

VINCENT MARTENET
 PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE
 L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE
 MEMBRE DE LA COMMISSION FÉDÉRALE DE LA CONCURRENCE^{*}
 DR EN DROIT, TITULAIRE DU BREVET D'AVOCAT, LL.M.

GRAND CONSEIL			
Expédié le:		Session GC: 18-19.05.2006	
Président	X	Députés (100)	
Correspondance GC	X	Bureau	X
Secrétariat		Chefs de groupe	X
Commission:			
Objet:			
Copie à:			

**LA VALIDITÉ DE L'INITIATIVE
 POPULAIRE 129
 « FUMÉE PASSIVE ET SANTÉ »
 *** NOTE DE SYNTHÈSE *****

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

1. Les conclusions de notre avis de droit

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

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

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

¹ Dans le même sens, ANDREAS AUER, *Le droit face à la political correctness : la constitutionnalité de l'initiative populaire genevoise « Fumée passive et santé »*, PJA 2006, pp. 3-20, 13, n° 73.

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

³ Voir *infra* 3 et 4.

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

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

2. Les solutions envisageables

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

⁴ Article 178B al. 3 let. b Cst. GE.

⁵ Rapport de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS), présenté par Mme BERNADETTE ROUSSILLE à la demande du Ministre français de la santé et de la solidarité. Paris, décembre 2005. pp. 41-42.

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

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

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

3. La solution que nous préconisons

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

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

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

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

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

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

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

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

4. La justification de la solution retenue

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

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

¹⁰ Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur la validité et la prise en considération de l'initiative populaire 129 « Fumée passive et Santé », du 11 janvier 2006, p. 26.

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

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

¹³ Article 34 Cst. féd.

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

Voir aussi, dans le même sens, les notes explicatives à l'appui de la législation récemment adoptée par la Chambre des Communes en Angleterre (article 3 § 3 du Health Bill [76] du 15 février 2006) : « *Subsection (2) gives examples of the type of exempted premises currently envisaged. They are premises which act as an individual's dwelling or are clearly private space, whether this is on a permanent or temporary basis. This would include bedrooms in a hotel, bed and breakfast or hostel, which are designated for the use of a particular person or groups of persons by the proprietor. In premises such as prisons and long-term adult care homes, which are a person's full time place of residence for an extended period, designated smoking rooms/areas may be allowed as it may be impossible for smoking to take place outside for safety, health or practical reasons.* » (§ 40 des notes explicatives).

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

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

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

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

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

* * *

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

Lausanne, le 4 mai 2006

Prof. Vincent Martenet