

Numéro du rôle : 6121
Arrêt n° 31/2016 du 3 mars 2016

A R R E T

En cause : les questions préjudicielles concernant les articles 2, 7° et 9°, v, 3, 6 et 14 de la loi du 22 décembre 2009 instaurant une réglementation générale relative à l'interdiction de fumer dans les lieux fermés accessibles au public et à la protection des travailleurs contre la fumée du tabac, posées par la Cour de cassation.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents E. De Groot et J. Spreutels, et des juges A. Alen, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, T. Giet et R. Leysen, assistée du greffier F. Meersschant, présidée par le juge A. Alen,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* * *

I. Objet des questions préjudicielles et procédure

Par arrêt du 9 décembre 2014 en cause de E. V.B., dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 18 décembre 2014, la Cour de cassation a posé les questions préjudicielles suivantes :

1. « L'interdiction de fumer telle qu'elle est contenue dans l'article 3 de la loi du 22 décembre 2009 instaurant une réglementation générale relative à l'interdiction de fumer dans les lieux fermés accessibles au public et à la protection des travailleurs contre la fumée du tabac viole-t-elle l'article 128 de la Constitution et l'article 5, § 1er, I, alinéa 1er, 8°, et alinéa 2, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles en ce que la loi, en instaurant une interdiction générale de fumer dans les lieux accessibles au public, prévoit des mesures en matière de médecine préventive ? »;

2. « L'article 2, 7°, l'article 2, 9°, v, l'article 3, l'article 6 et l'article 14 de la loi du 22 décembre 2009 instaurant une réglementation générale relative à l'interdiction de fumer dans les lieux fermés accessibles au public et à la protection des travailleurs contre la fumée du tabac violent-ils :

- les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 23 de celle-ci, avec l'article 6, § 1er, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et avec l'article II.3 du Code de droit économique, en vertu duquel chacun est libre d'exercer l'activité économique de son choix, en ce que ces dispositions prévoient la possibilité d'installer un fumoir fermé équipé d'un système d'extraction de fumée ou d'un système d'aération spécialisés, satisfaisant aux conditions fixées par le Roi, dans lequel il est permis de fumer, par dérogation à l'interdiction de principe de fumer ?

- les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec le droit de propriété, garanti par l'article 16 de la Constitution et par l'article 1.1 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, des exploitants de débits de boissons qui n'occupent pas de personnel, dont les débits de boissons sont considérés par la loi comme des ' lieux accessibles au public ', ce qui implique que l'interdiction générale de fumer y est pleinement applicable ? ».

Des mémoires et mémoires en réponse ont été introduits par :

- E. V.B., assisté et représenté par Me F. Judo et Me D. Gybels, avocats au barreau de Bruxelles;

- le Conseil des ministres, assisté et représenté par Me J.-F. De Bock et Me V. De Schepper, avocats au barreau de Bruxelles.

Par ordonnance du 25 novembre 2015, la Cour, après avoir entendu les juges-rapporteurs R. Leysen et T. Giet, a décidé que l'affaire était en état, qu'aucune audience ne serait tenue, à moins qu'une partie n'ait demandé, dans le délai de sept jours suivant la réception de la notification de cette ordonnance, à être entendue, et qu'en l'absence d'une telle demande, les débats seraient clos le 16 décembre 2015 et l'affaire mise en délibéré.

A la suite de la demande d'une partie à être entendue, la Cour, par ordonnance du 16 décembre 2015, a fixé l'audience au 13 janvier 2016.

A l'audience publique du 13 janvier 2016 :

- ont comparu :
 - . Me F. Judo et Me T. Souverijns, avocat au barreau de Bruxelles, pour E. V.B.;
 - . Me V. De Schepper, qui comparaisait également *loco* Me J.-F. De Bock, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs R. Leysen et T. Giet ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *Les faits et la procédure antérieure*

E. V.B. a été condamné le 7 décembre 2012 par le Tribunal correctionnel de Malines pour ne pas avoir apposé des interdictions de fumer et pour avoir installé des cendriers dans le café qu'il exploite. Le Tribunal n'a pas accédé à la demande visant à poser trois questions préjudicielles à la Cour. Le ministère public et E. V.B. ont interjeté appel de ce jugement. Par arrêt du 25 septembre 2013, la Cour d'appel d'Anvers a confirmé la condamnation en première instance et a refusé à son tour d'accéder à la demande de poser trois questions préjudicielles à la Cour.

E. V.B. s'est pourvu en cassation contre cet arrêt au motif que la Cour d'appel d'Anvers aurait injustement rejeté la demande visant à poser trois questions préjudicielles à la Cour. Par arrêt du 9 décembre 2014, la Cour de cassation a jugé qu'il y avait lieu de poser deux des trois questions préjudicielles suggérées.

III. *En droit*

- A -

A.1.1. Quant à la première question préjudicielle, E. V.B. estime que l'application de l'article 3 de la loi du 22 décembre 2009 viole les règles répartitrices de compétence, plus précisément l'article 128 de la Constitution et l'article 5, § 1er, I, alinéa 1er, 8°, et alinéa 2, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. La loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles contient en effet une attribution de compétence aux communautés pour ce qui est de la médecine préventive, à laquelle les mesures prophylactiques nationales et l'assurance maladie-invalidité constituent les seules exceptions, qui doivent être interprétées de manière restrictive. La compétence des communautés en matière de médecine préventive englobe toutes les mesures et actions ayant pour objet de promouvoir, protéger ou maintenir la santé des individus. Un des aspects de cette politique de santé préventive est, ainsi qu'il a été mentionné au cours des travaux préparatoires et ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour, la prévention du cancer.

Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 22 décembre 2009 que l'objectif sous-jacent consiste à protéger les non-fumeurs contre le tabagisme passif, à inciter les fumeurs à arrêter de fumer et à protéger la santé des travailleurs en garantissant un lieu de travail exempt de fumée, notamment en vue de la prévention du cancer. L'instauration d'une interdiction générale de fumer dans les cafés doit dès lors être comprise comme étant une mesure de médecine préventive. A l'appui de cet argument, E. V.B. se réfère à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat concernant la proposition de loi « visant à créer un fonds de prévention du tabagisme », selon lequel la prévention du tabagisme relève de la médecine préventive. Par ailleurs, les compétences attribuées aux communautés et aux régions doivent être interprétées de manière extensive. Il convient dès lors de situer l'interdiction de fumer, dans son ensemble, dans la sphère de compétence des communautés en matière de médecine préventive.

A.1.2. De surcroît, l'interdiction de fumer ne relève pas des mesures prophylactiques qui sont réservées à l'autorité fédérale. Selon la jurisprudence de la Cour, fondée sur les travaux préparatoires, cette exception est en effet limitée aux vaccinations imposées par la loi. L'interdiction de fumer ne cadre pas davantage avec la compétence de l'autorité fédérale en matière de santé publique, étant donné qu'à défaut d'une disposition expresse, il n'existe pas d'exception générale en matière de santé publique. La simple circonstance que la mesure a un impact sur la santé publique en général n'a pas pour conséquence que cette mesure puisse relever de la compétence résiduelle fédérale en matière de santé publique. C'est également l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat. Il n'existe que deux exceptions reconnues à la compétence communautaire en matière de médecine préventive, à savoir la protection contre les radiations ionisantes et les mesures instaurant exclusivement une réglementation ou une interdiction en matière de publicité ou de sponsoring émanant de produits du tabac.

A.1.3. Enfin, une interdiction générale de fumer ne relève pas davantage de la compétence de l'autorité fédérale en matière de protection du travail. La protection des travailleurs n'est qu'un des objectifs poursuivis par l'instauration de l'interdiction générale de fumer. La loi du 22 décembre 2009 a également pour objet de protéger les non-fumeurs contre le tabagisme passif et d'inciter les fumeurs à arrêter de fumer ou du moins à réduire leur consommation de tabac. Par ailleurs, l'interdiction de fumer est applicable à des endroits où aucun travailleur n'est occupé. Cette loi règle dès lors des aspects qui ne portent pas sur la protection du travail, mais qui relèvent essentiellement de la médecine préventive. La première question préjudicielle appelle dès lors une réponse affirmative.

A.2.1. Le Conseil des ministres estime quant à lui que la question préjudicielle appelle une réponse négative. En premier lieu, le Conseil des ministres fait valoir que l'interdiction générale de fumer n'est pas une initiative en matière de médecine préventive et ne relève dès lors pas de la compétence des communautés. La sixième réforme de l'Etat a habilité les communautés à prendre toutes les initiatives de médecine préventive, alors que celles-ci étaient, par le passé, compétentes pour les activités et services de médecine préventive. Le Conseil des ministres souligne que cette modification n'est pas fondamentale. Il ressort des travaux préparatoires que le but était de transférer aux communautés une série d'instruments de financement fédéraux en matière de prévention. Le Conseil des ministres observe en outre que l'attribution de compétences dans le cadre de la sixième réforme de l'Etat ne porte pas sur la législation existante. En ce qui concerne les activités et services de médecine préventive, la section de législation du Conseil d'Etat a dit, dans son avis n° 53.018/VR, que les mesures qui peuvent contribuer à la santé de l'individu, mais qui ne concernent qu'indirectement des maladies et affections échappent à la compétence des communautés en matière de médecine préventive.

A.2.2. En second lieu, le Conseil des ministres estime que l'autorité fédérale est compétente pour prévoir une interdiction générale de fumer aux endroits accessibles au public sur la base de sa compétence résiduelle en matière de santé publique et de protection du travail. La compétence résiduelle pour la santé publique découle de l'article 5, § 1er, I, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qui est restée inchangée même après la sixième réforme de l'Etat. Par conséquent, l'autorité fédérale peut prendre des mesures dans des matières pour lesquelles les régions et les communautés ne sont pas compétentes lorsque l'exercice des compétences communautaires ou régionales n'est pas affecté de manière disproportionnée. La thèse selon laquelle l'autorité fédérale aurait perdu sa compétence en matière de santé publique, du fait qu'il n'existerait pas d'exception générale à la compétence des communautés pour la santé publique, est dès lors manifestement erronée. De surcroît, l'interdiction générale de fumer n'a pas de conséquences disproportionnées. Elle ne prive en aucune manière de leur portée les compétences attribuées aux communautés.

A.2.3. En ordre subsidiaire, le Conseil des ministres relève que l'interdiction générale de fumer n'est qu'une dernière étape d'une importante évolution de la réglementation contre le tabagisme, qui a commencé en

1976 et qui s'inscrit dans le cadre d'autres compétences spécifiques de l'autorité fédérale en matière de politique de santé. Le Conseil des ministres souligne que la loi du 22 décembre 2009 trouve indirectement son fondement dans la loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits. Cette matière est exclue de la compétence communautaire en matière de politique de santé et relève de la compétence fédérale. Le Conseil des ministres se réfère à la réglementation relative à la publicité pour le tabac et développe un raisonnement par analogie. En effet, la publicité pour le tabac s'inscrit également dans le cadre de la loi du 24 janvier 1977. La Cour a déjà considéré que l'autorité fédérale est compétente pour cette réglementation, de même que pour l'interdiction de publicité commerciale pour le tabac, alors que les communautés sont compétentes pour les campagnes d'information relatives à la médecine préventive. Il découle de cette jurisprudence que l'interdiction générale de fumer relève de la compétence fédérale.

A.3.1. En ce qui concerne la première branche de la deuxième question préjudicielle, E. V.B. estime que les articles 6 et 14 de la loi du 22 décembre 2009 créent une inégalité de traitement entre les établissements horeca qui peuvent installer un fumoir et les autres établissements, généralement les petits cafés populaires, qui ne disposent pas des moyens financiers ou pratiques pour en installer un. Les conséquences néfastes pour de nombreux établissements horeca ressortent également de diverses études. Par ailleurs, l'objectif de l'interdiction de fumer peut être atteint d'une manière moins excessive en indiquant tout simplement dans chaque établissement s'il est interdit de fumer ou non. Les non-fumeurs peuvent ainsi décider librement s'ils veulent être exposés au tabagisme passif.

A.3.2. Dans la mesure où l'obligation de prévoir des fumoirs, comme unique mesure permettant aux clients de fumer, est applicable à tous les exploitants de cafés, en ce compris ceux qui ne disposent pas de possibilités pratiques ou financières, le régime porte également une atteinte discriminatoire au droit fondamental à la liberté de commerce et d'industrie garanti par l'article II.3 du Code de droit économique. Non seulement la catégorie des exploitants de cafés qui ne peuvent installer un fumoir est privée de revenus importants, mais cette catégorie subit également un préjudice concurrentiel disproportionné. Par ailleurs, dans son arrêt n° 37/2011, la Cour a uniquement jugé qu'il ne peut être établi une distinction en fonction du type de repas offerts dans l'établissement horeca. Des exceptions fondées sur la liberté de commerce et d'industrie sont donc en principe possibles, voire nécessaires. E. V.B. se réfère, à l'appui de ses arguments, à une affaire analogue, où la Cour constitutionnelle fédérale allemande a conclu à la violation de la liberté de commerce et d'industrie.

A.4. Le Conseil des ministres souligne en premier lieu que la question préjudicielle est irrecevable, au motif qu'elle n'indique pas quelles sont les catégories de personnes à comparer.

En ordre subsidiaire, le Conseil des ministres fait valoir en premier lieu que la loi en cause n'établit aucun traitement inégal. En effet, le législateur traite tous les endroits fermés accessibles au public de manière égale et un fumoir peut en principe être installé partout. Le fait que ce fumoir doit en outre être équipé d'une installation d'aspiration d'air est strictement nécessaire en vue de la réalisation de l'objet de la loi, qui est de protéger les non-fumeurs et les travailleurs dans le secteur concerné.

En second lieu, le Conseil des ministres estime qu'il n'est nullement question d'une violation de la liberté de commerce et d'industrie. La loi originale du 22 décembre 2009 prévoyait bien un traitement distinct en excluant les petits cafés populaires de l'interdiction de fumer. La Cour a toutefois annulé cette distinction dans l'arrêt n° 37/2011, étant donné qu'à la lumière des normes juridiques européennes en la matière, le droit à la protection de la santé est absolu et qu'il ne peut être établi une exception selon la nature de l'établissement. La Cour a également rejeté le motif économique que le législateur invoquait à l'époque. Par conséquent, il ne saurait être question aujourd'hui d'une violation du principe d'égalité ou de la liberté de commerce et d'industrie.

A.5. Quant à la deuxième branche de la deuxième question préjudicielle, E. V.B. estime que l'installation de fumoirs en tant qu'unique exception à l'interdiction de fumer viole le droit de propriété, tel qu'il est garanti par l'article 16 de la Constitution et par l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. La catégorie des exploitants de cafés qui ne peuvent installer un fumoir, pour des raisons financières ou pratiques, est atteinte dans son droit de propriété, étant donné que le législateur prescrit des investissements patrimoniaux que ces exploitants ne peuvent réaliser. A l'appui de cet argument, il est invoqué une étude qui démontre une baisse du chiffre d'affaires et que les petits établissements horeca souffriraient plus que les grands établissements horeca.

A.6. Le Conseil des ministres fait valoir en premier lieu que la deuxième branche de la deuxième question préjudicielle doit également être considérée comme irrecevable, étant donné que l'on n'aperçoit absolument pas ce qui est demandé à la Cour.

En ordre subsidiaire, le Conseil des ministres estime que la question préjudicielle appelle une réponse négative. En premier lieu, il n'est nullement question de catégories de personnes différentes. Les exploitants d'établissements horeca qui emploient du personnel ne diffèrent en effet pas de ceux qui n'emploient pas de personnel. En effet, la loi du 22 décembre 2009 vise non seulement à protéger le travailleur, mais également à protéger le client non-fumeur.

Le Conseil des ministres explique ensuite que le droit de propriété des exploitants de débits de boissons qui n'occupent pas de personnel n'est pas violé par les dispositions en cause. La loi du 22 décembre 2009 n'implique ni une expropriation, ni une réglementation de l'utilisation de la propriété. En effet, le propriétaire n'est nullement obligé d'installer un fumoir, *a fortiori* de faire des investissements patrimoniaux.

En ordre plus subsidiaire, le Conseil des ministres fait valoir que les conditions auxquelles un fumoir doit satisfaire ne sont pas réglées par la loi, mais par un arrêté royal du 28 janvier 2010. Les conditions sont donc étrangères aux dispositions en cause.

Si les conditions auxquelles un fumoir doit satisfaire étaient considérées comme une limitation du droit de propriété, le Conseil des ministres est d'avis, en ordre le plus subsidiaire, qu'il s'agit d'une réglementation justifiée du droit de propriété. La Convention européenne des droits de l'homme prévoit que la réglementation du droit de propriété doit être conforme à l'intérêt général et donc poursuivre un objectif légitime. Une interdiction générale de fumer dans les endroits fermés accessibles au public, en ce compris l'exception à cette règle consistant à pouvoir fumer dans un fumoir, vise à une protection optimale du droit à la santé. Cette mesure est raisonnablement proportionnée au but poursuivi. Tel est *a fortiori* le cas puisque le propriétaire n'est jamais tenu d'installer un tel fumoir.

- B -

Quant à la première question préjudicielle

B.1.1. Le juge *a quo* demande dans la première question préjudicielle si l'article 3 de la loi du 22 décembre 2009 instaurant une réglementation générale relative à l'interdiction de fumer dans les lieux fermés accessibles au public et à la protection des travailleurs contre la fumée du tabac (ci-après : la loi du 22 décembre 2009) est conforme à l'article 128 de la Constitution et à l'article 5, § 1er, I, alinéa 1er, 8°, et alinéa 2, 2° (lire : I, 2°), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles en ce qu'en instaurant une interdiction générale de fumer dans les lieux accessibles au public, la loi prévoirait des mesures en matière de médecine préventive.

B.1.2. L'article 3 de la loi du 22 décembre 2009 dispose :

« § 1er. Il est interdit de fumer dans les lieux fermés accessibles au public. Ces lieux doivent être exempts de fumée.

A l'intérieur et à l'entrée de chaque lieu visé à l'alinéa 1er, des signaux d'interdiction de fumer tels que définis à l'article 2, 10°, doivent être apposés de telle sorte que toutes les personnes présentes puissent en prendre connaissance. Le Roi peut définir les conditions complémentaires auxquelles doit répondre la signalisation de l'interdiction de fumer.

§ 2. L'interdiction visée au paragraphe 1er s'applique également en permanence dans tous les véhicules utilisés pour le transport public donc même lorsqu'ils sont hors service.

§ 3. Tout élément susceptible d'inciter à fumer ou qui porte à croire que fumer est autorisé, est interdit dans les lieux visés aux paragraphes 1er et 2 ».

B.1.3. L'article 128 de la Constitution dispose :

« § 1er. Les Parlements de la Communauté française et de la Communauté flamande règlent par décret, chacun en ce qui le concerne, les matières personnalisables, de même qu'en ces matières, la coopération entre les communautés et la coopération internationale, y compris la conclusion de traités.

Une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, arrête ces matières personnalisables, ainsi que les formes de coopération et les modalités de conclusion de traités.

§ 2. Ces décrets ont force de loi respectivement dans la région de langue française et dans la région de langue néerlandaise, ainsi que, sauf si une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, en dispose autrement, à l'égard des institutions établies dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale qui, en raison de leur organisation, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou à l'autre communauté ».

B.1.4. Au moment de l'adoption de l'article 3, en cause, de la loi du 22 décembre 2009, l'article 5, § 1er, I, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles disposait :

« Les matières personnalisables visées à l'article 59bis, § 2bis, [actuellement l'article 128, § 1er,] de la Constitution, sont :

I. En ce qui concerne la politique de santé :

[...]

2° L'éducation sanitaire ainsi que les activités et services de médecine préventive, à l'exception des mesures prophylactiques nationales ».

B.2.1. Le Constituant et le législateur spécial, dans la mesure où ils n'en disposent pas autrement, ont attribué aux communautés toute la compétence d'édicter les règles propres aux matières qui leur ont été transférées.

B.2.2. L'article 128, § 1er, de la Constitution, combiné avec l'article 5, § 1er, I, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980, sous réserve de l'exception qui y est mentionnée, a transféré aux communautés l'ensemble de l'éducation sanitaire ainsi que des activités et services de médecine préventive.

B.3.1. Sous réserve des compétences ainsi attribuées aux communautés, dont certaines ressortissent directement ou indirectement au domaine de la santé publique, la protection de la santé publique n'a, pour le surplus, pas été soustraite à la compétence du législateur fédéral, et celui-ci peut, sur la base de sa compétence résiduelle en la matière, adopter des mesures dans les matières pour lesquelles les communautés ne sont pas compétentes.

B.3.2. Il ressort des travaux préparatoires de la loi spéciale du 8 août 1980 (*Doc. parl.*, Sénat, 1979-1980, n° 434/2, pp. 124-125; Chambre, 1979-1980, n° 627/10, p. 52) que le législateur spécial a notamment exclu la matière de la « réglementation relative aux denrées alimentaires » de la compétence relative à la médecine préventive attribuée aux communautés par l'article 5, § 1er, I, 2°, de cette loi spéciale. Ce renvoi désignait l'objet de la loi du 24 janvier 1977 « relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits ». A l'époque de l'adoption de la loi spéciale, cette loi contenait en son article 7, § 3, la possibilité d'interdire l'usage du tabac. Il en découle que le législateur fédéral est resté compétent pour imposer une interdiction générale de fumer dans les lieux fermés accessibles au public.

B.3.3. Une telle interdiction ne porte pas non plus atteinte de manière disproportionnée à la compétence des communautés visée à l'article 5, § 1er, I, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980.

B.4. La première question préjudicielle appelle une réponse négative.

Quant à la seconde question préjudicielle

B.5.1. Le juge *a quo* demande dans la première branche de la seconde question préjudicielle si les articles 2, 7° et 9°, 3, 6 et 14 de la loi du 22 décembre 2009 sont compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec son article 23, avec l'article 6, § 1er, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et avec l'article II.3 du Code de droit économique en vertu duquel chacun est libre d'exercer l'activité économique de son choix, en ce que ces dispositions prévoient la possibilité d'installer un fumoir fermé équipé d'un système d'extraction de fumée ou d'un système d'aération spécialisé, satisfaisant aux conditions fixées par le Roi, dans lequel il est permis de fumer, par dérogation à l'interdiction de principe de fumer.

B.5.2. L'article 2, 9°, de la loi du 22 décembre 2009 a été annulé par l'arrêt n° 37/2011 du 15 mars 2011, qui en a maintenu les effets jusqu'au 30 juin 2011.

B.5.3. Les articles 2, 7°, 6 et 14 de la loi du 22 décembre 2009 disposent :

« Art. 2. Pour l'application de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution, il faut entendre par :

[...]

7° fumoir : lieu fermé par des parois et un plafond et dans lequel il est permis de fumer ».

« Art. 6. Sans préjudice des dispositions de l'article 3, l'exploitant d'un lieu fermé accessible au public peut installer un fumoir.

Ce fumoir n'est pas une zone de transit et est conçu et installé de manière à réduire au maximum les inconvénients de la fumée vis-à-vis des non-fumeurs.

Le fumoir est clairement identifié comme local réservé aux fumeurs et il est indiqué par tous moyens permettant de le situer. Seules des boissons peuvent être emportées dans le fumoir.

La superficie du fumoir ne peut excéder le quart de la superficie totale du lieu fermé accessible au public.

Le fumoir doit être muni d'un système d'extraction de fumée ou d'aération qui élimine suffisamment la fumée.

Le Roi définit les conditions complémentaires auxquelles doit répondre le fumoir ».

« Art. 14. Par dérogation à l'interdiction visée à l'article 13, il est possible de prévoir un fumoir dans l'entreprise, après avis préalable du Comité.

Le fumoir, qui est exclusivement destiné aux fumeurs, est efficacement ventilé ou est équipé d'un système d'extraction de fumée qui élimine la fumée de manière efficace. Le Roi fixe les conditions supplémentaires auxquelles doit répondre le fumoir.

Le règlement d'accès à ce fumoir pendant les heures de travail est fixé après avis préalable du Comité.

Ce règlement ne cause pas d'inégalité de traitement entre les travailleurs. ».

B.6.1. L'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles prévoit :

« En matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités internationaux ».

B.6.2. Bien que l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 s'inscrive dans l'attribution de compétences aux régions en ce qui concerne l'économie, cette disposition traduit la volonté expresse du législateur spécial de maintenir une réglementation de base uniforme de l'organisation de l'économie dans un marché intégré.

B.6.3. Il ressort des travaux préparatoires de l'article 23 de la Constitution que le Constituant n'a pas entendu consacrer la liberté de commerce et d'industrie ou la liberté d'entreprendre dans les notions de « droit au travail » et de « libre choix d'une activité professionnelle » (*Doc. parl.*, Sénat, SE 1991-1992, n° 100-2/3°, p. 15; n° 100-2/4°, pp. 93 à 99; n° 100-2/9°, pp. 3 à 10). Une telle approche découle également du dépôt de différentes propositions de « révision de l'article 23, alinéa 3, de la Constitution, en vue de le compléter par un 6° garantissant la liberté de commerce et d'industrie » (*Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-1930/1; Sénat, SE 2010, n° 5-19/1; Chambre, 2014-2015, DOC 54-0581/001).

B.6.4. L'article II.3 du Code de droit économique dispose :

« Chacun est libre d'exercer l'activité économique de son choix ».

B.6.5. La Cour n'est pas compétente pour contrôler des dispositions législatives au regard de dispositions législatives qui ne sont pas des règles répartitrices de compétence.

B.6.6. La loi du 28 février 2013, qui a introduit l'article II.3, précité, du Code de droit économique, a abrogé le décret dit d'Allarde des 2-17 mars 1791. Ce décret, qui garantissait la liberté de commerce et d'industrie, a servi régulièrement de norme de référence à la Cour dans son contrôle du respect des articles 10 et 11 de la Constitution.

B.6.7. La liberté d'entreprendre, visée par l'article II.3 du Code de droit économique, doit s'exercer « dans le respect des traités internationaux en vigueur en Belgique, du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire tel qu'établi par ou en vertu des traités internationaux et de la loi » (article II.4 du même Code).

B.6.8. La liberté d'entreprendre doit par conséquent être lue en combinaison avec l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, au regard duquel la Cour peut effectuer directement un contrôle, en tant que règle répartitrice de compétence.

B.7. Le Conseil des ministres soutient que la question préjudicielle n'indique pas les catégories de personnes à comparer. Il ressort toutefois de l'arrêt de renvoi que la Cour est interrogée sur l'identité de traitement de catégories de personnes qui se trouveraient dans une situation essentiellement différente, à savoir, d'une part, les exploitants d'un établissement horeca qui peuvent respecter les conditions légales pour installer un fumoir et, d'autre part, ceux qui n'ont pas cette possibilité, pour des raisons pratiques ou financières. Cette égalité de traitement constituerait un désavantage concurrentiel disproportionné et impliquerait dès lors une méconnaissance de la liberté de commerce et d'industrie pour les exploitants qui ne disposent pas de la possibilité d'installer un fumoir.

L'exception est rejetée.

B.8. La liberté de commerce et d'industrie ne peut être conçue comme une liberté absolue. Elle ne fait pas obstacle à ce que la loi règle l'activité économique des personnes et des entreprises. Le législateur n'interviendrait de manière déraisonnable que s'il limitait la liberté de commerce et d'industrie sans aucune nécessité ou si cette limitation était disproportionnée au but poursuivi.

B.9. Selon les travaux préparatoires de la loi du 22 décembre 2009, le législateur entendait poursuivre un double objectif : d'une part, dans une optique de santé publique, instaurer une interdiction générale de fumer dans les espaces publics; d'autre part, supprimer les exceptions prévues dans l'arrêté royal du 13 décembre 2005, qui avaient été perçues comme discriminatoires et qui entraînaient une concurrence déloyale (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-1768/001, pp. 6-7). Le législateur ne voulait pas seulement freiner le tabagisme mais également défendre les droits des non-fumeurs (*ibid.*, pp. 5 et 8) et ce, par une « interdiction générale de fumer dans tous les lieux publics et sur le lieu de travail sans exceptions illogiques et prêtant à confusion » (*ibid.*, p. 7). L'objectif était subsidiairement d'« autoriser [...] de manière non discriminatoire et à titre de geste envers les fumeurs invétérés, l'aménagement de fumoirs, organisés de manière telle qu'ils excluent toute nuisance pour les non-fumeurs » (*ibid.*, p. 7).

B.10. Lors de l'adoption de la loi précitée, il a été prévu, dans les articles 2, 9°, et 4 de celle-ci, une exception temporaire à l'interdiction générale de fumer dans les établissements horeca « dont l'activité principale et permanente consiste à servir uniquement des boissons, y

compris des boissons contenant de l'alcool éthylique, destinées à être consommées sur place et où aucune autre denrée alimentaire n'est servie mis à part les denrées alimentaires préemballées avec une période de conservation d'au moins trois mois sans qu'aucune mesure supplémentaire ne soit utilisée pour prolonger la durée de conservation ». Il ressort de l'élaboration de ces dispositions que cette exception visait ce que l'on appelle les petits cafés populaires.

B.11. Par son arrêt n° 37/2011 du 15 mars 2011, la Cour a annulé les dispositions précitées, pour les motifs suivants :

« B.6.1. En ce qui concerne l'exposition à la fumée du tabac, le droit à la protection de la santé consacré par l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution doit, comme les parties requérantes le font valoir dans l'affaire n° 4859, être combiné avec la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la santé pour la lutte antitabac, adoptée à Genève le 21 mai 2003, entrée en vigueur le 27 février 2005 et ratifiée par le Royaume de Belgique le 1er novembre 2005.

L'article 8 de cette Convention prévoit :

‘ 1. Les Parties reconnaissent qu'il est clairement établi, sur des bases scientifiques, que l'exposition à la fumée du tabac entraîne la maladie, l'incapacité et la mort.

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

L'article 18 de cette Convention dispose :

‘ En s'acquittant de leurs obligations en vertu de la Convention, les Parties conviennent de tenir dûment compte, pour ce qui est de la culture du tabac et de la fabrication de produits du tabac sur leur territoire respectif, de la protection de l'environnement et de la santé des personnes eu égard à l'environnement ’.

B.6.2. Selon les Directives pour l'application de la Convention-cadre, l'article 8 de cette dernière emporterait les obligations suivantes :

‘ L'article 8 prescrit d'adopter des mesures efficaces pour protéger les personnes contre l'exposition à la fumée du tabac dans 1) les lieux de travail intérieurs, 2) les lieux publics intérieurs, 3) les transports publics et 4) " d'autres lieux publics ", " le cas échéant ".

Cet article crée une obligation d'assurer une protection universelle en faisant en sorte que tous les lieux publics intérieurs, tous les lieux de travail intérieurs, tous les transports publics

et éventuellement d'autres lieux publics (extérieurs ou semi-ouverts) soient protégés contre l'exposition à la fumée secondaire. Aucune exception à cette règle ne peut être justifiée par des arguments sanitaires ou juridiques. Si des exceptions doivent être envisagées sur la base d'autres arguments, elles doivent être réduites au minimum. En outre, si une Partie n'est pas en mesure d'assurer immédiatement une couverture universelle, l'article 8 lui fait obligation de s'efforcer d'éliminer aussi vite que possible toutes les exceptions et de rendre la protection générale. Chaque Partie doit s'efforcer d'assurer une protection universelle dans les cinq ans suivant l'entrée en vigueur de la Convention-cadre de l'OMS à l'égard de cette Partie.

Aucun niveau d'exposition à la fumée secondaire n'est sans danger et, ainsi que la Conférence des Parties l'a précédemment reconnu dans sa décision FCTC/COP1(15), les solutions techniques telles que la ventilation, l'aération (échange d'air) et la création de zones fumeurs désignées ne protègent pas contre l'exposition à la fumée du tabac.

La protection devrait être assurée dans tous les lieux de travail intérieurs ou clos, y compris les véhicules à moteur utilisés comme lieux de travail (par exemple les taxis, les ambulances et les véhicules de livraison).

Aux termes de la Convention, des mesures de protection doivent être mises en place non seulement dans tous les lieux publics "intérieurs", mais aussi, le cas échéant, dans "d'autres" lieux publics (c'est-à-dire des lieux extérieurs ou semi-ouverts). Pour déterminer quels sont les lieux publics extérieurs ou semi-ouverts dans lesquels l'application de la législation se justifie, les Parties devraient prendre en compte les données disponibles quant aux risques potentiels pour la santé existant dans ces différents environnements et faire en sorte d'adopter la protection la plus efficace contre l'exposition à la fumée du tabac lorsque les données factuelles prouvent qu'un risque existe.

Selon les mêmes Directives, ces obligations sont fondées sur les principes suivants :

‘ Ainsi que le souligne l'article 4 de la Convention-cadre de l'OMS, un engagement politique fort est nécessaire pour prendre des mesures visant à protéger tous les individus contre l'exposition à la fumée du tabac. L'application de l'article 8 de la Convention devrait être guidée par les principes convenus suivants.

Principe 1er – Des mesures efficaces de protection contre l'exposition à la fumée du tabac comme celles qui sont envisagées à l'article 8 de la Convention-cadre de l'OMS passent par une interdiction totale de fumer et par une élimination totale de la fumée du tabac dans un espace ou un environnement donnés afin de créer un environnement à 100 % sans tabac. Il n'existe pas de seuil au-dessous duquel l'exposition à la fumée du tabac serait sans danger, et des notions comme celles de seuil de toxicité pour la fumée secondaire devraient être rejetées, car elles sont démenties par les données scientifiques. Toutes les solutions autres qu'un environnement à 100 % sans tabac, y compris la ventilation, la filtration de l'air et la création de zones fumeurs désignées (qu'elles soient ou non équipées de systèmes de ventilation séparés) ont fait à maintes reprises la preuve de leur inefficacité et il existe quantité de données probantes, scientifiques ou autres, qui montrent que les solutions techniques ne protègent pas contre l'exposition à la fumée du tabac.

Principe 2 – Tout le monde devrait être protégé contre l'exposition à la fumée du tabac. Tous les lieux de travail intérieurs et tous les lieux publics intérieurs devraient être sans tabac.

Principe 3 – Il est nécessaire de légiférer pour protéger les gens contre l'exposition à la fumée du tabac. En la matière, les politiques reposant sur le volontariat ont montré à maintes reprises leur inefficacité et n'offrent pas une protection adéquate. Pour être efficace, la législation doit être simple et claire et doit pouvoir être appliquée dans la pratique.

Principe 4 – Une bonne planification et des ressources adéquates sont indispensables pour réussir à mettre en œuvre et à faire appliquer la législation sur les environnements sans tabac.

Principe 5 – La société civile a un rôle central à jouer en soutenant les mesures de protection contre la fumée du tabac et en contribuant à les faire respecter, et elle devrait être activement associée au processus d'élaboration, de mise en œuvre et d'application de la loi.

Principe 6 – La mise en œuvre de la législation sur les environnements sans tabac ainsi que son application pratique et son impact devraient faire l'objet d'une surveillance et d'une évaluation. Il faudrait en particulier surveiller – et lutter contre – les activités de l'industrie du tabac qui font obstacle à la mise en œuvre et à l'application de la législation, comme le prévoit l'article 20.4 de la Convention-cadre de l'OMS.

Principe 7 – La protection de la population contre l'exposition à la fumée du tabac devrait être renforcée et étendue si nécessaire, notamment par une modification de la législation ou l'adoption de nouvelles lois et leur application plus stricte et par d'autres mesures tenant compte des nouvelles données scientifiques et des enseignements tirés des études de cas '.

B.6.3. En outre, il y a lieu d'avoir égard à la recommandation du Conseil de l'Union européenne du 30 novembre 2009 relative aux environnements sans tabac, qui recommande aux États membres :

‘ 1. d'assurer une protection efficace contre l'exposition à la fumée du tabac dans les lieux de travail intérieurs, les lieux publics intérieurs, les transports publics et, le cas échéant, d'autres lieux publics, comme le prévoit l'article 8 de la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (CCLAT), en se fondant sur les directives sur la protection contre l'exposition à la fumée du tabac adoptées par la conférence des parties à la CCLAT lors de sa deuxième session, qui figurent en annexe, dans un délai de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de la CCLAT à l'égard de l'État membre concerné ou, au plus tard, dans un délai de trois ans à compter de l'adoption de la présente recommandation;

2. d'élaborer des stratégies et des mesures visant à réduire l'exposition des enfants et des adolescents à la fumée de tabac secondaire, et/ou de les renforcer;

3. d'assortir les politiques d'interdiction de fumer de mesures d'appui [...] ’.

B.7. Les clients et les travailleurs du secteur horeca doivent donc être protégés de la même manière contre les effets nocifs du tabagisme passif, même si l'exposition aux substances cancérigènes n'est que minime. La distinction établie par les articles 2, 9°, et 4, § 1er, de la loi attaquée est contraire à cette obligation, en ce qu'elle a pour effet que certains clients et travailleurs du secteur horeca sont toujours exposés aux risques pour la santé liés au tabagisme ».

B.12. La loi en cause autorise une exception à l'interdiction générale de fumer lorsque l'établissement dispose d'un fumoir séparé.

Par son arrêt n° 37/2011, la Cour a jugé que la possibilité d'installer un fumoir dans un lieu fermé accessible au public, telle qu'elle est réglée par les articles 6 et 14 de la loi en cause, ne viole pas le droit à la protection de la santé, pour les motifs suivants :

« B.14.1. L'article 6 de la loi attaquée exige que le fumoir soit installé de manière à réduire au maximum les inconvénients de la fumée vis-à-vis des non-fumeurs et qu'il soit muni d'un système d'extraction de fumée ou d'aération qui élimine suffisamment la fumée. L'article 14 de la loi attaquée exige un système d'extraction de fumée qui élimine la fumée de manière efficace.

B.14.2. Ainsi que l'expose le Conseil des ministres, on ne saurait déduire de ces terminologies différentes que les fumoirs des entreprises sont soumis à une réglementation distincte de celle qui s'applique aux fumoirs des lieux fermés accessibles au public. Dans les deux cas, le fumoir doit être installé de manière à exclure tout risque de tabagisme passif.

Il ressort également de la formulation de l'article 6 de la loi attaquée que le personnel du secteur horeca ne devrait pas accéder au fumoir pendant les heures d'ouverture. En effet, il est seulement permis d'emporter des boissons dans cet espace, de sorte que le service de boissons y est interdit ».

B.13. Pour les mêmes motifs, il y a lieu de considérer que le législateur poursuit un objectif légitime en luttant au maximum contre les effets nuisibles du tabagisme.

Le traitement identique des exploitants d'un établissement horeca, en ce qui concerne la réglementation en matière de fumoirs, est lié à la réalisation de cet objectif, à savoir protéger les non-fumeurs et les travailleurs dans le secteur concerné. En premier lieu, il serait particulièrement difficile pour le législateur de distinguer, sur la base d'un critère objectif, les petits cafés populaires des autres établissements horeca. En outre, les éventuelles conséquences économiques de l'interdiction de fumer, à laquelle permet de déroger l'installation d'un fumoir, ne l'emportent pas sur les risques particulièrement sérieux que le tabac entraîne pour la santé des clients et des travailleurs du secteur horeca et une dispense des obligations pour certains établissements horeca en raison des seules implications financières de celles-ci ferait obstacle à la réalisation des objectifs poursuivis par l'interdiction de fumer dans les lieux accessibles au public. Enfin, l'installation d'un fumoir dans les établissements horeca est une simple possibilité et non une obligation.

Compte tenu de ce qui précède, il ne peut pas être soutenu que la réglementation en matière de fumoirs limiterait la liberté de commerce et d'industrie sans aucune nécessité.

B.14. La première branche de la question préjudicielle appelle une réponse négative.

B.15. Dans la seconde branche de la seconde question préjudicielle, le juge *a quo* demande si les dispositions en cause sont compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec son article 16 et avec l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que des débits de boissons d'exploitants qui n'occupent pas de personnel sont considérés comme des « lieux accessibles au public », ce qui implique que l'interdiction générale de fumer y est pleinement applicable.

Il apparaît de la décision de renvoi que l'atteinte éventuelle au droit de propriété sur laquelle la Cour est interrogée consisterait en une baisse du chiffre d'affaires des petits cafés populaires à la suite de l'interdiction de fumer dans les établissements horeca et en des efforts financiers requis par l'installation d'un fumoir.

B.16.1. L'article 16 de la Constitution dispose :

« Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi, et moyennant une juste et préalable indemnité ».

B.16.2. L'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

B.17.1. L'expropriation offre aux pouvoirs publics la possibilité d'obtenir, pour des motifs d'utilité publique, la disposition de biens, en principe immobiliers, qui ne peuvent pas être acquis par les voies normales du transfert de propriété.

La mesure en cause, en tant qu'elle concerne l'installation de fumoirs dans des établissements horeca, est étrangère à la privation de propriété visée par l'article 16 de la Constitution.

B.17.2. L'article 1er du Premier Protocole additionnel offre une protection non seulement contre une expropriation ou une privation de propriété (premier alinéa, deuxième phrase) mais également contre toute ingérence dans le droit au respect des biens (premier alinéa, première phrase) et contre toute réglementation de l'usage des biens (deuxième alinéa). En ce que les deux dispositions invoquées protègent le droit de propriété, les garanties qu'elles contiennent forment un ensemble indissociable, de sorte que la Cour doit tenir compte, lors de son contrôle au regard de l'article 16 de la Constitution, de la protection plus large offerte par l'article 1er de ce Protocole.

B.18. Le fait qu'un établissement horeca n'occupe pas de personnel ne prive pas l'interdiction générale de fumer instaurée par la loi en cause de son objectif légitime, dès lors que celle-ci vise non seulement à la protection de la santé des travailleurs mais également à celle des clients des établissements horeca. Une distinction entre les établissements horeca selon qu'ils occupent ou non du personnel ne serait dès lors pas pertinente au regard de l'objectif poursuivi par l'interdiction de fumer.

Pour les motifs mentionnés en B.13, les dispositions en cause, dans la mesure où elles portent sur l'installation de fumoirs, ne sont pas incompatibles avec les dispositions précitées en matière de droits fondamentaux.

B.19. La seconde branche de la seconde question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

- L'article 3 de la loi du 22 décembre 2009 instaurant une réglementation générale relative à l'interdiction de fumer dans les lieux fermés accessibles au public et à la protection des travailleurs contre la fumée du tabac ne viole pas l'article 128 de la Constitution et l'article 5, § 1er, I, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

- Les articles 2, 7^o, 3, 6 et 14 de la même loi ne violent ni l'article 6, § 1er, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, ni les articles 10, 11 et 16 de la Constitution combinés avec l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

Ainsi rendu en langue néerlandaise et en langue française, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le 3 mars 2016.

Le greffier,

Le président f.f.,

F. Meersschaut

A. Alen