

# BGer 2E\_6/2024 vom 19. Februar 2026

Bundesgericht, 2026-02-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2E\\_6\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2E_6_2024)

FR: TF 2E\_6/2024 du 19 février 2026

IT: TF 2E\_6/2024 del 19 febbraio 2026

## Erwägungen

### E. 1

La présente action est formée contre les membres du Conseil fédéral, auxquels les demanderesses reprochent d'avoir commis un acte illicite en édictant l'art. 10a de l'ordonnance 2 COVID-19.

#### E. 1.1

D'après l' art. 120 al. 1 let . c LTF, le Tribunal fédéral connaît par voie d'action en instance unique des prétentions portant sur des dommages-intérêts ou sur une indemnité à titre de réparation morale résultant de l'activité officielle de personnes visées à l'art. 1 al. 1 let. a à c bis de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité, LRCF; RS 170.32). L' art. 10 al. 2 LRCF a la même teneur que l' art. 120 al. 1 let . c LTF.

Selon l' art. 1 al. 1 let. b LRCF , cette loi est applicable à l'activité officielle des membres du Conseil fédéral. Il n'est pas nécessaire de désigner spécifiquement les membres du Conseil fédéral auxquels est reproché un comportement illicite; la responsabilité du Conseil fédéral en tant qu'autorité collégiale peut être engagée (cf. ATF 93 I 67 ; 91 I 449 consid. 1; cf. arrêts 2E\_3/2022 du 29 août 2024 consid. 1.1; 2E\_3/2020 du 11 novembre 2021 consid. 1.1).

#### E. 1.2

La demande a été déposée dans le délai de péremption de six mois dès la prise de position du 27 mars 2024, par laquelle le Conseil fédéral a contesté la demande déposée le 28 décembre 2023 (cf. art. 20 al. 3 LRCF et art. 3 al. 1 et 2 OLRCF).

#### E. 1.3

La procédure d'action est régie, selon l' art. 120 al. 3 LTF , par la loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (PCF; RS 273). Cette loi est pour sa part complétée par les chapitres 1, 2 et 6 LTF, sauf disposition contraire ( art. 1 al. 2 PCF ). D'après l' art. 42 LTF , qui se trouve dans le chapitre 2 LTF, les mémoires doivent être suffisamment motivés. Cette exigence s'applique de manière analogue à la voie de l'action (arrêt 2E\_3/2022 du 29 août 2024 consid. 1.3). Les parties demanderesses doivent exposer de manière défendable leur qualité pour agir et en quoi les conditions pour engager la responsabilité de l'État sont remplies (arrêt 2E\_3/2022 du 29 août 2024 consid. 1.3).

La demande satisfait à ces exigences. Les demanderesses soutiennent que le Conseil fédéral aurait commis un acte illicite en prononçant l'interdiction des opérations non urgentes et qu'elles auraient subi en raison de cet acte un dommage de 15'702'999 fr., se décomposant de la manière suivante entre 15 établissements: G. \_\_\_\_\_, 470'988 fr.; J. \_\_\_\_\_, 345'724 fr.; L. \_\_\_\_\_, 478'769 fr.; K. \_\_\_\_\_, 1'319'929 fr.; H. \_\_\_\_\_, 3'590'744 fr.;

I. \_\_\_\_\_, 681'226 fr.; O. \_\_\_\_\_, 2'586'114 fr.; P. \_\_\_\_\_, 601'580 fr.; Q. \_\_\_\_\_ 149'639 fr.; R. \_\_\_\_\_, 1'229'184 fr.; S. \_\_\_\_\_, 323'687 fr.; D.A. \_\_\_\_\_ 106'986 fr.; C.A. \_\_\_\_\_ 378'627 fr.; N. \_\_\_\_\_, 1'862'103 fr.; M. \_\_\_\_\_, 326'892 fr., soit un total de 14'452'192 fr., auquel elles ajoutent 7.7 % de TVA. Il convient donc d'entrer en matière.

## **E. 2**

La défenderesse relève que l' art. 63 LEp ne prévoit délibérément pas d'indemnisation en faveur des entreprises.

### **E. 2.1**

Selon l' art. 63 LEp , l'autorité ordonnant une mesure visée aux art. 33 à 38 [mesures visant des individus] ou 41 al. 3 LEp [mesures aux frontières visant les personnes] peut indemniser, en tenant compte de la situation économique des bénéficiaires, les personnes qui subissent un dommage dû à cette mesure pour autant que celui-ci ne soit pas couvert autrement.

### **E. 2.2**

La voie de l'action directe n'est pas ouverte s'agissant des demandes d'indemnisation fondées sur l' art. 63 LEp (arrêt 2E\_6/2021 du 23 mars 2023 consid. 1.2). En outre, l' art. 63 LEp ne concerne pas l'indemnisation des personnes morales, dont les établissements sanitaires durant la pandémie du coronavirus (arrêt 2C\_749/2021 du 16 mars 2022 consid. 6.3). Cette disposition se borne en effet à prévoir le versement d'une indemnité équitable "lorsque la personne concernée par une mesure individuelle ayant occasionné un dommage qui ne peut être couvert autrement (employeur, assurance-maladie, autres assurances sociales, etc.) se retrouverait dans une situation matérielle ou sociale critique", mais ne traite pas de l'indemnisation des "organismes ou entreprises privées concernés par des interdictions, fermetures ou autres restrictions" (cf. message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 3 décembre 2010, FF 2011 291, p. 389; arrêt 2C\_749/2021 du 16 mars 2022 consid. 6.3).

### **E. 2.3**

En l'occurrence, la défenderesse perd de vue que les demanderessees ne prétendent pas à une indemnisation sur la base de l' art. 63 LEp , mais de l' art. 3 LRFCF . L' art. 63 LEp n'exclut pas l'action en responsabilité des entreprises pour acte illicite, fondée directement sur l' art. 3 LRFCF , notamment en lien avec les mesures prises par le Conseil fédéral pendant la pandémie de COVID-19 (cf. arrêt 2E\_6/2021 du 23 mars 2023 consid. 1).

## **E. 3**

Statuant en instance unique dans le cadre de la procédure d'action selon l' art. 120 LTF , le Tribunal fédéral dispose d'un plein pouvoir d'examen en fait comme en droit (cf. ATF 129 I 419 consid. 1, confirmé in ATF 136 IV 139 consid. 1.4; 131 I 266 consid. 2.3; arrêt 2E\_3/2022 du 29 août 2024 consid. 2).

## **E. 4**

Les demanderessees considèrent que la Confédération doit les indemniser pour un montant de 15'702'999 fr. en raison de l'interdiction des opérations non urgentes en vigueur entre le 17 mars 2020 et le 26 avril 2020 prononcée par le Conseil fédéral.

### **E. 4.1**

Aux termes de l' art. 3 al. 1 LRFC , la Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute du fonctionnaire. Cette disposition s'applique aux membres du Conseil fédéral (cf.

supra consid. 1.1; art. 1 al. 1 let. b LRFC ). L'adoption d'actes juridiques (décision ou acte réglementaire) par celui-ci compte en outre parmi les activités officielles pouvant tomber sous le coup de l' art. 3 LRFC (arrêt 2E\_3/2022 du 29 août 2024 consid. 4.1 et les arrêts cités). Les mesures adoptées par le Conseil fédéral lors de la pandémie de COVID-19 peuvent relever de cette disposition (cf. arrêts 2E\_3/2022 du 29 août 2024 consid. 4.1; 2E\_6/2021 du 23 mars 2023 consid. 4.1).

#### **E. 4.2**

L' art. 3 al. 1 LRFC consacre une responsabilité primaire, exclusive et causale de l'État, en ce sens que le tiers lésé ne peut rechercher que l'État, à l'exclusion du fonctionnaire ou de l'agent responsable, et qu'il n'a pas à établir l'existence d'une faute de ce dernier; il lui suffit d'apporter la preuve d'un acte illicite, d'un dommage ainsi que d'un rapport de causalité entre ces deux éléments. Ces conditions doivent être remplies cumulativement ( ATF 151 II 245 consid. 4.2; 150 II 225 consid. 4.1; 139 IV 137 consid. 4.1; 132 II 449 consid. 3.2; arrêts 2E\_3/2022 du 29 août 2024 consid. 3.1; 2E\_6/2021 du 23 mars 2023 consid. 4.1 et 4.2).

#### **E. 4.3**

Lors de l'audience de débats préparatoires du 22 août 2025, le Juge instructeur a décidé (cf. art. 34 al. 2 CPC ) de limiter dans un premier temps la procédure à la question de l'illicéité. Seule cette condition sera partant examinée ci-après.

#### **E. 5.1**

La condition de l'illicéité au sens de l' art. 3 al. 1 LRFC ("sans droit") suppose la violation par l'État, au travers de ses organes ou agents, d'une norme protectrice des intérêts d'autrui, en l'absence de motifs justificatifs (consentement, intérêt public prépondérant, etc.; ATF 148 II 73 consid. 3.2; 139 IV 137 consid. 4.2; 132 II 305 consid. 4.1). Selon les circonstances, un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation conféré par la loi peut réaliser cette condition ( ATF 150 II 225 consid. 4.2; 148 II 73 consid. 3.2; 139 IV 137 consid. 4.2; 132 II 305 consid. 4.1). La jurisprudence a également considéré comme illicite la violation de principes généraux du droit ( ATF 148 II 73 consid. 3.2; 139 IV 137 consid. 4.2; 132 II 305 consid. 4.1).

#### **E. 5.2**

Lorsque l'illicéité reprochée procède d'un acte juridique (une décision, un jugement), seule la violation d'une prescription importante des devoirs de fonction (en all.: "

Verletzung einer wesentlichen Amtspflicht ") par l'autorité est susceptible d'engager la responsabilité de l'État ( ATF 150 II 225 consid. 4.2; 139 IV 137 consid. 4.2; 132 II 305 consid. 4.1; 123 II 577 consid. 4d/dd; 118 Ib 163 ). Le fait de rendre une décision qui se révèle par la suite inexacte, contraire au droit ou même arbitraire ne suffit pas (cf. ATF 132 II 305 consid. 4.1; 123 II 577 consid. 4d/dd; 120 Ib 248 consid. 2b). Ces conditions strictes trouvent application lorsqu'est en cause l'activité législative du Conseil fédéral. Ainsi, seule une violation particulièrement grave des devoirs de fonction ou une erreur particulièrement grave est susceptible d'engager la responsabilité de la Confédération du fait d'une ordonnance législative du Conseil fédéral (arrêts 2E\_3/2022 du 29 août 2024 consid. 4.2 et

4.3; 2E\_6/2021 du 23 mars 2023 consid. 6.2; 2E\_3/2020, 2E\_4/2020 du 11 novembre 2021 consid. 8.2 et les références).

## **E. 6**

Sur l'illicéité, les positions des parties se résument comme suit.

### **E. 6.1**

Selon les demanderesses, le Conseil fédéral aurait, en prononçant l'interdiction des opérations non urgentes, violé leur droit de propriété, soit un droit absolu, en restreignant drastiquement l'usage de leurs biens (dont du matériel technologique de pointe). Il aurait méconnu les principes d'égalité de traitement et d'interdiction de l'arbitraire, ainsi que de multiples dispositions qui viseraient, selon elles, à protéger leur patrimoine, à savoir les art. 27 Cst. , les art. 6, 7, 19, 30 et 40 al. 3 LEp, l'art. 1 al. 2

bis de la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 du 25 septembre 2020 (loi COVID-19; RS 818.102) et les art. 3, 10 et 11 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (LOGA; RS 172.010).

Les demanderesses reprochent au Conseil fédéral d'avoir prononcé la situation extraordinaire au sens de l' art. 7 LEp . Elles lui font aussi grief de leur avoir imposé l'interdiction des opérations non urgentes et d'avoir traité les cliniques et hôpitaux qu'elles détiennent de la même manière que "d'autres" établissements. Les demanderesses allèguent qu'aucun des établissements sanitaires qu'elles exploitent n'était en mesure de prendre en charge des patients atteints de COVID-19. L'interdiction des interventions médicales non urgentes était ainsi, selon elles, inapte à atteindre le but visé par le Conseil fédéral. En outre, elles relèvent qu'à la même époque, les rassemblements étaient autorisés dans les usines et les bureaux, de sorte qu'il n'y avait pas de motifs pour les interdire en milieu hospitalier. Elles se réfèrent à cet égard à l'arrêt de la CourEDH

Affaire Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse (req. no 21881/20) du 15 mars 2022, tout en soulignant que l'irrecevabilité prononcée ensuite par la Grande chambre (

CGAS c. Suisse du 27 novembre 2023) ne serait pas pertinente.

Pour les demanderesses, le Conseil fédéral aurait commis un acte illicite, méconnaissant le principe de proportionnalité, en ne consultant pas préalablement les établissements sanitaires, ainsi qu'en adoptant une mesure généralisée, en ne se fondant pas sur des recommandations de la

Task Force scientifique nationale COVID-19 (ci-après: la

Task Force ) comme pour les fermetures de fitness, qui ont donné lieu à l'arrêt 2E\_6/2021 du 23 mars 2023, en ne procédant pas à une évaluation différenciée selon les cantons et en ne prévoyant pas plutôt une obligation de libérer des capacités médicales à bref délai. Le caractère disproportionné de l'interdiction serait démontré par le fait que le Conseil fédéral aurait mis un terme à l'interdiction des interventions non urgentes, alors que la situation épidémiologique laissait toujours craindre une saturation des infrastructures. Dans le même temps, les demanderesses lui reprochent d'avoir laissé la mesure en vigueur jusqu'au 26 avril 2020, alors que le nombre de nouvelles infections avait reculé début avril 2020. Enfin, les demanderesses se réfèrent aux mesures prises dans les pays limitrophes, moins incisives

selon elles.

### **E. 6.2**

Dans sa réponse, la défenderesse relève qu'il n'y a pas d'atteinte perceptible au droit de propriété. Elle ajoute que les éventuelles restrictions de ce droit seront, cas échéant, examinées sous l'angle de l'expropriation matérielle, qui fait l'objet d'une procédure distincte, actuellement pendante devant le DFF.

Seule une atteinte au patrimoine entrerait en ligne de compte. Or, les dispositions invoquées par les demandresses ne constitueraient pas des normes de comportement destinées à protéger le patrimoine. L'action devrait être rejetée pour ce motif déjà. En tout état de cause, selon la défenderesse, le Conseil fédéral n'aurait pas commis de violation d'un devoir essentiel de fonction. L'interdiction des opérations non urgentes était une mesure apte à atteindre les différents buts visés et respectait le principe de proportionnalité.

### **E. 6.3**

Les demandresses ont réitéré leurs arguments dans leur réplique. Elles reprochent au Conseil fédéral de ne pas avoir laissé les cantons agir. Elles soulignent qu'elles n'étaient en mesure ni de soigner des patients atteints par le COVID-19 ni de prendre en charge des patients nécessitant des soins aigus pour des raisons autres. Il était donc injustifié de leur interdire leur activité. Elles répètent en outre que des solutions moins incisives étaient envisageables.

Les demandresses contestent qu'il faille, pour engager la responsabilité de la Confédération du fait de l'activité législative du Conseil fédéral, une violation qualifiée des devoirs de fonction. Cette condition ne reposerait sur aucune base légale. Elle serait de toute façon remplie en l'espèce, car le Conseil fédéral ne se serait pas fondé sur des bases scientifiques solides, notamment sur des recommandations de la

Task Force , et aurait procédé de manière schématique, sans balance des intérêts.

### **E. 6.4**

Lors des débats principaux du 19 février 2026, les parties ont persisté dans leurs arguments.

### **E. 7**

Les demandresses ont réitéré à l'audience du 19 février 2026 leur demande d'audition de plusieurs directeurs de leurs sociétés et des cliniques qu'elles exploitent, ainsi que celle d'Ueli Maurer, ancien Conseiller fédéral.

La Cour de céans a rejeté ces réquisitions, exposant brièvement lors de l'audience du 19 février 2026 les motifs qui suivent et faisant au surplus sienne la motivation contenue dans l'ordonnance du Juge instructeur du 26 novembre 2025 (cf.

supra point C.b en fait).

### **E. 7.1**

La preuve n'est admise que pour établir des faits pertinents; elle ne porte que sur des faits contestés ( art. 36 al. 1 PCF ). Le juge n'est pas lié par les offres de preuves des parties; il ne retient que les preuves nécessaires ( art. 37 PCF ).

### **E. 7.2**

Les auditions des dirigeants des établissements exploités par les demanderesse, destinées à établir que les cliniques concernées par l'action en responsabilité ne disposaient pas des ressources techniques et humaines nécessaires pour prendre en charge des patients atteints du COVID-19, ne sont pas nécessaires. Les demanderesse ont largement décrit leurs activités dans leurs écritures. Comme elles l'ont relevé elle-mêmes dans leur courrier du 8 décembre 2025 réitérant leur requête, elles ont aussi produit différents documents détaillant les activités et infrastructures des hôpitaux et cliniques qu'elles exploitent. La Cour de céans dispose d'informations détaillées concernant 13 des 15 établissements visés par la demande d'indemnisation et les demanderesse ont déjà exposé dans leurs écritures que les deux autres (K.\_\_\_\_\_ et L.\_\_\_\_\_ ) ne disposaient pas de soins intensifs.

### **E. 7.3**

L'audition de l'ancien Conseiller fédéral Ueli Maurer a été demandée, afin que celui-ci développe ses propos tenus dans la presse en 2024 s'agissant de la gestion de la crise du COVID.

Dès lors que les articles de presse en cause figurent au dossier, on ne voit pas l'utilité de l'audition requise, qui aurait pour seul but d'en répéter et confirmer le contenu.

### **E. 8**

De l'avis des demanderesse, l'interdiction des opérations non urgentes prononcée par le Conseil fédéral aurait porté atteinte à leur propriété en limitant l'usage de leurs équipements, de sorte que la condition de l'illicéité serait d'emblée réalisée.

Pour sa part, la Confédération estime qu'il n'y a pas d'atteinte à la propriété, respectivement qu'une éventuelle restriction doit être examinée dans le cadre de la requête en expropriation matérielle, traitée en parallèle de la présente procédure.

#### **E. 8.1**

Selon la jurisprudence constante en matière de responsabilité étatique, qui reprend les principes du droit civil, si le fait dommageable consiste dans l'atteinte à un droit absolu, l'illicéité est d'emblée réalisée, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si et de quelle manière l'auteur a violé une norme de comportement spécifique; on parle à ce propos d'illicéité par le résultat ("

Erfolgsunrecht "; ATF 151 II 245 consid. 6.3.1; 150 II 225 consid. 4.2; 148 II 73 consid. 3.2; 144 I 318 consid. 5.5; 139 IV 137 consid. 4.2; 112 II 118 consid. 5e; arrêt 2E\_3/2022 du 29 août 2024 consid. 4.4 et les arrêts cités). Si, en revanche, le fait dommageable constitue une atteinte à un autre intérêt (par exemple le patrimoine), l'illicéité suppose qu'il existe un "rapport d'illicéité", soit que l'auteur ait violé une norme de comportement ayant pour but de protéger le bien juridique en cause; c'est ce que l'on appelle l'illicéité par le comportement ("

Verhaltensunrecht "). La simple lésion du droit patrimonial d'un tiers n'emporte donc pas, en tant que telle, la réalisation d'un acte illicite; il faut encore qu'une règle de comportement de l'ordre juridique interdise une telle atteinte, que cette règle ait pour but la protection du bien lésé et qu'elle ait été méconnue ( ATF 150 II 225 consid. 4.2; 148 II 73 consid. 3.2; 139 IV 137 consid. 4.2; 132 II 305 consid. 4.1; 112 II 118 consid. 5e).

#### **E. 8.2**

Dans le contexte du droit de la responsabilité, y compris étatique, on entend par droits absolus ceux dont le respect s'impose à tout tiers: la vie, la santé, l'intégrité corporelle et psychique, les droits de la personnalité, la liberté personnelle, la propriété et autres droits réels, la possession (cf. ATF 132 II 449 consid. 3.3; 123 II 577 consid. 4d; 116 Ib 480 consid. 5; 112 II 118 consid. 5e; arrêt 2E\_3/2022 du 29 août 2024 consid. 4.4 et les arrêts cités). Leur violation entraîne un constat d'illicéité, sauf motifs justificatifs.

Pour les autres droits fondamentaux et les garanties constitutionnelles, le Tribunal fédéral examine si la garantie ou le droit concerné comporte une norme de comportement protégeant les intérêts des particuliers, y compris leurs intérêts patrimoniaux (répondant par exemple par l'affirmative pour l' art. 29 al. 1 Cst. : ATF 144 I 318 consid. 7.3.2; 129 V 411 consid. 1.4; 107 Ib 160 consid. 3d). À cet égard, la jurisprudence a déjà retenu à plusieurs reprises que l' art. 27 Cst. ne renferme pas une norme de comportement visant à protéger le patrimoine (cf. arrêts 2E\_3/2022 du 29 août 2024 consid. 5.3; 2E\_6/2021 du 23 mars 2023 consid. 5.3; 2E\_3/2020, 2E\_4/2020 du 11 novembre 2021 consid. 7.3; cf. ATF 118 Ib 473 consid. 3a).

### **E. 8.3**

Vis-à-vis de l'État, la garantie de la propriété ( art. 26 Cst. ) protège, dans sa fonction individuelle, les droits patrimoniaux concrets du propriétaire, tel que celui de conserver sa propriété, d'en jouir et de l'aliéner ( ATF 150 I 106 consid. 5.1 et les arrêts cités). La notion de propriété au sens de l' art. 26 Cst. est plus large que celle du droit civil; elle s'étend aux droits réels restreints, aux droits contractuels, aux droits de la propriété intellectuelle, à la possession, ainsi qu'aux droits acquis des citoyens face à la collectivité ( ATF 128 I 295 consid. 6). Le droit de propriété ne protège en revanche pas le patrimoine en tant que tel ( ATF 132 I 101 consid. 7.1; 127 I 60 consid. 3b). La garantie de la propriété s'applique aux immeubles comme aux biens meubles (cf. ATF 135 I 209 consid. 3.3; 130 I 360 consid. 14.2; 128 I 295 consid. 6; 113 Ia 368 consid. 4; arrêt 2C\_498/2023 du 26 août 2025 consid. 4.1 et 4.2). La confiscation d'un bien ou l'interdiction d'utiliser un certain objet constituent ainsi des atteintes à la propriété (cf. ATF 150 II 519 consid. 4.6; 137 IV 249 consid. 4.5; arrêt 2C\_498/2023 du 26 août 2025 consid. 4.1 et 4.2 [interdiction d'un sondeur à technologie sonar pour la pêche]). Outre les prérogatives découlant directement de la propriété, l' art. 26 Cst. protège les conditions factuelles nécessaires à l'exercice du droit ( ATF 140 I 176 consid. 9.2; 131 I 12 consid. 1.3.2; 126 I 213 consid. 1b; arrêt 2C\_498/2023 du 26 août 2025 consid. 4.1). La jurisprudence a toutefois relevé que le propriétaire riverain ne pouvait invoquer l' art. 26 Cst. pour s'opposer à des réglementations du trafic que lorsque celles-ci rendaient impossible ou compliquaient à l'excès l'utilisation d'un bien-fonds conforme à sa destination ( ATF 131 I 12 consid. 1.3.3). En d'autres termes, n'importe quel impact indirect sur le droit de propriété n'est pas constitutif d'une atteinte au droit (cf., de manière générale: EPINEY, in Basler Kommentar Bundesverfassung, 2e éd. 2025, n. 18 ad art. 36 Cst. ; DUBEY, in Commentaire romand de la Constitution, 2021, n. 34 à 38 ad art. 36 Cst. ).

La garantie de la propriété ne vaut que dans les limites tracées par la loi (cf. ATF 144 II 367 consid. 3.2 sur la distinction entre définition du droit et restriction). Le droit de propriété peut en outre être restreint aux conditions de l' art. 36 Cst. ( ATF 150 I 106 consid. 5.1; 141 I 20 consid. 4; 132 I 229 consid. 11.2). En cas de restriction valant expropriation ou mesure équivalente, l' art. 26 al. 2 Cst. pose le principe d'une pleine indemnisation (cf. ATF 150 I 106 consid. 5.1; arrêt 1C\_37/2022 du 23 mars 2023 consid. 3.1, non publié in ATF 149 I 49

). Il s'agit d'un cas de responsabilité pour acte licite (cf., sur la définition de l'expropriation ouvrant droit à une indemnisation: ATF 149 II 368 consid. 3.2; 131 II 728 consid. 2; 112 Ib 496 consid. 3; 91 I 329 ).

#### **E. 8.4**

En l'occurrence, dans sa prise de position du 27 mars 2024, le Conseil fédéral a indiqué que la demande d'indemnisation pour expropriation matérielle formée en parallèle par les demanderesses sera traitée dans une procédure séparée. Le 30 septembre 2025, à la demande du Juge instructeur, le DFF a indiqué que l'instruction de la requête en indemnisation avait été suspendue dans l'attente de l'issue de la présente cause. Il ne revient toutefois pas à la Cour de céans de se prononcer sur la demande d'indemnisation pour expropriation. La procédure de l'action directe prévue par l'art. 120 al. 1 LTF ne concerne en effet que la responsabilité pour acte illicite (cf. arrêt 2E\_6/2021 du 23 mars 2023 consid. 1.2). Il n'y a pas d'attraction de compétences pour la responsabilité pour acte licite du Conseil fédéral (arrêt 2E\_6/2021 du 23 mars 2023 consid. 1.2).

#### **E. 8.5**

Dans le cadre de l'action en responsabilité pour acte illicite, il est toutefois nécessaire de déterminer si l'interdiction des opérations non urgentes a porté atteinte au droit de propriété, eu égard à la distinction entre illicéité de résultat et de comportement.

En l'espèce, le Conseil fédéral a interdit temporairement aux établissements de santé privés, dont ceux exploités par les demanderesses, une certaine activité, à savoir pratiquer des opérations non urgentes. Il en est automatiquement résulté une restriction d'usage des infrastructures et du matériel nécessaires à ces opérations. On peut se demander si cet impact indirect constitue une atteinte à la propriété (cf. ATF 101 Ib 252 , rupture d'une canalisation par l'armée entraînant une mise à l'arrêt d'une fabrique de béton envisagée uniquement sous l'angle de l'atteinte purement économique). Les demanderesses ont pu continuer à utiliser leurs infrastructures et leur matériel pour les opérations urgentes et il ne leur était en soi pas fait interdiction d'en disposer. Certes, l'art. 10 al. 1 ordonnance 2 COVID-19 prévoyait, en parallèle de l'interdiction des opérations non urgentes, que les cantons pouvaient "obliger les hôpitaux et cliniques privés à mettre leurs capacités à disposition pour accueillir des patients". Les cantons n'ont toutefois pas fait usage de cette faculté. Ainsi que cela a été jugé (cf. arrêt 2C\_420/2025 du 7 octobre 2025 consid. 8.2), les interdictions d'activité portent avant tout atteinte à la liberté économique, qui n'est pas un droit absolu.

#### **E. 8.6**

En l'occurrence, il n'est pas nécessaire de se prononcer définitivement sur l'existence d'une atteinte à la propriété. En effet, même en cas d'atteinte à un droit absolu, l'illicéité est levée en présence de motifs justificatifs, tels que la légitime défense, le consentement du lésé ou l'accomplissement d'un devoir légal ( ATF 139 IV 137 consid. 4.2; cf. ATF 132 II 449 consid. 3.3; 118 Ib 473 consid. 2; cf. en matière civile: ATF 134 III 193 consid. 4.6). S'agissant de ce dernier motif, l'illicéité sera supprimée si, légalement, l'autorité était tenue d'agir, qu'elle l'a fait de manière justifiée par un intérêt public prépondérant, qu'elle a respecté le principe de proportionnalité et que le préjudice apparaît comme une conséquence inévitable (cf. ATF 123 II 577 consid. 4i en lien avec l'intégrité physique; cf. SCHAUB, in Basler Kommentar Bundesverfassung, 2e éd. 2025, n o 28 ad art. 146 Cst. ; JAAG/HÄNNI, in Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 4e éd. 2023, n o 36 ad art. 146

Cst. [en lien avec l'usage de la force par la police]; CANDRIAN, in Commentaire romand de la Constitution, 2021, n o 54 ad art. 146 Cst. ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8e éd. 2020, p. 480; MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3e éd. 2011, p. 856 ss, p. 860). En l'espèce, il convient donc de se demander si, en prononçant l'interdiction des opérations non urgentes, le Conseil fédéral a agi dans le cadre de ses compétences, dans un but d'intérêt public prépondérant et de manière conforme au principe de proportionnalité. Dans l'affirmative, l'éventuelle atteinte à la propriété ne serait pas constitutive d'un acte illicite.

## **E. 9**

Les demanderesse considèrent que le Conseil fédéral a décrété à tort la "situation extraordinaire" au sens de l' art. 7 LEp en mars 2020. Selon elles, le Conseil fédéral n'avait donc pas la compétence pour édicter des mesures à la place des cantons.

### **E. 9.1**

Selon l' art. 118 al. 2 let. b Cst. , la Confédération légifère sur la lutte contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses de l'être humain et des animaux. La LEp repose notamment sur cette disposition (cf. arrêt 2E\_3/2022 du 29 août 2024 consid. 6.1). Cette loi règle la protection de l'être humain contre les maladies transmissibles et prévoit les mesures nécessaires à cet effet ( art. 1 LEp ). Elle a pour but de prévenir et de combattre l'apparition et la propagation des maladies transmissibles ( art. 2 LEp ). Le chapitre 5 de la loi sur les épidémies ("mesures de lutte") prévoit aux art. 30 à 40 (sections 1 et 2) les mesures que les autorités cantonales compétentes peuvent ordonner.

En cas de "situation particulière", le Conseil fédéral peut ordonner certaines mesures ( art. 6 al. 2 LEp ). Une situation particulière existe notamment lorsque 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 ( art. 6 al. 1 let. b LEp ; cf. arrêt 2E\_3/2022 du 29 août 2024 consid. 6.1).

En cas de "situation extraordinaire", le Conseil fédéral peut ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays ( art. 7 LEp ). L' art. 7 LEp reprend dans la loi la compétence constitutionnelle que confère l' art. 185 al. 3 Cst. au Conseil fédéral d'édicter des ordonnances de nécessité (message LEp, p. 318, et commentaire ad art. 7 du projet P-LEp, p. 346). Le message envisage des "menaces aiguës pour la santé publique", tout en soulignant qu'il n'est pas possible de définir la situation extraordinaire dans le détail dans la loi (cf. message LEp, p. 346).

Ainsi, selon le modèle à trois échelons prévus par la LEp, aussi bien les cantons que le Conseil fédéral, celui-ci en cas de situation particulière et extraordinaire, peuvent ordonner des mesures de lutte contre les maladies transmissibles ( ATF 148 I 33 consid. 5.3). Les cantons exécutent la loi dans la mesure où son exécution n'incombe pas à la Confédération ( art. 75 LEp ). Ils exécutent également les mesures ordonnées par le Conseil fédéral sur la base de l' art. 6 ou 7 LEp (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]).

### **E. 9.2**

Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a constaté à de nombreuses reprises que la loi sur les épidémies s'appliquait à l'épidémie de COVID-19 et pouvait donc servir de base légale aux mesures prises pour la maîtriser ( ATF 149 I 191 consid. 6; 148 I 33 consid. 5; 147 I 450 consid. 3.2.2; 147 I 393 consid. 5.1; arrêt 2E\_3/2022 du 29 août 2024 consid. 6.3 et les arrêts cités). Il a aussi souligné que le Conseil fédéral avait reconnu à juste titre l'existence d'une situation particulière au sens de l' art 6 LEp (cf. arrêts 2E\_3/2022 du 29 août 2024 consid. 6.3; 2C\_740/2022 du 1er mai 2023 consid. 6.3.3). Il a aussi confirmé que la loi sur les épidémies constituait une base légale aux mesures du Conseil fédéral prises au titre de la situation extraordinaire au sens de l' art. 7 LEp (cf. arrêt 2E\_3/2022 du 29 août 2024 consid. 6). Enfin, il a relevé à de multiples reprises que l'objectif de limiter la propagation du coronavirus était d'intérêt public et pouvait justifier des restrictions aux droits fondamentaux ( ATF 149 I 191 consid. 6.4; 148 I 89 consid. 7; 148 I 33 consid. 6.5; 148 I 19 consid. 5.4; 147 I 450 consid. 3.3.1; 147 I 393 consid. 5.2; arrêt 2E\_3/2022 du 29 août 2024 consid. 7.1).

### **E. 9.3**

Les demandresses contestent le principe du prononcé de la situation extraordinaire au sens de l' art. 7 LEp en soulignant que le Conseil fédéral n'a pas reconduit la situation extraordinaire lors de la seconde vague de COVID-19 à l'automne 2020, alors qu'elle était pourtant plus grave.

Ce n'est toutefois pas parce que des mesures plus incisives auraient éventuellement pu être prononcées à l'automne 2020 que celles ordonnées en début de crise en mars 2020 étaient injustifiées.

### **E. 9.4**

Les demandresses relèvent aussi que dans le rapport annuel 2020 des Commissions de gestion (CdG) et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales du 26 janvier 2021 (FF 2021 570), la CdG du Conseil national (CdG-N) a constaté que "la légalité de l'application du droit de nécessité par le Conseil fédéral ne pouvait faire l'objet d'aucune évaluation définitive ou complète, car les CdG n'ont pas encore conclu les différents travaux qu'elles mènent à ce sujet".

Les demandresses ne peuvent toutefois rien déduire de cet extrait. D'une part, la CdG-N a aussi ajouté dans ce rapport qu'elle "n'a[va]it] pour l'instant constaté aucun signe d'un comportement illicite du Conseil fédéral dans le cadre de l'application du droit de nécessité" (p. 99). D'autre part, l'inspection visant à analyser la gestion de la crise du coronavirus COVID-19 par le Conseil fédéral et l'administration fédérale, lancée par les CdG le 18 mai 2020, est close depuis novembre 2023 et l'intégralité des rapports est disponible (cf. <https://www.parlament.ch> > organes > commissions de surveillance > commissions de gestion > rapports), contrairement à ce qui est allégué par les demandresses. Les constats provisoires de 2020 ne sont donc plus pertinents.

### **E. 9.5**

Si les rapports émis dans le cadre du contrôle parlementaire de l'action de l'administration ne lient pas le Tribunal fédéral, ils fournissent toutefois des indications, dont il n'y a pas lieu de s'écarter, sauf raisons particulières. Dans le cadre de la présente cause, deux rapports en particulier sont pertinents: le rapport du 30 juin 2023 de la CdG-N sur le recours du Conseil fédéral et de l'OFSP aux connaissances scientifiques pour la gestion de la crise du

coronavirus (FF 2023 2014; ci-après: CdG-N, rapport utilisation des connaissances scientifiques, complété par l'annexe "rapport du contrôle parlementaire de l'administration du 24 août 2022 utilisation des connaissances scientifiques par l'OFSP" [FF 2023 2184]) et le rapport du 30 octobre 2023 de la CdG du Conseil des États (CdG-E) sur la collaboration Confédération et cantons pour la gestion de la pandémie de COVID-19 (FF 2023 2852; ci-après: CdG-E, rapport collaboration).

Dans le rapport utilisation des connaissances scientifiques, la CdG-N a relevé que le Conseil fédéral, dans ses décisions, n'avait pas toujours suivi les recommandations de la Task Force , en ce sens qu'il avait renoncé à des mesures plus restrictives, afin de tenir compte d'autres éléments, tels que les intérêts sociaux et économiques (CdG-N, rapport utilisation des connaissances scientifiques p. 27 et p. 29). Parmi ces exemples, la CdG-N mentionne que, dès avril 2020, la

Task Force avait recommandé que les assouplissements des mesures sanitaires ne soient approuvés que si le taux de reproduction du virus était clairement inférieur à 0,7 et que les mesures soient renforcées lorsque celui-ci passait au-dessus de 1. Or, le Conseil fédéral n'avait pas suivi cette recommandation, puisqu'il avait décidé de revenir en juin 2020 à la situation particulière et de suspendre une grande partie des mesures sanitaires alors que le taux de reproduction était supérieur à 1 (rapport utilisation des connaissances scientifiques p. 28). Sur le plan des données médicales, il ressort ainsi de l'évaluation effectuée

a posteriori de la gestion de la crise que le Conseil fédéral a renoncé à la situation extraordinaire et aux mesures qui y étaient liées, malgré les indications scientifiques contraires et afin de tenir compte d'autres intérêts, notamment économiques.

A fortiori , le prononcé de la situation extraordinaire au début de la crise était justifié dans son principe.

Par ailleurs, dans le rapport collaboration, la CdG-E a constaté que les cantons avaient exprimé leur soutien à la décision du Conseil fédéral de recourir à la situation extraordinaire, afin de permettre l'adoption de mesures uniformes à l'échelon national (cf. rapport collaboration, p. 29 s.). Elle a aussi estimé, en substance, que la répartition des tâches en situation extraordinaire (mars à juin 2020) avait été adéquate et que, selon elle, le Conseil fédéral avait utilisé de manière appropriée la marge de manoeuvre qui lui revenait (rapport collaboration, p. 3 et 149).

#### **E. 9.6**

Sur le vu de ce qui précède, on ne saurait reprocher au Conseil fédéral d'avoir prononcé la situation extraordinaire pendant la première phase de l'épidémie. Qu'il ne se soit pas fondé pour le faire sur des recommandations de la

Task Force, comme le notent les demanderesse, n'est d'aucune pertinence. L' art. 7 LEp ne prévoit en effet pas que le Conseil fédéral doive se baser sur les recommandations d'un groupe de travail pour prononcer la situation extraordinaire et prendre des mesures pour tout ou partie du pays. Du reste, la

Task Force n'a été mise en place que le 30 mars 2020 (rapport CdG-N, rapport utilisation des connaissances scientifiques, p. 1).

Le Conseil fédéral disposait ainsi de la compétence pour édicter les mesures propres à réduire les effets de la pandémie, y compris des mesures portant atteinte aux intérêts

économiques et aux droits fondamentaux des particuliers. Reste à examiner si l'interdiction des opérations non urgentes imposée notamment aux demanderesse s'inscrivait dans ce cadre.

## **E. 10**

Les demanderesse considèrent que le Conseil fédéral a gravement violé les exigences de proportionnalité et le principe d'égalité de traitement en interdisant à leurs établissements les opérations non urgentes.

### **E. 10.1**

Le principe de proportionnalité revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de procéder à une harmonisation de principes constitutionnels entrant en conflit, tels la protection de la vie et de la santé publique d'un côté et les restrictions de libertés ordonnées dans ce but de l'autre ( ATF 147 I 450 consid. 3.2.3; 147 I 393 consid. 5.3.1). Ainsi, même s'il existe un devoir de protection de l'État contre les dangers pour la santé, les mesures que celui-ci peut adopter en vue d'éviter la transmission de maladies doivent demeurer raisonnables. Un risque zéro ne saurait être attendu, même s'il s'agit d'éviter des dangers hautement préjudiciables pour la population. Il faut viser un risque acceptable en procédant à la pondération de l'ensemble des intérêts concernés. En principe, plus le risque est important et plus les mesures permettant de le réduire seront justifiées ( ATF 147 I 450 consid. 3.2.3; 147 I 393 consid. 5.3.1). Dans la mesure du possible, ces risques doivent ainsi être quantifiés. Cela signifie qu'il ne faut pas uniquement prendre en compte le pire des scénarios, mais également la probabilité que celui-ci se produise ( ATF 147 I 450 consid. 3.2.3; 147 I 393 consid. 5.3.1 et les arrêts cités). Dans cette pondération, les conséquences sociétales et économiques des mesures doivent aussi être considérées ( ATF 147 I 450 consid. 3.2.3; 147 I 393 consid. 5.3.1).

### **E. 10.2**

Il faut mettre en balance les conséquences négatives de la maladie avec celles des mesures ordonnées en se fondant sur l'état actuel des connaissances ( ATF 147 I 450 consid. 3.2.4; 147 I 393 consid. 5.3.1). Lors de l'arrivée de nouvelles maladies infectieuses, celui-ci est généralement incomplet, ce qui justifie une certaine marge de manoeuvre aux autorités ( ATF 149 I 205 consid. 4.4.4.2; 147 I 393 consid. 5.3.2; 147 I 450 consid. 3.2.7). Celles-ci ne peuvent toutefois invoquer cet état des connaissances pour prendre des mesures restrictives que si elles cherchent activement à l'actualiser ( ATF 147 I 450 consid. 3.2.7; 147 I 393 consid. 5.3.2). Une mesure ne peut pas être considérée comme étant illégitime du seul fait que, rétrospectivement et en présence de meilleures connaissances, elle n'apparaît pas comme étant optimale ( ATF 147 I 450 consid. 3.2.7; 147 I 393 consid. 5.3.2). Il peut ainsi être justifié de prendre directement des mesures rigoureuses, avant que ne surviennent de graves effets négatifs, afin d'éviter de devoir prendre des mesures encore plus restrictives par la suite ( ATF 147 I 450 consid. 3.2.7; 147 I 393 consid. 5.3.2).

### **E. 10.3**

Une décision ou un arrêté viole le principe d'égalité consacré à l' art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou qu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La

question de savoir s'il existe un motif raisonnable pour une distinction peut recevoir des réponses différentes suivant les époques et les idées dominantes. Le législateur - y compris le Conseil fédéral lorsqu'il édicte des ordonnances - dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de ces principes ( ATF 150 V 105 consid. 6.3; 149 I 105 consid. 4.3; 149 V 2 consid. 10; 147 V 423 consid. 5.1.2; 146 II 56 consid. 9.1; 145 I 73 consid. 5.1).

#### **E. 10.4**

L'art. 10a ordonnance 2 COVID-19 a été introduit car les capacités et ressources des hôpitaux et cliniques publics ou ayant un mandat public de prestations risquaient d'être insuffisantes au regard du nombre de patients qui auraient pu avoir besoin d'une prise en charge médicale à la suite d'une infection au COVID-19 (cf. Office fédéral de la santé publique, rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus, version du 20 mars 2020, p. 14 [ci-après: rapport explicatif OFSP]).

L'art. 10a ordonnance 2 COVID-19 comportait deux volets. En vertu du premier alinéa de la disposition, les cantons pouvaient décider que les établissements privés sans mandat de prestations/obligation d'admission soient tenus d'accueillir des patients, afin de garantir la couverture des besoins en soins. Il pouvait s'agir de patients atteints du COVID-19, mais aussi d'autres problèmes de santé, ce qui devait permettre de décharger les hôpitaux adaptés pour le traitement du COVID-19 (ou de libérer les capacités nécessaires dans ces hôpitaux) (cf. rapport explicatif OFSP, p. 14). Le second alinéa de l'art. 10a de l'ordonnance 2 COVID-19 imposait aux établissements de santé de renoncer de manière générale aux examens médicaux, aux traitements et aux thérapies non urgents. D'après le rapport explicatif, "l'objectif [de cette mesure] [était] double: "d'une part, éviter les regroupements de personnes non indispensables dans ces institutions (par exemple dans les salles d'attente) en accueillant uniquement les patients ayant immédiatement besoin d'un traitement; d'autre part, ne pas affecter à des interventions non nécessaires médicalement des capacités et ressources qui pourraient être requises pour traiter des patients infectés par le COVID-19 (ressources en personnel, infrastructures, produits thérapeutiques, fournitures) " (rapport explicatif OFSP, p. 14).

À compter du 20 mars 2020, l'art. 10a al. 3 de l'ordonnance 2 COVID-19 indiquait qu'étaient notamment considérées comme non urgentes les interventions pouvant être reportées sans inconvénient autre qu'une atteinte ou un trouble mineur à la santé ou celles réalisées à des fins esthétiques ou pour le bien-être. Le rapport explicatif donnait à titre d'exemple les injections des lèvres (rapport explicatif OFSP, p. 15). L'OFSP avait en outre dressé dans son rapport explicatif une liste d'interventions autorisées, laquelle comprenait en particulier: chirurgie tumorale dans toutes les disciplines lorsque la tumeur est nocive ou mortelle, opérations vasculaires qui, si elles ne sont pas effectuées, entraînent la perte permanente de la fonction d'un membre, hernies irréductibles ou incarcerated de tous types, opérations des articulations qui, si elles ne sont pas effectuées, entraînent une restriction permanente de la fonction, fractures qui ne peuvent pas être traitées de manière conservatrice, opérations du dos en cas de défaillance ou de douleur incontrôlable, toutes les interventions liées à la grossesse et à l'accouchement, les états de douleur aiguë qui nécessitent un traitement opératoire, interventions pour les états infectieux qui ne peuvent pas être maîtrisés de manière conservatrice (p. ex. les abcès), rétablissement de la capacité de fonctionnement de professionnels médicaux, prestations de télémédecine, ainsi

qu'interventions préventives chez les enfants et les adolescents (vaccins) (rapport explicatif OFSP, p. 15).

### **E. 10.5**

Il ressort de la lecture de l'art. 10a de l'ordonnance 2 COVID-19 et des explications qui précèdent que l'interdiction des opérations non urgentes poursuivait, comme le souligne la défenderesse, trois buts: rendre disponibles les établissements de santé privés pour prendre en charge des patients au cas où les hôpitaux publics auraient été saturés, ne pas affecter des capacités et ressources (matérielles et personnelles) qui auraient pu être nécessaires pour traiter des patients COVID-19 et, enfin, éviter des regroupements non indispensables de personnes, objectif qui était poursuivi par plusieurs autres mesures adoptées par le Conseil fédéral (cf. les interdictions de rassemblement, art. 7 ordonnance 2 COVID-19).

Contrairement à ce qu'allèguent les demanderesses, il ne s'agissait ainsi pas seulement de s'assurer que les hôpitaux et cliniques privés puissent soigner des patients atteints du COVID-19 ou prodiguer des soins urgents. En vertu de l'art. 10a al. 1 de l'ordonnance 2 COVID-19, les cantons auraient pu exiger des établissements de santé privés la prise en charge de tout type de patients nécessitant des soins. La mesure visait en outre à réduire les rassemblements. Compte tenu de la plus grande promiscuité dans des établissements médicaux que sur d'autres types de lieux de travail et eu égard aux plus grandes probabilités que des personnes vulnérables se trouvent dans des hôpitaux ou cliniques, les demanderesses ne peuvent rien déduire du fait qu'à la même période le Conseil fédéral n'avait pas prononcé d'interdiction générale de se rendre sur les lieux de travail. La référence à l'arrêt de la CourEDH

Affaire Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse (req. no 21881/20) du 15 mars 2022, qui portait sur l'interdiction de réunion notamment pour les syndicats, ne leur est d'aucune utilité, étant encore souligné que cet arrêt a été annulé par l'arrêt de la Grande chambre

CGAS c. Suisse du 27 novembre 2023.

### **E. 10.6**

C'est à l'aune de l'ensemble des objectifs susmentionnés que la proportionnalité doit être examinée et non sous l'angle restreint d'une prise en charge de patients atteints du COVID-19 ou souffrant d'affections nécessitant des soins "aigus" tel que présenté par les demanderesses.

#### **E. 10.6.1**

Concernant l'aptitude, les demanderesses font essentiellement valoir la totale inutilité de leurs propres établissements pour prendre en charge des patients souffrant du COVID-19, voire tout autre patient nécessitant des soins urgents. Leur personnel serait si hautement spécialisé qu'il ne pourrait être affecté à aucune mission sortant du cadre de sa spécialisation. Cette critique rejoint celle de la violation du principe d'égalité de traitement. D'après les demanderesses, le Conseil fédéral aurait dû traiter leurs établissements différemment de tous les autres établissements de santé au vu de leurs activités.

Le raisonnement des demanderesses est fondé pour l'essentiel sur la prémisse erronée que l'interdiction des opérations non urgentes visait uniquement à ce que les établissements de santé privé puissent prendre en charge en cas de besoin des patients atteints du COVID-19 ou nécessitant des soins urgents ou intensifs. Or, comme il vient d'être exposé, les buts

poursuivis étaient plus larges. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer si les 15 cliniques et hôpitaux exploités par les demanderessees et concernés par la présente action en responsabilité ne disposaient pas, comme allégué, des compétences et ressources pour traiter spécifiquement des pathologies provoquées par le COVID-19 ou d'autres cas lourds.

#### **E. 10.6.2**

La Cour de céans relève que les établissements de santé soumis à l'interdiction étaient les établissements "gérés par des professionnels de la santé au sens du droit fédéral et cantonal" (cf. art. 10 al. 2 ordonnance 2 COVID-19 renvoyant à l' art. 6 al. 3 let . m). Par définition, ces établissements disposaient de personnel médical apte à contribuer à la prise en charge de patients. Les demanderessees ont produit un document de l'OFSP intitulé "chiffres clefs des hôpitaux suisses, 2023, 3/2025", comprenant pour tous les établissements concernés par la présente action, à l'exception de la L.\_\_\_\_\_ et de K.\_\_\_\_\_, des informations relativement détaillées pour 2022 et 2023 s'agissant de la classification de l'établissement, les prestations proposées (nombre de lits, nombre de salles d'opération notamment), les infrastructures médico-technique, le personnel et les finances. Les demanderessees n'ont pas allégué que ces données ne seraient pas transposables à la période 2020. Il en ressort que trois établissements (R.\_\_\_\_\_, V.\_\_\_\_\_ et I.\_\_\_\_\_) sont des hôpitaux généraux. Les autres établissements sont des cliniques spécialisées (chirurgie pour la plupart d'entre elles). Ces établissements disposent de personnel soignant, de médecins, de lits et de salles d'opération (à l'exception de Q.\_\_\_\_\_, clinique de réadaptation). Les établissements des demanderessees pouvaient, sur le vu de ces informations, contribuer de manière plus significative que des cabinets dentaires par exemple, pourtant également soumis à l'interdiction des traitements non urgents, à la lutte contre la pandémie. Il n'y avait donc aucune raison de les soustraire au régime d'interdiction.

Le Conseil fédéral n'a donc pas violé le principe d'égalité de traitement en incluant les établissements des demanderessees dans l'interdiction des opérations non urgentes, ni méconnu le critère de l'aptitude.

#### **E. 10.6.3**

Sous l'angle de la nécessité, les demanderessees auraient voulu un régime individualisé en fonction des capacités propres à chaque établissement de santé, ainsi qu'une consultation préalable des milieux concernés et des règles distinctes selon les régions. Elles font ce faisant totalement fi du contexte de l'époque et de l'urgence dans laquelle les décisions devaient être prises, étant souligné que l'on se trouvait au tout début de la crise. On ne saurait reprocher au Conseil fédéral, vu les circonstances, d'avoir adopté un régime généralisé.

#### **E. 10.6.4**

S'agissant de la proportionnalité au sens strict, il est indéniable que la suspension totale des activités médicales non urgentes a constitué une mesure drastique. L'interdiction des opérations non urgentes n'a été toutefois été en vigueur que 41 jours (du 17 mars au 26 avril 2020), représentant 30 jours ouvrables. Il s'agit de la première mesure adoptée dans le cadre de la situation extraordinaire à avoir été levée par le Conseil fédéral. La mesure était rigoureuse, mais elle a été très ponctuelle. Par ailleurs, elle n'avait pas nécessairement à être supprimée dès que le Conseil fédéral avait constaté début avril 2020 un recul des infections et hospitalisations comme allégué, car il était justifié d'attendre une certaine stabilisation.

La Cour de céans relève aussi que, dès le 20 mars 2020, l'ordonnance 2 COVID-19 contenait une définition - certes non exhaustive - des opérations non urgentes et le rapport explicatif donnait de nombreux exemples d'interventions qui pouvaient encore être pratiquées. De ce point de vue, il était en soi possible pour les professionnels de la santé de ménager un juste équilibre entre l'impératif de garder à disposition des ressources en cas de besoin et celui de protéger la santé des patients en général. Des bilans effectués par après ont certes montré que des opérations importantes ont été abandonnées à cette période et qu'il n'y a pas nécessairement eu d'effet de rattrapage (cf. notamment Observatoire suisse de la santé, les hôpitaux suisses durant la pandémie de COVID-19, bulletin 4/2022; cf. aussi CdG-N, rapport collaboration, p. 108). Ces effets n'étaient toutefois pas prévisibles et le texte de l'ordonnance maintenait en tout cas une marge de manoeuvre propre à ménager un équilibre entre la protection de la santé des patients en général et la lutte contre la pandémie. La mesure a en revanche, il est vrai, relégué à l'arrière plan les intérêts économiques des hôpitaux et cliniques privés effectuant pour l'essentiel des opérations non urgentes. Cette atteinte était toutefois tempérée par le fait qu'une opération non urgente peut, par principe, être reprogrammée et donc,

in fine, facturée. Il y aurait donc pu y avoir en soi un rattrapage. Compte tenu des impératifs de protection de la santé publique en jeu, l'atteinte aux intérêts économiques n'était donc pas disproportionnée. Le point de savoir s'il y a effectivement eu rattrapage des opérations annulées, qui devrait être examiné sous l'angle du lien de causalité entre l'interdiction des opérations non urgentes et la perte de gain subie, peut demeurer indécis en l'espèce, eu égard à la conclusion sous l'angle de l'illicéité. Il n'y a pas non plus lieu de déterminer dans quelle mesure les personnes auraient renoncé à des interventions non urgentes à cette période de la pandémie, même s'il n'y avait pas eu d'interdiction.

#### **E. 10.6.5**

Les demanderesse ne peuvent rien déduire de la comparaison avec les décisions prises dans des pays limitrophes. On ne peut, d'une part, pas comparer des décisions ponctuelles, car chaque choix d'un État s'insérerait dans un cadre plus global de mesures adoptées pour endiguer l'épidémie. D'autre part, les autres États n'ont pas exactement la même organisation en matière de santé et les mêmes capacités hospitalières que la Suisse.

#### **E. 10.6.6**

Enfin, la manière dont les établissements médicaux publics ont été traités pendant et après la crise, qui aurait été plus favorable selon les demanderesse, n'est pas pertinente. L'appartenance ou non au système sanitaire étatique, avec des exigences propres à ce dernier, va en effet de pair avec des différences de traitement ( ATF 140 I 218 consid. 6.3; 138 II 191 consid. 4.4.2; arrêt 2C\_749/2021 du 16 mars 2022 consid. 4.1).

#### **E. 10.6.7**

On ne décèle en définitive pas de violation du principe de la proportionnalité en l'espèce et a fortiori pas de violation grave.

#### **E. 10.7**

Dans son rapport sur la collaboration entre la Confédération et les cantons, la CdG-E a conclu que le bilan de l'interdiction des opérations non urgentes était mitigé en termes d'opportunité et d'efficacité (CdG-E, rapport collaboration, pp. 107 s., 141). La mesure a en outre généré de vives tensions quant à ses répercussions financières pour les établissements

de santé et la prise en charge des coûts correspondants, la Confédération ayant refusé le principe d'une participation plus élevée (voir Commissions de la sécurité sociale et de la santé publiques du Conseil des États et du Conseil national, rapports du 10 novembre 2021, respectivement du 18 août 2022). Il est souligné que de telles mesures devraient plutôt être prises par les cantons à l'avenir et plusieurs améliorations ont été proposées (CdG-N, rapport collaboration, p. 141 s.). Ces constats et enseignements tirés de la crise ne sont toutefois pas décisifs pour se prononcer sur la légalité de la conduite du Conseil fédéral, qui doit être examinée dans son contexte. Malgré les critiques

a posteriori, la CdG-E conclut d'ailleurs que "la décision du Conseil fédéral d'interdire les interventions hospitalières non urgentes entre mars et avril 2020 était compréhensible, au regard des grandes incertitudes qui prévalaient à l'époque concernant l'évolution de la situation sanitaire et de la qualité insuffisante des données concernant le taux d'occupation des hôpitaux" (CdG-E, rapport collaboration, p. 141).

### **E. 10.8**

En conclusion, en examinant la mesure dans son contexte et en tenant compte des incertitudes du début de la crise, il n'apparaît pas que le Conseil fédéral ait méconnu les principes invoqués par les demanderesse en édictant l'interdiction des opérations non urgentes. Ainsi, même en admettant - ce qui peut demeurer ouvert - que le Conseil fédéral a porté une atteinte à la propriété en édictant l'interdiction des opérations non urgentes, il n'y a pas d'acte illicite, car le Conseil fédéral a agi en exécution des compétences que lui confère la loi sur les épidémies, dans le but de préserver un intérêt de santé publique prépondérant et en respectant le principe de proportionnalité. L'atteinte dont se plaignent les demanderesse apparaît enfin comme une conséquence inévitable de la mesure prise (cf. supra consid. 8.6).

### **E. 11**

Les demanderesse font valoir que le Conseil fédéral a méconnu plusieurs dispositions visant spécifiquement à protéger le patrimoine. Elles se réfèrent à l'art. 27 Cst., ainsi qu'à la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue sous l'empire de l'ancienne loi fédérale du 18 décembre 1970 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (ancienne loi sur les épidémies, aLEp; RO 1974 1071).

#### **E. 11.1**

Il a déjà été relevé ci-avant que l'art. 27 Cst. ne renferme pas en lui-même une norme de comportement visant à protéger le patrimoine (cf. supra consid. 8.2). L'existence d'un acte illicite au sens de l'art. 3 al. 1 LRCF suppose donc la violation d'une norme de comportement ayant pour but de protéger le patrimoine (cf. supra consid. 8.1; arrêt 2C\_456/2024 du 12 mars 2025 consid. 5.1).

#### **E. 11.2**

Sous l'empire de l'ancienne loi sur les épidémies, le Tribunal fédéral avait estimé que les atteintes aux intérêts patrimoniaux découlant des interventions étatiques prises en application de la loi - en l'occurrence des informations données par la Confédération sur la base de l'art. 3 aLEp -, étaient susceptibles d'entraîner la responsabilité de l'État, dans le cas où elles ne demeureraient pas dans le cadre légal (cf. ATF 118 Ib 473 consid. 5c et d; arrêt 2A.276/1989 du 13 novembre 1992 consid. 2d; cf., concernant la loi sur les épizooties, ATF 132 II 305 et ATF 126 II 63). Il avait toutefois aussi souligné dans ce contexte que les intérêts publics à la protection de la santé à l'origine de la mesure l'emportaient sur les

intérêts patrimoniaux contraires des particuliers (arrêt 2A.276/1989 du 13 novembre 1992 consid. 2d). Sous l'empire de la LEp actuellement en vigueur, le Tribunal fédéral a, dans l'affaire de la fermeture des fitness pendant l'épidémie de COVID-19, laissé la question de la protection des intérêts patrimoniaux ouverte, car les mesures prises étaient de toute façon justifiées et partant licites (arrêt 2E\_6/2021 du 23 mars 2023 consid. 5.3). Tel est aussi le cas en l'espèce (cf. infra).

### **E. 11.3**

En l'occurrence, les demanderesse citent les art. 6,7,19,30 et 40 al. 3 LEp, l'art. 1 al. 2 bis loi COVID-19 et les art. 3,10 et 11 LOGA au titre des dispositions visant à protéger leur patrimoine.

L'art. 30 LEp prévoit les conditions auxquelles les mesures visant les individus peuvent être prises. On peine à voir ce que les demanderesse entendent en déduire. Les dispositions de la LOGA invoquées concernent les principes régissant l'activité du Conseil fédéral et de l'administration, l'information et les relations publiques. L'art. 1 al. 2

bis loi COVID-19 énonce que le Conseil fédéral s'appuie sur les principes de subsidiarité, d'efficacité et de proportionnalité et que, dans le cadre de sa stratégie, il veille à ce que la vie économique et sociale soit restreinte le moins possible et le moins longtemps possible. Les 6 et 7 LEp définissent la situation particulière, respectivement rappellent la compétence du Conseil fédéral pour agir en cas de situation extraordinaire. L'art. 19 LEp donne la compétence à la Confédération et aux cantons de prendre des mesures visant à contrôler et à écarter ou atténuer les risques de transmission de maladies. Enfin, l'art. 40 al. 3 LEp prévoit que les mesures cantonales ordonnées pour empêcher la propagation de maladies transmissibles ne doivent pas durer plus longtemps que nécessaire pour prévenir la propagation d'une maladie transmissible.

### **E. 11.4**

Quand bien même l'une ou l'autre de ces dispositions aurait pour but de protéger les intérêts patrimoniaux, cela n'aurait aucune incidence en l'espèce. En effet, le Conseil fédéral n'a pas violé lesdites dispositions. Il peut à cet égard être renvoyé aux considérants précédents s'agissant du recours par le Conseil fédéral à la situation extraordinaire visée à l'art. 7 LEp, du but de santé publique poursuivi par l'interdiction des opérations non urgentes et du respect de la proportionnalité (cf. supra consid. 9 et 10), étant souligné que les demanderesse font valoir les mêmes critiques qu'en lien avec leur droit de propriété.

Les demanderesse échouent ainsi également à démontrer que le Conseil fédéral aurait commis un acte illicite au sens de l'art. 3 al. 1 LRFC sous l'angle d'une atteinte à leurs intérêts patrimoniaux.

### **E. 12**

Sur le vu de ce qui précède, la condition d'un acte illicite fait défaut. L'action en responsabilité doit partant être rejetée, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres conditions cumulatives de responsabilité.

### **E. 13**

Les demanderesse doivent supporter les frais judiciaires, solidairement entre elles ( art. 69 al. 1 PCF, renvoyant aux art. 65, 66 et 68 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.