

# **VD\_OMNI CCST.2021.0008 vom 21. Dezember 2021**

VD Tribunal cantonal, 2021-12-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_CCST.2021.0008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_CCST.2021.0008)

FR: VD\_OMNI CCST.2021.0008 du 21 décembre 2021

IT: VD\_OMNI CCST.2021.0008 del 21 dicembre 2021

## **Regeste**

EMS Le Petit Bois SA, IDALENE, IDALENE, DHENNIN, COIMBRA, BORCARD, POUVREAU/CONSEIL D'ETAT | Requêtes déposées par un exploitant d'EMS, ses administrateurs et 4 de ses employés contre l'arrêté du 25 août 2021 instituant des mesures de protection à l'égard des personnes prises en charge en institution (et sa modification du 29 septembre 2021), acte qui impose en particulier l'obligation de tester chaque semaine le personnel soignant non vacciné et non guéri. - grief de violation de l'égalité de traitement écarté (consid. 2): les rapports auxquels le Conseil d'Etat se réfère pour justifier des mesures visant spécifiquement la catégorie des employés non vaccinés sont suffisamment probants; - griefs de violation de la liberté personnelle et de liberté économique mal fondés également (consid. 3 et 4): les conditions de l'art. 36 Cst. sont réalisées; en ce qui concerne le principe de proportionnalité, rappel de la jurisprudence récente rendue par le Tribunal fédéral à propos des mesures de lutte contre la maladie SARS-CoV-2. Requêtes rejetées.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Aux termes de l'art. 3 al. 1 de la loi du 5 octobre 2004 sur la juridiction constitutionnelle (LJC; BLV 173.32), la Cour constitutionnelle contrôle, sur requête, la conformité au droit supérieur des actes adoptés par des autorités cantonales contenant des règles de droit. Un arrêté du Conseil d'Etat peut en principe faire l'objet d'un tel contrôle (art. 3 al. 2 let. b LJC). La requête doit alors être déposée dans un délai de vingt jours à compter de la publication officielle de l'acte attaqué (art. 5 al. 1 LJC). En l'occurrence, les requérants ont agi en temps utile. L'art. 9 al. 1 LJC dispose qu'a qualité pour agir contre une règle de droit cantonal, toute personne physique ou morale qui a un intérêt digne de protection à ce que l'acte attaqué soit annulé. L'atteinte peut être actuelle mais une atteinte virtuelle suffit, pourvu que le requérant puisse, avec un minimum de vraisemblance être touché par la norme qu'il conteste (cf. arrêt CCST.2020.0007 du 16 juin 2021 et les arrêts cités). En l'occurrence, la qualité pour déposer une requête doit être reconnue à la société qui exploite l'EMS, tenue en vertu de l'art. 5 de l'arrêté de mettre en place une procédure de test en entreprise, de même qu'aux membres du personnel de l'EMS qui doivent se soumettre aux tests répétitifs de l'art. 3 de l'arrêté pour pouvoir exercer leur profession – ce qui était le cas de tous les autres requérants à la date du dépôt de la requête. Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le fond.

### **E. 2**

Elles peuvent en particulier prendre les mesures suivantes: a. prononcer l'interdiction totale ou partielle de manifestations; b. fermer des écoles, d'autres institutions publiques ou des entreprises privées, ou réglementer leur fonctionnement; c. interdire ou limiter l'entrée et la sortie de certains bâtiments ou zones, ou certaines activités se déroulant dans des endroits définis.

### E. 3

Les requérants employés de l'EMS se plaignent d'une atteinte à la liberté personnelle garantie par l'art. 10 Cst., singulièrement à l'intégrité physique (cf. art. 10 al. 2 Cst.), car, dans la mesure où ils ne sont pas vaccinés (ni guéris), ils ont l'obligation de se soumettre régulièrement à un test de dépistage du COVID-19 pour pouvoir travailler. Ils se plaignent également d'une violation de liberté économique. a) L'art. 27 Cst. garantit le libre accès à une activité économique lucrative privée, exercée à titre indépendant ou dépendant, de même que son libre exercice (CR Cst. – Martenet, art. 27 N 41 et 48; en ce qui concerne cette garantie, l'art. 26 Cst-VD a manifestement la même portée que l'art. 27 Cst.). On voit toutefois mal – sur la base de l'argumentation des requérants, étant rappelé qu'il leur incombe de préciser en quoi consiste concrètement la violation de la Constitution (art. 8 LJC) – pourquoi l'arrêté, pouvant effectivement provoquer une interdiction temporaire de travailler sans nécessité médicale en cas de refus de se soumettre à un test ou en cas de "faux positif" (premier test antigénique positif, mais résultat infirmé par un test PCR subséquent), provoquerait une atteinte à la liberté économique des employés de l'EMS qui conservent l'ensemble de leurs droits découlant du contrat de travail. Quant à l'employé qui accepte de se soumettre à un test, ce qu'il peut faire pendant le temps de travail (art. 5 al. 4 de l'arrêté), il n'est pas sérieusement entravé dans l'exercice de sa profession même si, pendant les opérations de test, il "perd une partie de sa journée à ne pas pouvoir exercer son activité lucrative" (requête du 20 septembre 2021, p. 17). S'agissant des employés, le grief de violation de l'art. 27 Cst. n'est donc pas suffisamment motivé, ou bien il n'est manifestement pas concluant. C'est pourquoi seule l'atteinte alléguée à la liberté personnelle doit être examinée, au regard des conditions énoncées à l'art. 36 Cst. pour la restriction des droits fondamentaux. b) Vu les exigences de motivation imposées par l'art. 8 LJC, il y a lieu de déterminer quelles atteintes à la liberté personnelle sont invoquées de manière claire et précise dans la requête. Les requérants critiquent l'obligation de se soumettre à un test COVID-19 en faisant valoir les conséquences suivantes, résultant de différentes règles adoptées pour la lutte contre la maladie: en cas de test positif, l'employé doit se mettre immédiatement en isolement sans pouvoir se rendre sur son lieu de travail ni dans un autre lieu, cette restriction s'appliquant également à un employé en bonne santé et ne présentant aucun symptôme de COVID-19. Les requérants ajoutent, en citant un "rapport explicatif sur la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration" – mais sans fournir une référence, de sorte que cette citation ne peut pas être vérifiée –, que l'obligation de se soumettre à un test constitue une atteinte à "l'intégrité physique" (requête du 20 septembre 2021, p. 19). Ils ne donnent toutefois aucune précision au sujet de cette atteinte, en fonction des différents modes de prélèvement des échantillons, étant du reste rappelé que, comme l'indique le département cantonal dans sa réponse, les tests salivaires sont privilégiés, lesquels sont très peu invasifs. Les requérants n'invoquent donc pas de manière suffisamment précise les deux biens juridiques protégés par la liberté personnelle que sont l'intégrité physique et l'intégrité psychique (cf. art. 10 al. 2 Cst., la garantie de l'art. 12 al. 2 Cst-VD n'ayant à l'évidence pas une portée plus étendue). Il reste à examiner si, telle qu'elle est motivée, la requête invoque une atteinte à une autre composante de la liberté personnelle, qui vise à sauvegarder l'autodétermination de toute personne en lui offrant les moyens de se défendre contre des mesures portant atteinte à son libre arbitre, voire qui joue le rôle de garantie générale et subsidiaire susceptible de combler des lacunes en matière de protection de l'autodétermination individuelle (CR Cst. – Hertig Randall/Marti, art. 10 N 9, 11, 69 ss). Or, de ce point de vue également, la requête n'est pas motivée de manière précise et il est

difficile de voir en quoi l'obligation de se soumettre aux tests répétitifs selon l'art. 5 de l'arrêté (tests en entreprise), pendant l'horaire de travail et aux frais de l'entreprise, porterait atteinte aux libertés élémentaires indispensables à l'épanouissement personnel. La question de savoir si, telle qu'elle est motivée, la requête invoque des aspects entrant dans le champ de protection de la liberté personnelle, peut toutefois demeurer indécise. Comme cela sera exposé ci-dessous, les conditions pour une restriction de ce droit fondamental, selon l'art. 36 Cst. (ou l'art. 38 Cst-VD, de même teneur), sont en effet remplies. Il convient encore de préciser ceci: le membre du personnel qui, n'étant ni vacciné ni guéri, décide volontairement de se soumettre à un test dans un centre de test reconnu par le canton, pour pouvoir exercer son activité professionnelle pendant la durée de validité du certificat (cf. art. 3 al. 1 let. d [respectivement e, après la modification du 29 septembre 2021] de l'arrêté) ou pour être en mesure d'avoir des activités de loisirs (accès aux restaurants ou à certaines manifestations, notamment), n'est pas soumis à des obligations ni des restrictions en vertu de l'arrêté litigieux. Cette réglementation n'impose pas ces tests, mais seulement le test de dépistage hebdomadaire, pour le personnel soignant non vacciné et non guéri (test en entreprise, art. 3 al. 1 let. c [respectivement d, après la modification du 29 septembre 2021] et art. 5 de l'arrêté). c) Aux termes de l'art. 36 al. 1 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale et les restrictions graves doivent être prévues par une loi au sens formel. Comme cela a été exposé plus haut (cf. supra, consid. 2b), le droit fédéral permet aux autorités cantonales compétentes, dans la situation actuelle, d'ordonner les mesures nécessaires pour empêcher la propagation du SARS-CoV-2, notamment en réglementant le fonctionnement des établissements sanitaires (art. 40 al. 1 et al. 2 let. c LEp). Ces mesures cantonales peuvent être ordonnées sous la forme d'un arrêté du Conseil d'Etat, étant donné que l'art. 3 LSP lui permet de prendre les arrêtés et d'élaborer les règlements nécessaires à la loi sur la santé publique. Le champ d'application inclut la lutte contre les maladies transmissibles (art. 40 ss LSP). Par ailleurs, la loi sur la santé publique contient des dispositions sur les établissements sanitaires dont font partie les EMS (art. 144 ss LSP; cf. également art. 3 et 3a de la loi du 5 décembre 1978 sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public [LPFES; BLV 810.01]) et elle donne au Conseil d'Etat la compétence de régler les conditions d'octroi et d'exercice de l'autorisation d'exploiter (art. 147 al. 3 LSP); cette clause de délégation peut également entrer en considération pour fonder la compétence législative du gouvernement, s'agissant de mesures d'organisation destinées à protéger les personnes prises en charge dans ces établissements. La condition de la base légale est remplie. d) Selon l'art. 36 al. 2 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui. Les requérants relèvent que l'obligation de test a pour but de protéger les personnes prises en charge dans les institutions: le dispositif de l'arrêté vise à déceler les cas positifs au COVID-19 de manière à les empêcher de rentrer en contact avec les résidents pour les protéger (requête du 20 septembre 2021, p. 24). Ainsi, ils ne contestent pas l'intérêt public des mesures de l'arrêté, qui est de reste évident (cf. arrêts TF destinés à la publication 2C\_290/2021 du 3 septembre 2021 consid. 5.4; 2C\_793/2020 du 8 juillet 2021 consid. 5.2). e) L'art. 36 al. 3 Cst. dispose que toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé. De ce point de vue, il faut examiner si la mesure restrictive est apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude), lesquels ne peuvent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité); le principe de la proportionnalité interdit en outre toute limitation allant au-delà du but visé et 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 – cf. ATF 144 I 306 consid. 4.4.1). aa) A propos des mesures de lutte contre la maladie SARS-CoV-2, le Tribunal fédéral a considéré ce qui suit. Le principe de la proportionnalité exige que les mesures ordonnées soient dans un rapport raisonnable avec les risques qu'elles visent à éviter. Dans la mesure du possible, ces risques doivent 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. Dans cette pondération, les conséquences sociétales et économiques des mesures doivent aussi être considérées. Dans le contexte du COVID-19, il convient donc d'examiner avec quelle probabilité et intensité cette maladie peut toucher la population et si les mesures ordonnées sont aptes à en diminuer la propagation. Il faut également mettre en balance les conséquences négatives de la maladie avec celles des mesures ordonnées en se fondant sur l'état actuel des connaissances. Les mesures ordonnées ne doivent pas durer plus longtemps que nécessaire pour prévenir la propagation d'une maladie transmissible. En outre, les mesures doivent être réexaminées régulièrement. Tant qu'aucune disposition légale ne définit le niveau de risque acceptable, la frontière entre risques admissibles et risques inadmissibles demeure indéterminée. Il appartient alors en premier lieu au pouvoir exécutif, par le biais d'ordonnances, et non aux tribunaux de définir ce qu'est le risque acceptable. A cela s'ajoute que toute mesure de protection ou de prévention comporte quelque incertitude quant à ses effets concrets futurs. Il en va d'ailleurs toujours ainsi des mesures de prévention des risques. En particulier, l'arrivée de nouvelles maladies infectieuses a pour corollaire une grande insécurité quant au choix des mesures adéquates. Cela signifie que ces mesures ne peuvent pas être prévues par le législateur, mais doivent être prises en tenant compte de l'état des connaissances du moment, généralement incomplet, ce qui laisse également une certaine marge de manœuvre aux autorités. Celles-ci ne peuvent toutefois invoquer cet état des connaissances pour prendre des mesures restrictives que si elles cherchent activement à actualiser ces connaissances. On ne saurait ainsi admettre qu'après une longue période de mesures restrictives, les autorités continuent de les maintenir en se fondant toujours sur l'état des connaissances qu'elles avaient lorsqu'elles les ont adoptées et en invoquant le principe de précaution. Plus les limitations de liberté durent longtemps, plus les exigences en matière de mise à jour de l'évaluation des risques augmentent. Ainsi, dès que les connaissances évoluent, les mesures doivent être adaptées. Les mesures qui étaient considérées comme aptes à atteindre le but visé sur la base des connaissances au moment où elles ont été prises peuvent donc s'avérer inutiles postérieurement, en présence de nouvelles connaissances. A l'inverse, des mesures qui s'avéreraient inefficaces pour lutter contre la propagation d'une dangereuse maladie pourraient être renforcées. Cela a pour conséquence qu'une mesure ne peut pas être considérée comme illégitime du seul fait que, rétrospectivement et en présence de meilleures connaissances, elle n'apparaît pas comme étant optimale. En définitive, lorsque l'évaluation d'une mesure dépend de connaissances techniques ou scientifiques controversées, le juge n'admet une violation du principe de la proportionnalité que si l'inaptitude de cette mesure à atteindre le résultat recherché paraît manifeste. En d'autres termes, pour tous ces motifs, il faut reconnaître une latitude de décision relativement importante aux autorités qui disposent des connaissances scientifiques nécessaires et exercent la responsabilité politique (arrêts TF destinés à la publication 2C\_290/2021 du 3 septembre 2021 consid. 5.5; 2C\_793/2020 du 8 juillet 2021 consid. 5.3; 2C\_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.2). bb) En l'occurrence, les requérants exposent que la question principale à trancher est celle de savoir si obliger les employés qui ne sont ni vaccinés ni

guéris à effectuer un test hebdomadaire protège réellement les personnes prises en charge dans les institutions. Ils admettent que cette question "revêt une technicité particulière relative au domaine médical" (requête du 20 septembre 2021, p. 14). Ils y répondent de façon négative, au motif que la preuve d'un test négatif ne serait pas apte à protéger les résidents puisqu'il est possible que les résultats des tests soient erronés; des publications scientifiques retiendraient une proportion significative de "faux négatifs" (notion qu'ils définissent ainsi: "la preuve d'un test PCR-Ct négatif n'est pas gage de santé et de ne pas être porteur de virus" [requête du 20 septembre 2021, p. 26]; la détection d'un "faux positif" ne fait en revanche pas courir de risques aux résidents de l'EMS). Les requérants affirment également que des études médicales montreraient que les personnes vaccinées sont plus susceptibles d'être atteintes du COVID-19 de manière asymptomatique que les personnes non vaccinées – mais ils ne prétendent pas pour autant que des tests répétés devraient être imposés à tous les employés des EMS, y compris ceux qui sont vaccinés. cc) Dans sa réponse, le département cantonal – qui se réfère notamment aux prises de position de la Task Force fédérale – admet que les études scientifiques ne sont pas toutes concordantes au sujet de la fiabilité des tests de dépistage. Même si certaines études constatent des faux positifs ou des faux négatifs, phénomènes statistiques usuels, aucune ne remet en cause la stratégie des tests qui, bien qu'imparfaite, constitue un complément aux autres mesures que sont la vaccination et le maintien des gestes barrières. Dans le cas où des soignants présenteraient des symptômes, la directive d'application de l'arrêté (objet des autres requêtes, causes CCST.2021.0009 et CCST.2021.0012) précise qu'ils sont invités à aller se faire tester dans un centre reconnu et non pas dans le cadre du testing en entreprise, ceci afin de privilégier le test le plus performant. La Task Force a clairement pris position en faveur des tests répétés, privilégiant dans ce contexte les tests PCR salivaires, retenus comme prioritaires dans la directive précitée. Les instruments prévus par l'arrêté sont globalement efficaces. Les tests permettent de détecter les cas positifs, donc d'isoler les personnes atteintes, qui ne pourront ainsi pas transmettre la maladie à des résidents; ils contribuent à réduire la circulation du virus au sein des institutions. En somme, si certaines études scientifiques relativisent l'efficacité des vaccins et des tests, aucune ne fournit de solution alternative qui soit satisfaisante pour maîtriser l'épidémie tout en préservant le système de soins. L'évolution de la situation épidémiologique reste incertaine et préoccupante. dd) Ces considérations – qui ne sont pas sérieusement contestées par les requérants – démontrent que les mesures prises par le Conseil d'Etat, dans le contexte sanitaire de l'été 2021, sont dans un rapport raisonnable avec les risques qu'elles visent à éviter. L'appréciation des données scientifiques disponibles est correcte et il n'y a aucun motif, pour le juge constitutionnel cantonal, de la sanctionner, au regard de la récente jurisprudence du Tribunal fédéral concernant le contrôle de la proportionnalité, singulièrement de l'aptitude. Il n'est pas nécessaire d'examiner plus en détail les controverses scientifiques ou les données statistiques car il apparaît que l'autorité politique, avec ses experts, a fait une évaluation correcte des risques au moment déterminant, tout en s'engageant à revoir régulièrement la réglementation en cas de nouvelles connaissances sur la maladie. Le grief de violation de la liberté personnelle est donc mal fondé.

#### **E. 4**

let. b de cette ordonnance). L'établissement sanitaire peut déléguer ces tests à un centre reconnu ou utiliser la plateforme "together we test" mise en place par la Confédération et le canton, pour l'exécution des tests répétitifs préventifs dans les entreprises et les écoles. Ces tests sont pris en charge par la Confédération. Les seuls aspects organisationnels qui

demeurent de la responsabilité de l'établissement sanitaire consistent à identifier le personnel concerné, à vérifier que celui-ci se soumette au test hebdomadaire (en donnant un échantillon de salive, ce qui ne prend que quelques minutes), à grouper les échantillons salivaires pour les transmettre au mandataire responsable de la plateforme "together we test" et à effectuer le suivi des résultats. Cette description du déroulement de la mesure n'a pas été contestée dans la réplique. Or il est clair qu'il existe un rapport raisonnable entre le but visé par la mesure et les intérêts privés compromis, car la mise en œuvre de l'art. 5 de l'arrêté n'a que des effets minimes sur la gestion et l'organisation du travail dans l'entreprise. Le risque que l'établissement sanitaire doive se priver momentanément des services d'un collaborateur en bonne santé, en cas de "faux positif", n'est pas un élément déterminant. Malgré ce risque statistique, les tests doivent être considérés comme fiables. Une entreprise ne peut du reste pas, de manière générale, obtenir de tous ses employés qu'ils travaillent nonobstant une suspicion de maladie, en présence d'incertitudes sur le diagnostic (par exemple sur la durée d'une incapacité de travail attestée par un médecin, qui pourrait se révéler rétrospectivement excessive). Il s'agit d'aléas ordinaires, dans la gestion des ressources humaines. d) Les conditions pour une restriction de la liberté économique sont partant réalisées.

#### **E. 5**

Il s'ensuit que les deux requêtes, entièrement mal fondées, doivent être rejetées. Les conditions de l'art. 14 LJC pour statuer par voie de circulation, sont remplies. Les frais du présent arrêt doivent être mis à la charge des requérants, qui succombent (art. 49 al. 1 LPA-VD par renvoi de l'art. 12 al. 2 LJC). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens (cf. art. 55 LPA-VD par renvoi de l'art. 12 al. 2 LJC).

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