvelle enquête mandatée par la Ligue suisse contre le cancer à l'Institut universitaire vaudois de médecine sociale et préventive, dont les résultats ont été présentés à Berne le 2 décembre 2005, confirme fermement

ces orientations : en Suisse, 64% des habitants sont favorables¹⁰⁰ à l'interdiction de fumer dans les lieux publics fermés, tandis que 34% s'y opposent.

Néanmoins, la problématique est toute autre en ce qui concerne les lieux publics qui sont aussi lieux de vie et où l'autonomie du fumeur est fortement limitée. Un récent débat au Royaume-Uni a mis en évidence les craintes du personnel de prison, y compris médical, qu'une interdiction de fumer provoquerait un plus grand risque de désordres violents et de trafic illicite dans ce milieu particulier. Le bien-être de la population carcérale, composée en grande partie d'individus perturbés et ayant déjà à faire face à une multitude de problèmes, dont souvent des dépendances aux drogues ou à l'alcool, à 80% fumeurs, avec une fréquence élevée de risques suicidaires, doit être pris en considération. Dans ce cas de figure, le droit des travailleurs à un environnement sain peut être en contradiction avec l'autonomie des personnes à l'intérieur de leur milieu de vie. Des solutions pour éviter ceci ont été proposées : permission de fumer dans sa propre cellule, répartition des cellules en mettant ensemble les fumeurs et les non fumeurs, aménagement de fumeurs.

Les mêmes considérations sont valables pour les institutions traitant des maladies mentales sévères, les services de soins où il faut éviter un cumul non souhaité entre les effets du traitement et le sevrage, ainsi que pour des institutions dont la vocation est de dispenser des services dans un cadre qui s'avère un milieu de vie, par exemple les centres hospitaliers de longue durée ou les centres de réadaptation.

3.4. Impacts économiques

Les estimations des coûts et des bénéfices qu'implique le tabagisme passif ou, a contrario, l'introduction de politiques de bannissement de la fumée portent généralement sur les catégories suivantes : bénéfices de santé, bénéfices de sécurité, réduction des coûts de nettoyage et des dommages à l'équipement, pertes ou gains de productivité, pertes pour les fumeurs réguliers et pour ceux qui arrêtent de fumer (diminution de la satisfaction), pertes pour les caisses publiques.

Ces catégories ont été utilisées dans le cadre du rapport annuel 2003 du médecin-chef du Royaume-Uni. Le résultat de cette analyse conclut à un solde positif pour ce pays de plus d'un milliard de livres. Il est à relever que les estimations sont considérées comme étant prudentes et que les économies

¹⁰⁰ Dans le détail, les non fumeurs sont favorables à 74%, les ex-fumeurs à 68% et les fumeurs à 34%.

pour le Service national de santé, résultant du nombre de personnes qui arrêtent de fumer, n'ont pas été comptabilisées.

Une étude du département des sciences économiques de l'Université du Québec à Montréal de mars 2005 a calculé l'impact économique des mesures proposées dans un projet de loi visant à renforcer la Loi québécoise sur le tabac. Ces mesures concernent notamment l'usage du tabac dans les lieux publics; ce volet particulier représente presque la moitié des coûts totaux estimés. L'étude, qui adopte également une approche conservatrice tendant à sous-estimer l'impact positif et à surestimer l'impact négatif, conclut que l'impact de ces mesures est minime en comparaison de certains des bénéfices attendus. Ainsi, il est estimé que les mesures restreignant ou interdisant le tabagisme dans des locaux commerciaux fréquentés par le public n'auront aucun impact négatif sur la clientèle, sauf peut-être dans le cas des bars et salles de quilles (bowling) et billard. Les coûts estimés de ces mesures seront couverts par une réduction de 0.14 à 0.35% du tabagisme, ce qui se situe nettement en dessous des évaluations disponibles de l'impact réel obtenu après introduction de mesures d'interdiction de la fumée passive.

Ce sont surtout les impacts économiques sur les établissements publics (café-restaurants, etc.) qui représentent le principal point de controverse entre opposants et promoteurs des mesures légales anti-tabac. Pour les opposants, de telles mesures s'avèrent très néfastes pour la santé économique des établissements, dans la mesure où elles provoquent une diminution drastique de la clientèle des fumeurs et des revenus qui en découlent.

Pour les promoteurs au contraire, ces mesures sont un moyen efficace pour créer des espaces conviviaux et sains pour le plus grand nombre, susceptibles de garder l'ancienne clientèle et d'en attirer une nouvelle, composée des clients non-fumeurs qui d'habitude évitent les établissements où la fumée est autorisée (voir plus haut, les résultats de l'étude zurichoise). Ils affirment que ces mesures permettent également des économies sur les frais de nettoyage et de ventilation, éviteraient des accidents et assureraient une plus haute productivité du travail (moins de pauses-cigarette, moins d'absentéisme pour des problèmes de santé).

Finalement, le bannissement des substances nocives permet de réduire les coûts sur le système de santé, en raison d'un moindre recours à des soins, que ce soit de la part des employés que de la clientèle.

A New York par exemple, une enquête menée en 2005 a montré un équilibre parfait entre ceux qui ont cessé de fréquenter les bars et les restaurants de la ville car on ne peut plus fumer (7%) et ceux qui ont recommencé de les fréquenter pour la même raison (7% également). Avec le

recul, 90% des restaurateurs estiment que cette mesure a été positive en induisant une meilleure santé de leurs employés.

Plusieurs études dans la littérature internationale se sont penchées sur la question de l'impact économique pour les établissements. Une analyse comparative de 97 d'entre elles nous apprend que plus des 2/3 de ces études concluent à un impact positif ou nul de l'introduction de politiques de bannissement de la fumée sur les revenus des établissements publics. En outre, les études concluant à des impacts négatifs montrent presque systématiquement une faible qualité scientifique, sont souvent réalisées à partir de données subjectives et ont toujours été financées par l'industrie du tabac ou par des structures qui lui sont proches.

4. Situation législative en matière de tabagisme passif dans les lieux publics

4.1. Au niveau international

La situation évoluant très rapidement dans ce domaine, il serait utile de souligner que ce qui suit reflète la situation observée début décembre 2005.

Entrée en vigueur le 27 février 2005, la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte anti-tabac stipule clairement dans son article 8 la protection contre la fumée du tabac dans les lieux de travail intérieurs et les lieux publics intérieurs («*Protection contre l'exposition à la fumée de tabac*»).

De nombreux pays ont introduit ou envisagent d'introduire des politiques limitatives en matière de fumée dans les lieux publics. Il est possible de distinguer deux grandes orientations :

- la première adopte le bannissement total de la fumée (Irlande, Ecosse, Norvège, Nouvelle Zélande, Californie et une dizaine d'autres Etats des USA, Ville de New York, une majorité des Provinces canadiennes, la quasi-totalité des territoires d'Australie), avec la possibilité de créer des espaces spécifiquement destinés aux fumeurs (Italie);
- la deuxième préconise des aménagements (zones spécifiques et ventilation) permettant la cohabitation entre fumeurs et non-fumeurs et la protection de la santé des travailleurs (Royaume-Uni, France). Néanmoins, en France, un projet de loi visant à interdire toute consommation de tabac dans les lieux publics et les lieux de travail a été déposé en octobre 2005 à l'Assemblée nationale puis retiré¹⁰¹. En ce qui concerne le Royaume-Uni, le gouvernement britannique a décidé en

¹⁰¹ Cf. supra point 2.1.3.6.4, p. 24.

novembre 2005 d'introduire dans la législation une interdiction partielle de fumer dans les lieux publics dès l'été 2007 : seront notamment exempts de cette interdiction les bars ne servant pas de nourriture.

Enfin, les autorités belges ont décidé d'interdire de fumer sur les lieux de travail, constatant l'échec ces dix dernières années de la méthode de la «*courtoisie*», consistant à demander aux fumeurs de respecter les non fumeurs. A partir de janvier 2006, il sera interdit de fumer dans tous les lieux de travail, à l'exception des bars et des restaurants, où la mesure entrera en vigueur un an plus tard. La Belgique devient ainsi le sixième États européens à interdire de fumer au travail : en plus de l'Irlande et de l'Italie déjà citées, les Pays-Bas, la Suède et Malte ont également pris de telles dispositions.

4.2. En Suisse

La Suisse a signé le 24 juin 2004 la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte anti-tabac, mais ne l'a pas encore ratifiée. Compte tenu du cadre législatif existant qui nécessite des modifications, la ratification suisse ne pourra pas intervenir avant 2010.

Le tabac est actuellement assimilé aux denrées alimentaires et est soumis à la Loi du 9 octobre 1992 (LDAI). La protection des travailleurs non-fumeurs est, quant à elle, inscrite dans l'art. 19 OLT 3: «*L'employeur doit veiller, dans le cadre des possibilités d'exploitation, à ce que les travailleurs non-fumeurs ne soient pas incommodés par la fumée d'autres personnes*». Une directive du Secrétariat d'Etat à l'économie précise les modalités de mise en œuvre de cet article. Elle indique que le fait d'être «*incommodé*» procède uniquement d'une appréciation subjective des personnes concernées. Partant, le principe général retenu est celui d'une cohabitation entre fumeurs et non-fumeurs par le biais de mesures d'aménagement (espaces séparés, ventilation, filtrage, etc.). L'interdiction de fumer n'est préconisée qu'en dernier recours, au cas où aucune autre solution satisfaisante ne pourrait être mise en œuvre. Elle doit être introduite à la demande spécifique des travailleurs non-fumeurs.

La politique du Conseil fédéral en matière de tabagisme fait l'objet d'un programme global depuis une dizaine d'années. Le Conseil fédéral a décidé de prolonger de 2 ans le Programme national pour la prévention du tabagisme 2001-2005. Par la suite, la relève sera assurée par le programme 2008-2012, actuellement en préparation (projet StraTabac).

Le programme actuel s'articule autour de 3 axes principaux :

- éviter le début du tabagisme;
- conduire à l'arrêt du tabagisme;

- protéger contre la fumée passive.

Un des objectifs du programme, intitulé «*Air sans fumée à disposition des non-fumeurs*», vise à offrir aux non-fumeurs la possibilité de fréquenter, en tout temps, des lieux sans fumée. Le programme préconise certaines approches, en soulignant le rôle central dans ce domaine des cantons.

Concernant les établissements publics, différentes initiatives visant à la limitation ou à l'interdiction de fumer dans les établissements publics ont été lancées.

Au niveau fédéral, un postulat demandant la possibilité d'édicter des directives contraignantes pour la protection des fumeurs a été accepté par le Conseil fédéral en septembre 2002. Une initiative parlementaire visant à compléter ce postulat par la possibilité d'introduire des modifications au droit existant a été déposée en octobre 2004 par 20 parlementaires représentatifs de tout l'échiquier politique. Les commissions compétentes des Chambres fédérales ont décidé de lui donner suite (celle du Conseil national en avril et celle du Conseil des Etats en août 2005).

Au niveau cantonal, la création de zones non-fumeurs se fait le plus souvent sur une base non-contraignante («*si les conditions le permettent*»). Des dispositions plus contraignantes sont néanmoins à l'étude dans plusieurs cantons. Au Tessin, le projet de loi déposé en octobre 2004 et demandant l'interdiction de la fumée à l'intérieur des établissements publics en envisageant la possibilité de créer des espaces physiquement séparés à l'intention des fumeurs, a été approuvé par le Grand Conseil en octobre 2005.

4.3. A Genève

Le dispositif législatif genevois en matière de tabagisme s'appuie sur l'application des lois fédérales existantes. Néanmoins, le Grand Conseil genevois a souhaité aller plus loin, en proposant une disposition qui prévoit l'interdiction de l'affichage sur le domaine public, ou sur le domaine privé visible du domaine public, de publicité pour le tabac. Cette proposition, qui a fait l'objet d'un examen de constitutionnalité, a été reconnue comme légitime par le Tribunal Fédéral en mars 2002.

La politique du Conseil d'Etat de déclarer l'administration cantonale «*sans fumée, mais pas sans fumeurs*» a été largement mise en place dans les différents bâtiments de l'Etat, y compris les Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG) et l'Université. Rappelons que les bus et les trams des Transports Publics Genevois sont exempts de fumée depuis très longtemps. C'est aussi le cas pour certaines autres catégories de lieux publics (cinémas, églises, etc.).

5. Efficacité des mesures potentielles

5.1. Impacts sur le comportement en matière de tabagisme

L'introduction de mesures de restriction s'avère être un moyen pertinent pour la réduction, aussi bien du nombre de fumeurs que de la quantité de cigarettes consommées. Une étude de la Banque mondiale¹⁰² est arrivée à la conclusion que l'introduction de mesures restrictives est susceptible de réduire la consommation de cigarettes chez la majorité des travailleurs de 4 à 10%.

Une première étude sur l'impact de l'interdiction de fumer dans les lieux publics en Italie, dont les résultats ont été publiés en novembre 2005¹⁰³, montre que la consommation de tabac dans ce pays a chuté d'environ 8% depuis l'introduction de cette interdiction, par rapport à la même période (janvier à avril) en 2004.

L'existence d'une interdiction, totale ou partielle, de fumer contribue considérablement à la réussite des tentatives d'arrêter de fumer. Toutefois, il semblerait que les effets en situation d'interdiction partielle sont la moitié moins importants qu'en situation d'interdiction totale. Par ailleurs, on craint que l'interdiction partielle ne creuse davantage les inégalités en matière de santé¹⁰⁴.

¹⁰² World Bank. Curbing the epidemic: governments and the economics of tobacco control : development in practice. Washington: World Bank, 1999.

¹⁰³ *Annals of Oncology* du 7 novembre 2005, cité in : Dobson R. Italy's smoking ban has led to an 8% drop in tobacco consumption. News. *BMJ* 2005; 331 : 1159 (19 novembre).

¹⁰⁴ Woodall AA et al. The partial smoking ban in licensed establishments and health inequalities in England : modelling study. *BMJ* 2005; 331 : 488-489 (3 septembre); O'Dowd A. Total smoking ban best way to narrow health gap between rich and poor, MP's told. News roundup. *BMJ* 2005; 331 : 985 (29 octobre).

5.2. *Les aménagements dans les établissements publics*

La ventilation a été largement promue par l'industrie du tabac et parfois celle de l'accueil en tant que moyen efficace pour réduire la fumée visible et les odeurs qui y sont associées. Toutefois, les évaluations réalisées sur l'efficacité des aménagements destinés à éliminer la fumée (ventilation par dilution, ventilation par déplacement des masses d'air, systèmes de filtrage ou d'ionisation de l'air) ne permettent pas de conclure qu'ils garantissent la protection de la santé. Très souvent, les systèmes utilisés se limitent à enlever la partie visible de la fumée, la partie gazeuse contenant les particules les plus nocives demeurant intacte. Qui plus est, d'un point de vue économique, ces solutions techniques s'avèrent relativement coûteuses, aussi bien à l'achat et à l'installation, qu'en termes de maintenance. Comparativement, une politique de bannissement permet d'atteindre le risque zéro, sans équipements complémentaires et avec des plus faibles coûts de maintenance et de contrôle.

La question des fuites de fumée passive provenant de fumeurs a été spécifiquement étudiée récemment¹⁰⁵. Ces études concluent que les solutions les plus efficaces sont celles qui permettent d'évacuer directement vers l'extérieur la fumée se trouvant à l'intérieur d'espaces parfaitement isolés. En ce qui concerne l'aménagement des espaces sans séparation physique formelle, elles indiquent que l'exposition à la fumée passive dans les espaces non-fumeurs peut s'avérer similaire ou représenter jusqu'à la moitié de celle présente dans les espaces fumeurs.

5.3. *Degré de conformité aux dispositions réglementaires*

Dans les pays ayant introduit une loi, l'on relève le plus souvent un taux de mise en conformité élevé, autour de 90% et au-delà (la France fait exception à ce sujet, en raison de la rare application des sanctions prévues en cas de non-respect de la Loi Evin¹⁰⁶).

Cette mise en conformité augmente de manière régulière au fil du temps. A New York par exemple, une récente enquête menée dans plus de 22'000 établissements (bars et restaurants) a montré que près de 97% des

¹⁰⁵ Alevantis L, Wagner J, Fisk W et al. Designing for smoking rooms. *ASHRAE Journal* 2003; 47 : 26; Wagner J, Sullivan DP, Faulkner D, et al. Environmental tobacco smoke leakage from smoking rooms. *J Occup Environ Hyg* 2004; 1 : 110-8.

¹⁰⁶ La loi Evin, en vigueur depuis 1991, impose la création d'espaces non-fumeurs aux restaurants, cafés et brasseries.

lieux inspectés étaient en conformité par rapport à la loi anti-tabac. Le même taux de conformité a été observé en Nouvelle-Zélande en avril 2005, 4 mois après la transformation de l'interdiction partielle en interdiction totale de fumer dans les lieux publics.

Parmi les pays ayant utilisé une approche sur une base volontaire au travers de Chartes, comme au Royaume-Uni jusqu'à présent, l'on constate que la mise en conformité demande le déploiement de multiples stratégies d'encouragement, avec des taux de conformité qui restent malgré tout relativement bas.

5.4. Conditions pour la mise en application efficace d'une éventuelle disposition légale interdisant de fumer dans les établissements publics

En cas d'adoption de l'initiative, il faudrait veiller à créer les conditions nécessaires pour que le contrôle de la mise en application de la loi puisse se faire de manière efficace et équitable pour tous les acteurs concernés. Dans cette perspective, une loi qui interdirait la fumée dans les établissements, mais qui autoriserait la création d'espaces ad hoc, convenablement étanches et ventilés, s'avèrerait nettement plus exigeante en ressources financières et en moyens de contrôle.

C. POSITION DU CONSEIL D'ETAT

Pour le Conseil d'Etat, le tabagisme actif et passif constitue l'un des principaux problèmes de santé publique. Depuis plus de dix ans, il a fait de la lutte contre ce fléau une de ses priorités et a développé une politique volontariste en la matière, souvent citée dans le reste de la Suisse et qui lui a déjà valu par le passé les distinctions de l'OMS.

Malgré tout, la marge de progression est encore importante, particulièrement au niveau du tabagisme passif. Bien que plus des deux tiers de la population suisse ne fument pas, cette large majorité est exposée aux dangers de la consommation du tabac par la fumée passive. Les enfants en particulier ont moins de possibilités de se défendre contre la fumée du tabac. La fumée passive nuit plus à leur organisme, qui n'est encore que partiellement développé, qu'à celui des adultes.

En outre, après les mesures prises par les autorités aux plans international, fédéral et cantonal, la population a aujourd'hui conscience des dangers jusqu'ici sous-estimés du tabagisme passif. Cette même population demande

de plus en plus vigoureusement d'être protégée contre ce risque non voulu, notamment dans les lieux publics.

Enfin, il est clairement du devoir des pouvoirs publics d'intervenir pour garantir cette protection de la population en général et de certaines catégories de travailleurs en particulier, protection traduite en actions concrètes dans plusieurs pays, régions ou villes par l'introduction de mesures légales contraignantes.

Partant de ce qui précède, le Conseil d'Etat soutient les objectifs poursuivis par l'IN 129 et entend que des mesures soient prises pour pallier l'état de fait actuel. Celles préconisées par l'initiative sont-elles les bonnes?

Comme expliqué plus haut, la délimitation temporelle – mise en place d'horaires permettant de fumer une partie du temps – de même que la délimitation géographique – espaces fumeurs – constituent des mesures très partielles et insuffisantes pour protéger les non-fumeurs dans les établissements publics.

Si ces propositions sont minimalistes et – nous le répétons – insuffisantes, convient-il pour autant de leur opposer des mesures drastiques et absolutistes? Le Conseil d'Etat estime que non et qu'en ce sens, l'IN 129, en particulier par l'alinéa 3 de l'article 178B tel que proposé, a une portée trop large. En effet, il existe des situations particulières où une application stricte des mesures demandées par l'initiative, sans possibilité de prévoir des exceptions, conduirait à des solutions contre-productives ou éthiquement et humainement délicates. C'est le cas notamment lorsque des lieux publics sont aussi des lieux de vie et où l'autonomie du fumeur serait fortement limitée : milieux carcéraux, institutions psychiatriques, centres hospitaliers de longue durée, centres de réadaptation, certains services de soins, etc. Il apparaît qu'en termes d'opportunité, une approche permettant des exceptions doit être envisagée.

Ainsi, si l'initiative apporte dans l'ensemble une solution valable au grave problème de la fumée passive dans les lieux publics, la possibilité de prévoir des exceptions pour les cas particuliers reste une nécessité. C'est pourquoi le Conseil d'Etat estime qu'il conviendrait de proposer un contre-projet direct qui aurait pour dessein de circonscrire, soit par un nouvel alinéa 3 soit par la loi d'application qui découlera de la nouvelle norme constitutionnelle, la portée de l'interdiction de fumer prévue par l'IN 129.

D. CONCLUSION

Au bénéfice de ces explications, le Conseil d'Etat vous invite, Mesdames et Messieurs les députés, à constater que l'initiative IN 129, en application du principe *in dubio pro populo*, est recevable.

Quant à l'opportunité d'interdire de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés, tout particulièrement dans ceux qui sont soumis à une autorisation d'exploitation, le Conseil d'Etat, pour des raisons liées à la protection de la santé des travailleurs, au respect de la liberté et du droit à la protection de la sphère privée des non-fumeurs, mais aussi pour tenir compte du respect de l'autonomie des personnes vivant des situations particulières, vous invite à rejeter l'initiative et à lui opposer un contre-projet direct tenant compte des considérations développées dans le présent rapport.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

Le chancelier :
Robert Hensler

Le président :
Pierre-François Unger