

BGer 2C 740/2022 vom 1. Mai 2023

Bundesgericht, 2023-05-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_740_2022

FR: TF 2C 740/2022 du 1 mai 2023

IT: TF 2C 740/2022 del 1 maggio 2023

Regeste

Mesures de lutte contre le coronavirus; fermeture temporaire d'un restaurant | Santé & sécurité sociale

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF) et contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 147 I 89 consid. 1).

E. 1.1

L'arrêt attaqué est une décision finale (art. 90 LTF), rendue en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF), dans une cause de droit public (art. 82 let. a LTF). Il peut donc faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, aucune des exceptions prévues à l' art. 83 LTF n'étant réalisée.

E. 1.2

L' art. 89 al. 1 LTF exige notamment que le recourant ait un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (let. c). Cet intérêt doit être actuel et exister tant au moment du dépôt du recours qu'à celui où l'arrêt est rendu (ATF 142 I 135 consid. 1.3.1 et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral fait exceptionnellement abstraction de cette exigence lorsque la contestation peut se reproduire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues, que sa nature ne permet pas de la trancher avant qu'elle ne perde son actualité et que, en raison de sa portée de principe, il existe un intérêt public suffisamment important à la solution de la question litigieuse (ATF 147 I 478 consid. 2.2; 142 I 135 consid. 1.3.1). En l'espèce, le recourant n'a plus d'intérêt actuel au recours, dans la mesure où le litige concerne la fermeture de son restaurant du 29 octobre 2021 au 12 novembre 2021. Il n'en demeure pas moins que le recours soulève une question qui pourrait se poser à nouveau dans des termes semblables (en cas d'adoption de nouvelles mesures de lutte contre la pandémie de COVID-19), sans que le Tribunal fédéral soit en mesure de se prononcer en temps utile. Il existe, en outre, un intérêt public à résoudre la controverse, de sorte qu'il y a lieu de renoncer à l'exigence d'un intérêt actuel, à l'instar de ce qu'a déjà fait le Tribunal cantonal. Le recourant, destinataire de l'arrêt entrepris, a donc qualité pour recourir au sens de l' art. 89 al. 1 LTF .

E. 1.3

Pour le surplus, le recours a été interjeté en temps utile, compte tenu des fêtes (art. 46 al. 1 let. b et 100 al. 1 LTF), et dans les formes prescrites (art. 42 LTF). Il est ainsi recevable, sous réserve de ce qui suit.

E. 1.4

En raison de l'effet dévolutif complet du recours déposé auprès du Tribunal cantonal (cf. ATF 136 II 101 consid. 1.2), la conclusion tendant à l'annulation de la décision des Départements cantonaux du 28 octobre 2021 est irrecevable.

E. 1.5

L'intéressé requiert encore la production du dossier cantonal: cette demande est sans objet, le Tribunal cantonal l'ayant transmis au Tribunal fédéral en application de l' art. 102 al. 2 LTF .

E. 2

Selon l'arrêt attaqué, le Tribunal cantonal a jugé que l'art. 12 al. 1 let. a de l'ancienne Ordonnance fédérale du 23 juin 2021 sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière (aOrdonnance COVID-19 situation particulière; RS 818.101.26 [entrée en vigueur le 26 juin 2021; RO 2021 379]) (limitant l'accès à l'intérieur des restaurants, pour les personnes de plus de 16 ans, à celles disposant d'un certificat), s'il enfreignait la liberté économique du recourant (art. 27 Cst.) respectait les conditions (art. 36 al. 1 - 3 Cst.) permettant de restreindre cette liberté. Il en allait de même de la sanction consistant à ordonner la fermeture, du 29 octobre au 12 novembre 2021, de l'établissement du recourant au motif qu'il ne respectait pas les mesures sanitaires destinées à lutter contre la pandémie de Covid-19.

E. 3

Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF); il n'examine cependant la violation de droits fondamentaux que si ce grief a été invoqué et motivé par la partie recourante (cf. art. 106 al. 2 LTF); l'acte de recours doit, sous peine d'irrecevabilité, contenir un exposé succinct des droits constitutionnels ou des principes juridiques violés et préciser de façon circonstanciée en quoi consiste la violation (arrêt 2C_886/2021 du 12 décembre 2022 consid. 2.1, destiné à la publication; ATF 147 II 44 consid. 1.2; 146 IV 114 consid. 2.1). Il y procède en se fondant sur les faits constatés par l'autorité précédente (cf. art. 105 al. 1 LTF), à moins que ces faits n'aient été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF (cf. art. 105 al. 2 LTF).

E. 4

Dans un grief d'ordre formel, qu'il convient d'examiner en premier lieu, le recourant se plaint de la violation de son droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.). Il soutient, en substance, que le Tribunal cantonal aurait arbitrairement refusé d'administrer les moyens de preuve qu'il avait proposés (notamment de "très nombreuses sources scientifiques et statistiques officielles"), sans motiver ce refus.

E. 4.1

Le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves. Le droit de faire administrer des preuves suppose que le fait à prouver soit pertinent, que le moyen de preuve proposé soit nécessaire pour constater ce fait et que la demande soit présentée selon les formes et délais prescrits par le droit cantonal (ATF 145 I 73 consid. 7.2.2.1; 143 V 71 consid. 4.1; 142 II 218 consid. 2.3). La garantie constitutionnelle n'empêche pas le juge de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore

proposées, il a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1; 141 I 60 consid. 3.3; 140 I 285 consid. 6.3.1). Le refus d'instruire ne viole ainsi le droit d'être entendu des parties que si l'appréciation anticipée de la pertinence du moyen de preuve offert, à laquelle le juge a procédé, est entachée d'arbitraire (ATF 144 II 427 consid. 3.1.3; 141 I 60 consid. 3.3).

E. 4.2

En l'occurrence, contrairement à ce que soutient l'intéressé, à la lecture de son recours du 1er décembre 2021 devant le Tribunal cantonal (cf. art. 105 al. 2 LTF), force est de constater que les moyens de preuve auxquels il se réfère (et qu'il n'indique pas avec précision) n'ont pas été présentés formellement et de manière explicite à l'autorité précédente. Cela ressort également de l'arrêt entrepris, qui retient que, dans le recours en question, l'intéressé avait proposé comme seul moyen de preuve l'édition du dossier des Départements cantonaux. Dans ces circonstances, les juges précédents n'ont pas violé le droit à la preuve du recourant. Le grief est rejeté.

E. 5

Selon le recourant, les faits auraient été constatés de façon arbitraire quant à la situation épidémiologique qui prévalait lorsque la décision de fermeture temporaire de son établissement a été prise.

E. 5.1

S'agissant de l'appréciation des preuves et des constatations de fait, il y a arbitraire lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 147 IV 73 consid. 4.1.2).

E. 5.2

La seule motivation avancée par le recourant pour expliquer en quoi le Tribunal cantonal aurait établi les faits de manière arbitraire concerne le refus de cette autorité d'administrer les "moyens de preuve scientifiques et statistiques" qu'il avait offerts. Tel qu'elle est formulée, cette critique se confond avec celle relative à la violation du droit à la preuve examinée et écartée ci-dessus (consid. 4). Il n'y a donc pas lieu d'y revenir. Partant, le Tribunal fédéral se fondera exclusivement sur les faits tels qu'ils ressortent de l'arrêt attaqué.

E. 6

Le recourant invoque une violation de sa liberté économique (art. 27 Cst.) sous l'angle des conditions prévues pour restreindre ce droit fondamental, notamment de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.). Il critique l'obligation de posséder un "certificat covid" pour avoir accès à son restaurant. Il s'en prend ainsi à "l'introduction d'un certificat covid en pleine phase de récession [...] du virus" et considère qu'il y aurait eu des mesures moins contraignantes que le certificat en cause, par exemple une augmentation de la capacité hospitalière. En outre, selon lui, on ne "pouvait pas dire clairement" que limiter l'accès aux lieux de rencontres aux personnes vaccinées ou guéries constituait une mesure apte à limiter la transmission du virus et donc les hospitalisations.

E. 6.1

La loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp; RS 818.101) règle la protection de l'être humain contre les maladies transmissibles et prévoit les mesures nécessaires à cet effet (art. 1 LEp) et a pour but de prévenir et de combattre l'apparition et la propagation des maladies transmissibles (art. 2 al. 1 LEp). L'art. 4 dispose que le Conseil fédéral fixe, avec le concours des cantons, des objectifs et des stratégies visant à détecter, à surveiller, à prévenir et à combattre les maladies transmissibles (al. 1); la définition des objectifs et des stratégies tiendra compte en particulier des éléments de l'état actuel de la science (al. 2 let. c). L' art. 6 al. 1 LEp dispose: "1 Il y a situation particulière dans les cas suivants: a. les organes d'exécution ordinaires ne sont pas en mesure de prévenir et de combattre l'apparition et la propagation d'une maladie transmissible et qu'il existe l'un des risques suivants: 1. un risque élevé d'infection et de propagation, 2. un risque spécifique pour la santé publique, 3. un risque de graves répercussions sur l'économie ou sur d'autres secteurs vitaux; b. l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a constaté la présence d'une urgence sanitaire de portée internationale menaçant la santé de la population en Suisse. 2 Le Conseil fédéral peut, après avoir consulté les cantons: a. ordonner des mesures visant des individus; b. ordonner des mesures visant la population (al. 2 let. b); (...)." A titre de prévention, la Confédération et les cantons prennent les mesures visant à contrôler et à écarter ou atténuer les risques de transmission de maladies (art. 19 al. 1 LEp). Selon l' art. 40 LEp , les autorités cantonales compétentes ordonnent les mesures nécessaires pour empêcher la propagation de maladies transmissibles au sein de la population ou dans certains groupes de personnes. Elles coordonnent leur action (al. 1); elles peuvent en particulier fermer des écoles, d'autres institutions publiques ou des entreprises privées, ou réglementer leur fonctionnement (al. 2 let. b). Les cantons exécutent ladite loi dans la mesure où son exécution n'incombe pas à la Confédération (art. 75 LEp). Ils exécutent les mesures ordonnées par le Conseil fédéral en cas de situation particulière selon l' art. 6 LEp notamment (art. 102 al. 2 de l'ordonnance fédérale du 29 avril 2015 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme [ordonnance sur les épidémies, OEp; RS 818.101.1]). Selon l'art. 12 al. 1 let. a de l'Ordonnance COVID-19 situation particulière (dans sa version en vigueur en octobre 2021), les établissements de restauration, les bars et les boîtes de nuit dans lesquels la consommation a lieu sur place doivent limiter l'accès à l'intérieur, pour les personnes de 16 ans et plus, à celles disposant d'un certificat. L'art. 24 de cette ordonnance prévoit que les exploitants et les organisateurs doivent présenter leur plan de protection aux autorités cantonales compétentes qui en font la demande et garantir aux autorités cantonales compétentes l'accès aux installations, établissements et manifestations (al. 1); les autorités cantonales compétentes vérifient régulièrement si les plans de protection sont respectés, notamment dans les établissements de restauration (al. 2); si elles constatent qu'il n'y a pas de plan de protection suffisant ou que ce plan n'est pas mis en oeuvre ou ne l'est pas complètement, elles prennent immédiatement les mesures appropriées; elles peuvent émettre un avertissement, fermer des installations ou des exploitations et interdire des manifestations ou y mettre fin (al. 3).

E. 6.2

Dans la présente affaire, il faut distinguer, d'une part, l'obligation de procéder au contrôle des certificats sanitaires des clients imposée au recourant en tant que restaurateur par l'art. 12 al. 1 let. a de l'Ordonnance COVID-19 situation particulière et, d'autre part, la sanction qui lui a été infligée parce qu'il ne respectait pas les mesures sanitaires alors en vigueur (dont le contrôle des certificats), à savoir la fermeture temporaire de son restaurant.

L'intéressé ne mentionne pas, dans son argumentation, la décision du 28 octobre 2021 des Départements cantonaux de fermeture temporaire du restaurant du 29 octobre 2021 à 10 heures au 12 novembre 2021 à 10 heures, prononcée à son encontre, pas plus qu'il n'explique en quoi cette mesure violerait l'art. 27 Cst. et serait notamment disproportionnée (art. 36 al. 3 Cst.). Il s'en prend uniquement à la constitutionnalité de l'art. 12 al. 1 let. a de l'Ordonnance COVID-19 situation particulière. Or, le législateur n'a pas prévu de contrôle général de la constitutionnalité de l'ordonnance litigieuse (cf. art. 189 al. 4 Cst.; arrêt 2C_789/2021 du 18 octobre 2021 consid. 3.2). Les actes normatifs fédéraux autres que les lois fédérales peuvent faire uniquement l'objet d'un contrôle incident à titre préjudiciel dans un cas concret, telle que la décision du 28 octobre 2021 des Départements cantonaux. Dans la mesure où le recourant ne s'en prend pas à la sanction émise, à savoir la fermeture temporaire (du 29 octobre 2021 au 12 novembre 2021) de son restaurant, il est douteux que le grief relatif à la violation de sa liberté économique soit suffisamment motivé (cf. supra consid. 3). On peut néanmoins considérer que cette sanction était la conséquence de l'obligation de vérifier les certificats de ses clients à laquelle il ne s'est pas plié et qu'il attaque. Partant, il convient de ne pas se montrer trop formaliste, en raison des circonstances, et d'entrer en matière sur le grief sous l'angle de cette obligation.

E. 6.3

Il convient d'examiner la constitutionnalité de l'art. 12 al. 1 let. a de l'Ordonnance COVID-19, à titre préjudiciel.

E. 6.3.1

Le Tribunal fédéral peut examiner à titre préjudiciel la légalité et la constitutionnalité d'ordonnances du Conseil fédéral. Lorsqu'il se prononce sur une ordonnance fondée sur une délégation législative, il examine si elle reste dans les limites des pouvoirs conférés par la loi au Conseil fédéral, mais il ne peut pas contrôler si la délégation elle-même est admissible. Lorsque la délégation est peu précise et accorde donc un très large pouvoir d'appréciation au Conseil fédéral pour régler la matière par ordonnance, cette clause lie le Tribunal fédéral et il se limite à contrôler si l'ordonnance en cause sort manifestement du cadre de la délégation de compétence prévue par la loi. Si l'ordonnance est conforme à la loi, le Tribunal fédéral examine sa constitutionnalité, à moins que la loi permette au Conseil fédéral de déroger à la Constitution; il n'est pas habilité à substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral. Il se contente de vérifier si la disposition litigieuse est propre à réaliser objectivement le but visé par la loi, sans se soucier, en particulier, de savoir si elle constitue le moyen le plus approprié pour atteindre ce but. Il ne revient pas au Tribunal fédéral d'examiner l'opportunité de l'ordonnance ou de prendre position au sujet de l'adéquation politique, économique ou autre d'une disposition d'une ordonnance (ATF 148 II 444 consid. 6.2; 146 II 56 consid. 6.2.2).

E. 6.3.2

D'après le Message du 3 décembre 2010 concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp [FF 2011 p. 291ss]; ci-après: le Message relatif à la loi sur les épidémies), la révision totale de cette loi visait à améliorer les bases légales permettant de dépister, de prévenir et de combattre les maladies transmissibles, afin de mieux maîtriser les flambées de maladies qui ont des répercussions importantes pour la santé publique (FF 2011 p. 316, ch. 1.3.1). Le projet (adopté) instaurait une distinction entre les situations normales, particulières et

extraordinaires (modèle à trois échelons). Pour les situations particulières (art. 6 LEp) et extraordinaires (art. 7 LEp), le Conseil fédéral peut ordonner lui-même les mesures nécessaires. L'exécution reste en principe acquise aux cantons. Le Message fournit une description de la situation particulière, à savoir une "situation d'urgence épidémiologique" et donne comme exemples la pandémie modérée d'influenza et le SRAS. Dans une telle situation, le Conseil fédéral peut ordonner les mesures énumérées à l' art. 6 al. 2 LEp , dont font partie les mesures visant les individus et la population (let. a et b). A cet égard, la marge de manoeuvre du Conseil fédéral est restreinte aux mesures fixées aux art. 31 à 38 LEp, ainsi qu'à l' art. 40 LEp (FF 2011 p. 343 ss, ad art. 6 LEp).

E. 6.3.3

En l'espèce, en ce qui concerne la compétence du Conseil fédéral pour ordonner des mesures, on constate qu'en octobre 2021, l'OMS a considéré que la pandémie de maladie à coronavirus 2019 constituait une urgence de santé publique de portée internationale et a émis des recommandations temporaires au titre du règlement sanitaire international (2005) du 23 mai 2005 (RS 0.818.103) (Déclaration du 26 octobre 2021 sur la quatorzième réunion du Comité d'urgence du Règlement sanitaire international [2005] concernant la pandémie de maladie à coronavirus 2019 [COVID-19]; <https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, sous Actualités, consulté le 2 mars 2023). En outre, le 19 juin 2020, le Conseil fédéral avait décidé le retour de la Suisse de l'état de situation extraordinaire au sens de l' art. 7 LEp à celui de situation particulière au sens de l' art. 6 LEp (Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 [loi COVID-19], FF 2020 p. 6373, ch. 1.3). Ainsi, la condition de la situation particulière au sens de l' art. 6 al. 1 LEp était remplie. Le Conseil fédéral était alors compétent pour, notamment, ordonner des mesures visant les individus et la population (cf. art. 6 al. 2 let. a et b LEp). C'est d'ailleurs cette disposition qui est citée comme base légale dans l'Ordonnance COVID-19 situation particulière. Cette délégation législative est extrêmement large et accorde au Conseil fédéral un pouvoir d'appréciation considérable pour fixer les dispositions d'exécution et elle lie le Tribunal fédéral (cf. supra consid. 6.3.1). Cette importante latitude s'explique par le fait que cette base légale est destinée à pouvoir réagir, selon les termes du Message relatif à la loi sur les épidémies (FF 2011 p. 318, ch. 1.3.3), en tant de crise et d'urgence. Ainsi, les dangers et leurs conséquences qu'il s'agit d'affronter le moment venu sont par essence quasiment impossibles à anticiper et, par conséquent, la définition des mesures adéquates pour y remédier également.

E. 6.3.4

Sur cette base, le Conseil fédéral a édicté l'Ordonnance et son art. 12 al. 1 let. a, selon lequel les établissements de restauration, les bars et les boîtes de nuit dans lesquels la consommation a lieu sur place doivent, pour les personnes de 16 ans et plus, limiter l'accès à l'intérieur à celles disposant d'un certificat. Comme susmentionné, le Conseil fédéral pouvait prendre des mesures s'inscrivant dans le cadre de l' art. 40 LEp (cf. supra consid. 6.3.2). Or, selon l' art. 40 al. 2 let. b LEp , les autorités peuvent en particulier fermer des écoles, d'autres institutions publiques ou des entreprises privées, ou réglementer leur fonctionnement. L'exigence du certificat pour entrer dans un restaurant, et son corollaire pour le restaurateur qui consiste à vérifier ce document, représente une mesure bien moins contraignante que la fermeture de l'établissement. Partant, en prenant la mesure en cause, le Conseil fédéral n'a pas outrepassé le cadre de la délégation de compétence qui lui est

octroyé par l' art. 6 al. 2 let. a et b LEp .

E. 6.4

Tel que susmentionné, le recourant estime que l'introduction du certificat COVID viole sa liberté économique.

E. 6.4.1

Aux termes de l' art. 27 Cst. , la liberté économique est garantie (al. 1). Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (al. 2).

E. 6.4.2

Comme tout droit fondamental, la liberté économique peut être restreinte aux conditions prévues par l' art. 36 Cst. Toute restriction d'un droit fondamental doit ainsi être fondée sur une base légale suffisante (al. 1) (cf. infra consid. 6.7); en cas d'atteinte grave, la base légale doit être une loi au sens formel; lorsque la restriction n'est pas grave, la base légale peut se trouver dans des actes de rang infra-légal ou dans une clause générale. L'atteinte doit également être justifiée par un intérêt public (al. 2) (cf. infra consid. 6.8) et être proportionnée au but visé (al. 3) (cf. infra consid. 6.9), sans violer l'essence du droit en question (al. 4). Le principe de proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.) exige que la mesure envisagée soit apte à produire les résultats d'intérêt public escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité). En outre, elle interdit toute limitation allant au-delà du but visé et postule un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts) (arrêt 2C_886/2021 susmentionné consid. 4.4.5.1; pour plus de détails sur ledit principe dans le cadre d'une épidémie, cf. ATF 147 I 450 consid. 3.2.3, 393 consid. 5.3, 5.3.1 et 5.3.2).

E. 6.5

Le Tribunal fédéral examine librement la proportionnalité des atteintes aux droits fondamentaux. Il s'impose toutefois une certaine retenue lorsqu'il s'agit de statuer sur des questions de pure appréciation dans un contexte, tel qu'en l'espèce, où la limite entre le risque admissible et le risque inacceptable n'est pas définie par le législateur mais doit être fixée par le pouvoir exécutif en fonction des connaissances scientifiques du moment (arrêt 2C_886/2021 susmentionné consid. 4.4.5.1; ATF 147 I 393 consid. 5.3.2).

E. 6.6

L'exploitation d'un restaurant tombe dans le champ de protection de la liberté économique et l'obligation, pour le recourant, de limiter l'accès à l'intérieur de son établissement aux personnes disposant d'un certificat a constitué une atteinte à celle-ci. En effet, cette mesure l'a empêché de laisser entrer qui bon lui semblait et l'a contraint à vérifier les certificats sanitaires des personnes de plus de 16 ans.

E. 6.7

L'obligation de disposer d'un certificat est expressément prévue à l'art. 12 al. 1 let. a de l'Ordonnance COVID-19 situation particulière et, comme déterminé ci-dessus (cf. consid. 6.3), le Conseil fédéral, en adoptant cette mesure, a respecté le cadre de délégation de compétence fixé par la loi sur les épidémies.

E. 6.7.1

Le recourant s'en prend à la densité normative de cette disposition. Il soutient que, conformément à l' art. 178 al. 3 Cst. , la délégation de la vérification à des privés, en tant que "tâche étatique de police", aurait dû reposer sur une base légale formelle suffisamment précise qui ferait défaut en l'espèce. Selon l'intéressé, l'Ordonnance COVID-19 situation particulière n'était, en effet, pas "une loi formelle au sens strict émanant du législateur" et l'art. 12 al. 1 de cette ordonnance n'était de toute façon pas assez précis au sujet de "l'obligation de contrôle" en question.

E. 6.7.2

L' art. 178 al. 3 Cst. prévoit que la loi peut confier des tâches de l'administration à des organismes et à des personnes de droit public ou de droit privé qui sont extérieurs à l'administration fédérale. Cette disposition constitutionnelle reflète un principe général du droit public qui exige qu'un acte de décentralisation administrative, de même que toute délégation de l'exercice de pouvoirs de puissance publique à des tiers, reposent sur une base légale formelle suffisamment précise, dès lors qu'ils portent atteinte à l'unité organique de l'administration et constituent une entorse au monopole de l'Etat (ATF 148 II 218 consid. 3.3.3; 138 I 196 consid. 4.4.3; cf. aussi ATF 140 II 112 consid. 3.1.1).

E. 6.7.3

Premièrement, le Tribunal fédéral constate que, contrairement à ce que prétend l'intéressé, le texte de cette disposition est clair. Si cet article ne dispose effectivement pas expressément que les restaurateurs doivent contrôler que les personnes de 16 ans et plus qui entrent dans leur établissement disposent d'un certificat, cela est la conséquence logique de sa teneur: le seul moyen de limiter l'accès du restaurant aux personnes possédant un certificat est de vérifier si les individus voulant y entrer détiennent ce document. De plus, cette disposition est dénuée de toute ambiguïté en tant qu'elle impose une obligation aux établissements et non aux clients, puisque ce sont bien ceux-là qui " doivent... limiter l'accès à l'intérieur [aux personnes] disposant d'un certificat". On ne saurait donc retenir qu'il était de la responsabilité du client de n'entrer dans ces lieux que s'il était en possession de ce document, déliant les restaurateurs de toute obligation à cet égard. Deuxièmement, le Tribunal fédéral constate que la vérification du certificat COVID-19 par les restaurateurs représentait une tâche qui devait être effectuée systématiquement pour tous les clients de 16 ans et plus mais qui ne prenait pas beaucoup de temps. Le contrôle de la validité du certificat pouvait même être simplifiée et accélérée par le biais d'un logiciel. En effet, l'Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication fournissait des logiciels qui pouvaient être installés sur les téléphones portables ou des appareils similaires et qui permettaient la vérification électronique de l'authenticité, de l'intégrité et de la validité des certificats COVID-19, y compris des certificats ne contenant que les données strictement nécessaires, de même que des certificats étrangers reconnus (cf. art. 29 de l'ordonnance fédérale du 4 juin 2021 sur les certificats attestant la vaccination contre le COVID-19, la guérison du COVID-19 ou la réalisation d'un test de dépistage du COVID-19 [Ordonnance COVID-19 certificats; RS 818.102.2], qui était en vigueur en octobre 2021). Grâce au code QR qui figurait sur les certificats, cette opération, couplée à la vérification de l'identité du détenteur du certificat, ne nécessitait que quelques secondes. Ainsi, c'est à bon droit que les juges précédents ont considéré que la restriction à la liberté contractuelle du restaurateur ne pouvait être qualifiée de grave, de sorte qu'elle pouvait être instituée par une ordonnance du Conseil fédéral.

E. 6.7.4

En tant que le recourant invoque l' art. 178 al. 3 Cst. , on constate que le devoir imposé au recourant de limiter l'accès à son restaurant aux personnes disposant d'un certificat, qui induisait le contrôle de l'identité du détenteur de ce document, ne constituait pas un cas de délégation d'une tâche publique au sens de cette disposition constitutionnelle. L'intéressé n'a en effet pas été investi, dans ce contexte, d'une tâche étatique impliquant l'exercice de pouvoirs de puissance publique (cf. ATF 148 II 218 consid. 3.3; 144 II 376 consid. 7; 138 I 196 consid. 4.4.3), mais il devait simplement refuser l'accès à son établissement aux personnes qui n'étaient pas titulaires d'un certificat et procéder aux contrôles y relatifs. Ces contrôles étaient ainsi un moyen, pour le recourant, de se conformer (sous l'angle des mesures de lutte contre la pandémie de COVID-19) aux dispositions légales alors applicables aux restaurants (cf., pour un cas proche, arrêt 2C_369/2021 du 22 septembre 2021 relatif à un contrôle abstrait d'une ordonnance cantonale qui obligeait les exploitants de certains établissements à collecter et transmettre automatiquement les données personnelles des clients aux autorités, afin de pouvoir les contacter en cas de présence d'une personne infectée dans le restaurant [consid. 5.4]). Comme le relève à juste titre le Tribunal cantonal, un contrôle de ce type est analogue au contrôle de l'âge (et donc de l'identité) d'un client qui désire acheter et consommer de l'alcool dans un établissement public. Un tel contrôle ne constitue pas un cas de délégation d'une tâche de puissance publique, mais bien plutôt l'application, de la part d'un restaurateur, des règles topiques en matière de vente d'alcool respectivement de prévention des épidémies.

E. 6.8

L'obligation du certificat pour entrer dans les restaurants et le contrôle de ce document visaient un intérêt public au sens de l' art. 36 al. 2 Cst. (cf. arrêt 2C_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.3.1). En effet, le but de cette mesure était de prévenir et de combattre la propagation de la maladie du COVID-19 (cf. art. 2 al. 1 LEp), en restreignant les contacts à l'intérieur des établissements entre personnes vaccinées contre le COVID-19, guéries de cette maladie ou disposant d'un test de dépistage négatif (cf. art. 6a al. 1 de la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 [Loi COVID-19; RS 818.102]). Il s'agit là d'un but de santé publique tendant à éviter la transmission du virus et, par conséquent, les hospitalisations et décès qui peuvent en résulter (ATF 147 I 450 consid. 3.3.1, 393 consid. 5.2), ce que le recourant ne conteste pas. Ainsi, la restriction de la liberté économique du recourant était justifiée par un intérêt public.

E. 6.9

Pour juger de la proportionnalité de la mesure litigieuse, il convient de connaître, s'agissant d'une décision d'application de l'Ordonnance COVID-19 situation particulière, l'état de la pandémie au moment des faits litigieux, à savoir octobre 2021, et des connaissances scientifiques à ce moment-là (cf. arrêt 2C_106/2022 du 2 novembre 2022 consid. 4.4.1 et 4.4.2 et les arrêts cités, ainsi que les ATF 147 I 450 consid. 3.2.7, 393 consid. 5.3.1 et 5.3.2).

E. 6.9.1

Il ressort des faits retenus dans l'arrêt attaqué, qui lie le Tribunal fédéral (cf. supra consid. 5.2), que la situation, en octobre 2021, dans les hôpitaux restait tendue et l'occupation des lits aux soins intensifs élevée. Le nombre d'infections demeurait considérable et la

circulation du virus avait connu une légère augmentation les derniers jours. La part de la population non immunisée restait en outre trop grande pour empêcher une nouvelle et importante vague de contaminations. Bien que les vaccinations avaient légèrement augmenté, la vitesse de vaccination restait faible. On peut ajouter que, selon l'Évaluation du 18 octobre 2021 de la situation épidémiologique émise par la Swiss National COVID-19 Science Task Force, composée d'experts provenant de tous les domaines scientifiques pertinents, l'épidémie était alors causée presque exclusivement par le variant Delta; les prévisions relatives au nombre de cas et d'hospitalisations tendaient vers une reprise saisonnière de la circulation du virus; la charge maximale des hospitalisations aurait pu dépasser celle de 2020 d'ici la fin novembre 2021; une hausse rapide des chiffres aurait été très difficile à maîtriser pour le système de santé, encore très sollicité (<https://sciencetaskforce.ch/fr/evaluation-de-la-situation-epidemiologique-18-octobre-2021/>) (art. 105 al. 2 LTF).

E. 6.9.2

En ce qui concerne la règle de l'aptitude , compte tenu de l'état des connaissances en octobre 2021, le Conseil fédéral pouvait raisonnablement partir du principe que la restriction de l'accès aux restaurants aux personnes présentant une immunisation par le biais du vaccin (cf. arrêt 2C_886/2021 susmentionné consid. 4.4.5.2) respectivement aux personnes guéries ou détenant un test négatif permettait de réduire le risque de transmission du virus. D'ailleurs, le Tribunal fédéral a déjà jugé que, sur la base des études d'octobre 2021, les autorités pouvaient considérer que les personnes qui ne disposaient pas d'un certificat de vaccination COVID-19 valable présentaient un risque d'infection plus élevé que les personnes vaccinées (cf. arrêt 2C_106/2022 du 2 novembre 2022 consid. 4.5.3). Le recourant prétend "qu'aucune corrélation n'a encore été sérieusement établie entre l'absence de transmissibilité et le fait d'avoir été vacciné ou d'avoir contracté la maladie une première fois". Il perd de vue que l'obligation du certificat a pour effet que seules des personnes vaccinées, guéries ou possédant un test négatif se côtoient à l'intérieur des établissements concernés. Or, il était alors plus que vraisemblable que le fait de restreindre l'accès à ces lieux aux personnes susmentionnées, à l'exclusion de celles qui n'étaient pas vaccinées, n'avaient pas contracté la maladie ou n'avaient pas de test négatif était à même de circonscrire la diffusion de la maladie. Le principe de précaution allait donc dans le sens de l'adoption d'une telle mesure. Partant, la réunion de plusieurs personnes à l'intérieur d'un établissement (tel que le restaurant exploité par le recourant) étant propre à favoriser la diffusion du virus COVID-19, l'exigence du certificat et le contrôle de ce document étaient aptes à limiter la propagation de celui-ci, comme retenu par l'arrêt attaqué.

E. 6.9.3

La mesure apparaissait également comme nécessaire , puisque, en octobre 2021 (cf. supra consid. 6.9.1), les prévisions relatives au nombre de cas et d'hospitalisations tendaient vers une reprise saisonnière de la circulation du virus et celles concernant les hospitalisations allaient dans le sens d'une charge qui pouvait dépasser, jusqu'à la fin novembre 2021, celle de 2020; de plus, une hausse rapide des cas allait être très difficile à maîtriser pour le système de santé qui était déjà très sollicité. En outre, si l'obligation de posséder un certificat pour entrer dans certains établissements respectivement le contrôle de celui-ci constituait une mesure restrictive, elle l'était moins que celle qui avait été prise auparavant et qui avait consisté à fermer ces lieux. En cela, le Conseil fédéral a tiré les leçons des événements passés et a adapté la mesure en en déterminant une ayant des effets moins

drastiques pour l'économie (ATF 147 I 450 consid. 3.2.7; "principe de rétroaction": ALEXANDRE FLÜCKIGER, Légiférer sans arbitraire dans l'incertain, in LeGes 32 (2021) 3). Le recourant soutient qu'une augmentation de la capacité hospitalière, comme cela avait été fait au printemps 2020, aurait permis d'éviter une saturation des hôpitaux et aurait rendu la mesure litigieuse superflue. Cette assertion n'est aucunement étayée. Il est impossible d'affirmer de la sorte qu'il était envisageable d'accroître le nombre de lits aux soins intensifs, en octobre 2021. Une telle augmentation ne va pas sans personnel soignant. Or, il est notoire que celui-ci avait été mis à très rude épreuve lors de la première vague. En outre, à supposer qu'il soit exact qu'en octobre 2021 il y ait eu moins de lits à disposition, ceci peut s'expliquer par le fait qu'un vaccin avait été trouvé et qu'il était à disposition de la population, diminuant d'autant le nombre de personnes finissant aux soins intensifs et par les enseignements tirés de la première vague. De toute façon, il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de juger si le nombre de lits aux soins intensifs pouvait alors être augmenté. Il découle de ce qui précède, que la limitation de l'accès à l'intérieur des établissements de restauration, des bars et des boîtes de nuit, pour les personnes de 16 ans et plus, à celles disposant d'un certificat sanitaire et l'obligation pour le recourant de vérifier ce document respectait l'exigence de la nécessité.

E. 6.9.4

Finale­ment, sous l'angle de la proportionnalité au sens étroit, le recourant fait valoir que l'exigence du certificat violait de "nombreux droits et libertés individuels (non-discrimination, liberté de mouvement, liberté de réunion, etc.)". Il oublie que le présent cas ne constitue pas un contrôle abstrait de la mesure litigieuse mais s'inscrit dans le cadre d'un contrôle concret concernant le droit de l'intéressé à jouir pleinement de sa liberté économique. Le Tribunal fédéral constate qu'il existe un rapport raisonnable entre la restriction de la liberté économique du recourant et l'intérêt public poursuivi par la mesure contestée, c'est-à-dire la limitation de la propagation du COVID-19 (cf. supra consid. 6.8). Cet intérêt public était en effet prépondérant, au regard de la situation sanitaire prévalant à l'époque des faits (occupation des lits aux soins intensifs élevée, etc.; cf. supra consid. 6.9.1), du taux de vaccination qui restait notoirement limité, de l'hiver qui approchait et des risques relatifs à la diffusion du COVID-19 (hospitalisations, décès, impact économique lié à des complications de la maladie ou au Covid long), alors que la restriction de la liberté économique de l'intéressé demeurait relativement modérée. De plus, la mesure litigieuse n'a pas été prononcée pour une durée indéterminée mais a été en vigueur uniquement du 13 septembre 2021 au 17 février 2022.

E. 6.9.5

En conclusion, la restriction de la liberté économique du recourant respectait le principe de proportionnalité.

E. 7

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours dans la mesure où il est recevable. Succombant, le recourant doit supporter les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens (art. 68 al. 1 et 3 LTF).