

# GE\_GERICHTE ACST/17/2021 vom 22. April 2021

GE Cour de justice, 2021-04-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACST\\_17\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACST_17_2021)

FR: GE\_GERICHTE ACST/17/2021 du 22 avril 2021

IT: GE\_GERICHTE ACST/17/2021 del 22 aprile 2021

## Erwägungen

### E. 21

décembre 2020.

b. Le principe de la légalité, consacré à l'art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), exige que les autorités n'agissent que dans le cadre fixé par la loi. Hormis en droit pénal et

- 14/21 -

A/324/2021

fiscal où il a une signification particulière, le principe de la légalité n'est pas un droit constitutionnel du citoyen. Il s'agit d'un principe constitutionnel qui ne peut pas être invoqué en tant que tel, mais seulement en relation avec la violation, notamment, du principe de la séparation des pouvoirs, de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire ou la violation d'un droit fondamental spécial (ATF 146 II 56 consid. 6.2.1 et les références citées).

Le principe de la séparation des pouvoirs est garanti, au moins implicitement, par toutes les constitutions cantonales, et à Genève même de manière expresse à l'art. 2 al. 2 Cst-GE, et représente un droit constitutionnel dont peut se prévaloir le citoyen. Il impose le respect des compétences établies par la Cst. et prohibe à un organe de l'État d'empiéter sur les compétences d'un autre organe. En particulier, il interdit au pouvoir exécutif d'édicter des dispositions qui devraient figurer dans une loi, si ce n'est dans le cadre d'une délégation valablement conférée par le législateur (ATF 142 I 26 consid. 3.3). Les règlements d'exécution doivent ainsi se limiter à préciser certaines dispositions légales au moyen de normes secondaires, à en combler le cas échéant les véritables lacunes et à fixer si nécessaire des points de procédure (ATF 139 II 460 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_845/2019 du 10 juin 2020 consid. 8.2.2). 6) a. 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 (art. 118 al. 2 let. b Cst.).

b. La LEp règle la protection de l'être humain contre les maladies transmissibles (art. 1 LEp) et a pour but de prévenir et de combattre l'apparition et la propagation de celles-ci (art. 2 al. 1 LEp). En cas de situation particulière au sens de l'art. 6 LEp, soit notamment lorsque les organes d'exécution ordinaires ne sont pas en mesure de prévenir et de combattre l'apparition et la progression d'une maladie transmissible et qu'il existe un risque élevé d'infection et de propagation, un risque spécifique pour la santé publique ou un risque de graves répercussions sur l'économie ou sur d'autres secteurs vitaux (al. 1 let. a ch. 1 à 3) ou encore lorsque l'Organisation mondiale de la santé (ci-après : OMS) a constaté la présence d'une urgence sanitaire de portée internationale menaçant la Suisse (al. 1 let. b), le

Conseil fédéral peut, après avoir consulté les cantons, notamment ordonner des mesures visant des individus et la population (al. 2 let. a et b).

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 (al. 1). Elles peuvent en particulier (al. 2) : prononcer l'interdiction totale ou partielle de manifestations (let. a), fermer les écoles, d'autres institutions publiques ou des entreprises privées ou réglementer leur fonctionnement (let. b), interdire ou limiter l'entrée et la sortie de certains bâtiments ou zones ou certaines activités se déroulant dans des endroits définis (let. c). Les mesures ordonnées ne doivent pas durer plus

- 15/21 -

A/324/2021

longtemps qu'il n'est nécessaire pour prévenir la propagation d'une maladie transmissible et elles doivent être réexaminées régulièrement (al. 3).

L'art. 75 LEp prévoit en outre que les cantons exécutent la loi dans la mesure où son exécution n'incombe pas à la Confédération, en particulier en désignant les autorités compétentes (Message concernant la révision de la LEp du 3 décembre 2010, FF 2011 291, p. 398).

c. Sur la base de l'art. 6 LEp, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance Covid-19 situation particulière qui ordonne des mesures visant la population, les organisations, les institutions et les cantons dans le but de lutter contre l'épidémie de Covid-19 et qui visent à prévenir la propagation de la Covid-19 et à interrompre les chaînes de transmission (art. 1 de l'ordonnance Covid-19 situation particulière). Elle réserve en outre la compétence des cantons, sauf disposition contraire (art. 2 de l'ordonnance Covid-19 situation particulière).

Aux termes de l'art. 8 al. 1 let. a de l'ordonnance Covid-19 situation particulière, le canton, sur la base de l'art. 40 LEp, peut prendre des mesures supplémentaires si la situation épidémiologique dans le canton ou dans une région l'exige en fonction des indicateurs suivants et de leur évolution : incidence (à sept jours et quatorze jours ; ch. 1) ; nombre de nouvelles infections (par jour, par semaine ; ch. 2) ; pourcentage de tests positifs par rapport au total des tests effectués (taux de positivité ; ch. 3) ; nombre de tests effectués (par jour, par semaine ; ch. 4) ; taux de reproduction (ch. 5) ; capacités dans le domaine stationnaire et nombre de personnes hospitalisées (par jour, par semaine), y compris en soins intensifs (ch. 6). Il peut également prendre de telles mesures si, en raison de la situation épidémiologique, il ne peut plus fournir les capacités nécessaires à l'identification et à l'information des personnes présumées infectées (art. 8 al. 1 let. b de l'ordonnance Covid-19 situation particulière).

En temps normal, les cantons sont compétents pour ordonner des mesures de police sanitaire dans des cas individuels qui ont un effet collectif, comme la fermeture d'une école, d'un hôtel ou d'un autre établissement. Au regard des responsabilités qui leur incombent lorsqu'une situation particulière est déclarée, il convient de leur donner le pouvoir d'ordonner des mesures selon l'art. 40 LEp qui ne sont pas limitées à des manifestations ou à des établissements déterminés, même si leur portée ne doit pas dépasser l'échelle locale ou régionale. Ces mesures, prises en plus des mesures fédérales de base, peuvent régir le fonctionnement d'installations, interdire ou restreindre les flux de personnes dans certains

bâtiments ou dans certains secteurs, réglementer l'organisation d'activités déterminées, mais aussi imposer des règles de conduite à la population. Leur conception tient compte du comportement de mobilité de la population, de l'interconnexion des activités économiques, de l'impact sur les régions limitrophes voire les cantons voisins et de la situation en matière

- 16/21 -

A/324/2021

d'approvisionnement (rapport explicatif concernant l'ordonnance Covid-19 situation particulière, version du 12 avril 2021, p. 29 ad art. 8). 7) a. Au niveau cantonal, le Conseil d'État est responsable de la sécurité et de l'ordre public (art. 112 al. 1 Cst-GE). En cas de catastrophe ou d'autre situation extraordinaire, le Conseil d'État prend les mesures nécessaires pour protéger la population (art. 113 al. 1 Cst-GE). S'il peut se réunir, le Grand Conseil constate la situation extraordinaire (art. 113 al. 2 Cst-GE). Les mesures prises en état de nécessité restent valables lorsque le Grand Conseil les approuve ; à défaut, elles cessent de porter effet après une année au plus tard (art. 113 al. 3 Cst-GE).

Ces dispositions, qui fondent le droit d'urgence et de nécessité, permettent de déroger aux règles constitutionnelles et légales (ACST/4/2021 précité consid. 7a ; ACST/12/2020 du 1er avril 2020 consid. 12). Cela étant, le principe de la proportionnalité doit être respecté. Ce dernier, garanti par l'art. 5 al. 2 Cst., exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité) ; en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige 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 ; ATF 143 I 403 consid. 5.6.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_184/2020 du 9 septembre 2020 consid. 2.3).

b. Par ailleurs, selon l'art. 1 de la loi sur l'exercice des compétences du Conseil d'État et l'organisation de l'administration du 16 septembre 1993 (LECO - B 1 15), le Conseil d'État exerce le pouvoir exécutif et prend les décisions de sa compétence. Il peut en tout temps évoquer, le cas échéant pour décision, un dossier dont la compétence est départementale en vertu de la loi ou d'un règlement ou a été déléguée lorsqu'il estime que l'importance de l'affaire le justifie et pour autant qu'il ne s'agisse pas d'une matière où il est autorisé de recours (art. 3 LECO).

c. L'art. 21 de la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS - K 1 03) prévoit que l'État encourage les mesures destinées à prévenir les maladies qui, en termes de morbidité et de mortalité, ont des conséquences sociales et économiques importantes ainsi que les mesures visant à limiter les effets néfastes de ces maladies sur la santé et l'autonomie des personnes concernées (al. 1). Il prend les mesures nécessaires pour détecter, surveiller, prévenir et combattre les maladies transmissibles en application de la LEp (al. 2) et encourager leur prévention (al. 3).

Selon l'art. 9 al. 1 LS, le médecin cantonal est chargé des tâches que lui attribuent la loi, la législation cantonale ainsi que la législation fédérale, en particulier la LEp. L'art. 121 LS précise que la direction générale de la santé, soit pour elle le médecin cantonal notamment, exécute les tâches de lutte contre les

- 17/21 -

A/324/2021

maladies transmissibles prévues par la LEp (al. 1). Elle peut en particulier ordonner les mesures nécessaires pour empêcher la propagation de maladies transmissibles dans la population ou des groupes de personnes (al. 2 let. a ch. 3). 8)

À Genève, les heures d'ouverture des magasins sont réglementées dans la LHOM, qui s'applique à tous les magasins sis sur le territoire du canton (art. 1 LHOM).

Selon l'art. 9 LHOM, sous réserve des régimes particuliers indiqués ci-après ou prévus par le règlement, et des dispositions relatives aux fermetures retardées, l'heure de fermeture ordinaire des magasins est 19h00 (al. 1). L'heure de fermeture du vendredi est 19h30 (al. 2). L'heure de fermeture du samedi est 18h00 (al. 3).

Les magasins peuvent rester ouverts un soir par semaine jusqu'à 21h00 (art. 14 LHOM) et, pendant la période du 10 décembre au 3 janvier, ils peuvent, en plus rester ouverts un soir jusqu'à 21h30, avec faculté de servir la clientèle jusqu'à 22h00 (art. 14A LHOM). Ils peuvent aussi ouvrir au public trois dimanches par an jusqu'à 17h00, à certaines conditions (art. 18A LHOM).

Le service peut accorder des dérogations aux dispositions de la LHOM lorsqu'un intérêt commercial ou touristique évident le justifie, pendant les périodes comprises entre le 10 décembre et le 3 janvier et entre le 1er juin et le 30 septembre ou, en dehors de ces dates, à l'occasion de manifestations spéciales. Le service prend l'avis des associations professionnelles intéressées (art. 7 al. 1 LHOM). 9) a. En l'espèce, après la fermeture des commerces considérés comme « non essentiels » durant le mois de novembre 2020 à Genève, le Conseil d'État a adopté l'arrêté du 25 novembre 2020 modifiant l'arrêté Covid-19. Il a ainsi permis la réouverture de tous les commerces de détail sis sur le territoire cantonal, moyennant le respect d'un plan de protection, notamment en lien avec le nombre de clients admis par rapport à la surface des locaux, et retardé l'heure de fermeture desdits commerces à 20h00 le samedi, en dérogation à l'art. 9 al. 3 LHOM. L'heure de fermeture a toutefois été ramenée par l'arrêté litigieux pour le même jour à 19h00 dès le 23 décembre 2020, à la suite de la modification de l'ordonnance Covid-19 situation particulière et de l'augmentation du taux de reproduction du SARS-CoV-2 à Genève, qui ne permettait plus au canton de bénéficier du régime d'exception réservé par le droit fédéral.

b. Les recourants soutiennent que le Conseil d'État ne pouvait déroger à la LHOM pour ce faire, en l'absence de base légale qui l'y habilitait, la disposition litigieuse ne reposant sur aucun impératif sanitaire mais sur des motifs purement économiques.

- 18/21 -

A/324/2021

Si la question de son caractère économique peut certes se poser au vu de la période à laquelle la mesure litigieuse a été prise, à savoir après la fermeture de près d'un mois des commerces et avant les fêtes de fin d'année, ces éléments n'apparaissent pas suffisants pour dénier un but sanitaire à l'art. 12A al. 2 litigieux, qui est resté en vigueur jusqu'à fin février 2021. En effet, comme l'a expliqué de manière pertinente l'autorité intimée, le fait de retarder la fermeture des commerces permet de diluer sur la journée les clients des magasins, en augmentant la période durant laquelle ceux-ci peuvent y effectuer leurs achats. Les clients se retrouvent ainsi moins nombreux simultanément dans un même lieu, ce qui favorise les distances interpersonnelles et diminue le risque de file d'attente à l'entrée des magasins. Un tel but est précisément recherché par les mesures sanitaires, qui visent à éviter

les contacts ainsi que tout rassemblement et regroupement de personnes, notamment à l'extérieur des magasins, en répartissant les allées et venues des clients sur toute la journée. En cela et en soulageant l'organisation des files d'attente où la distance interpersonnelle n'est pas toujours observée, la fermeture retardée, même d'une heure, facilite le respect des mesures sanitaires applicables aux commerces de détail décrites à l'annexe 3 de l'arrêté Covid-19 et est complémentaire à celles-ci, comme la chambre de céans l'a déjà jugé (ACST/4/2021 précité consid. 9b). Le fait qu'il ne s'agisse pas d'une mesure contraignante, dans le sens où elle n'oblige pas les commerces à fermer à l'heure indiquée et que les termes utilisés ne sont pas ceux employés par l'art. 40 LEp n'y change rien et ne saurait lui dénier un tel but sanitaire pour cette seule raison.

En adoptant la disposition litigieuse et en retardant l'heure de fermeture des commerces à 19h00, le Conseil d'État s'est en outre aligné sur les mesures fédérales, applicables à Genève dès le 23 décembre 2020 et ce jusqu'au 18 janvier 2021. Dans ce cadre, les recourants ne peuvent pas non plus arguer de l'inefficacité de la mesure cantonale, puisque la fermeture des commerces entre 19h00 et 06h00 prévue par l'art. 5abis de l'ordonnance Covid-19 situation particulière, depuis lors abrogé, qui s'appliquait à l'ensemble des magasins en Suisse, a retardé la fermeture d'une grande majorité d'entre eux le samedi, y compris à Genève. À cela s'ajoute que les mesures fédérales, dont la fermeture des commerces à 19h00 au plan national, entrées en vigueur le 12 décembre 2020, visaient une approche globale de la situation sanitaire en Suisse, s'appliquant indifféremment également aux restaurants, bars, lieux de culture et installations de sport et de loisirs, et ce aux fins de réduire les contacts et éviter les rassemblements de personnes. L'on ne saurait ainsi en déduire que seule une réduction des horaires d'ouverture serait propre à diminuer le risque de contamination dans les commerces de détail. Comme précédemment indiqué, la disposition contestée vise une situation plus spécifique, liée à l'affluence des clients dans les magasins, en cherchant à en diluer le nombre sur la journée.

Une telle mesure, qui est limitée dans le temps – puisqu'elle a été abrogée dans l'intervalle –, et a fait l'objet d'un réexamen régulier, n'apparaît au

- 19/21 -

A/324/2021

demeurant pas disproportionnée. Elle est apte à atteindre le but de protection de la santé des personnes, sans qu'une mesure moins incisive vienne s'imposer à l'évidence. L'on peine d'ailleurs à suivre les recourants lorsqu'ils allèguent qu'une ouverture anticipée des commerces aurait été préférable à une fermeture retardée de ceux-ci. Ce faisant, leur appréciation de la situation, qu'ils se limitent à opposer à celle de l'autorité intimée sans démontrer qu'une telle mesure aurait les mêmes effets que ceux recherchés ni pourquoi elle serait préférable, se heurte à leurs autres arguments en lien avec une prétendue exposition prolongée des employés aux clients. Leur affirmation tombe par ailleurs à faux, dès lors que la protection des employés apparaît suffisamment garantie par les règles fédérales sur le travail et la convention collective applicable, auxquelles la disposition litigieuse ne porte pas atteinte ni ne déroge, de même que les règles spécifiques prévues par l'arrêté Covid-19, en particulier son art. 17, ainsi que les nombreuses mesures sanitaires visant les commerces de détails décrites à l'annexe 3 du même arrêté. À cela s'ajoute que, du point de vue de la proportionnalité au sens étroit, l'intérêt public à la protection de la population l'emporte sur l'intérêt poursuivi par le droit cantonal régissant les heures d'ouverture des commerces, qui

est le respect du repos nocturne et la préservation de la tranquillité publique (ATF 140 II 46 consid. 2.5.1 ; ACST/4/2021 précité consid. 9b).

Les recourants soutiennent, enfin, que la mesure litigieuse serait une manière de faire passer en force une modification de la LHOM. Même si, par le passé, des réformes dans ce sens ont été tentées et que le Conseil d'État a déposé un projet de loi visant la modification de la LHOM pour des motifs économiques, rien ne permet d'affirmer que l'art. 12A al. 2 litigieux aurait été adapté dans ce but ni aux fins de mettre en œuvre de manière anticipée ledit projet. Celui-ci est du reste indépendant de l'arrêté Covid-19 et prévoit une modification formelle de la LHOM – ce qui implique le suivi de la procédure législative ordinaire avec possibilité de référendum –, de sorte que ce grief sera également écarté.

Par conséquent, au regard de l'objectif poursuivi par la mesure, soit la protection de la population et l'empêchement de la propagation du SARS-CoV-2 au sein de celle-ci, le Conseil d'État pouvait se fonder sur les art. 113 Cst-GE et 40 LEp pour déroger aux règles légales qui régissent la fermeture des magasins, en l'occurrence l'art. 9 al. 3 LHOM.

Il s'ensuit que le recours sera rejeté, dans la mesure de sa recevabilité. 10) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.-, qui tient compte de la décision sur effet suspensif, sera mis à la charge solidaire des recourants, qui succombent (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée, pas plus qu'au Conseil d'État (art. 87 al. 2 LPA). \* \* \* \* \*

- 20/21 -

A/324/2021

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