

# VD\_OMNI GE.2021.0207 vom 11. Januar 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-01-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2021.0207](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2021.0207)

FR: VD\_OMNI GE.2021.0207 du 11 janvier 2022

IT: VD\_OMNI GE.2021.0207 del 11 gennaio 2022

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/Etat-major cantonal de conduite | Recours contre la décision de fermeture immédiate d'un restaurant pour non respect des mesures contre l'épidémie de Covid-19 (contrôle du certificat Covid-19). Contrôle préjudiciel (concret) de la conformité à la liberté économique de l'exigence du certificat (3G) pour accéder à l'intérieur des restaurants (consid. 4). Mesure fondée sur une base légale suffisante, un intérêt public et conforme au principe de la proportionnalité compte tenu des connaissances dont disposait le Conseil fédéral au moment de l'introduction de la mesure, du fait que cette mesure a été prise pour une durée limitée et qu'elle devra être réévaluée en fonction des nouvelles connaissances et de l'évolution de l'épidémie (consid. 5). Base légale suffisante pour contrôler la validité des certificats et l'identité des clients (consid. 6). Mesure de fermeture immédiate conforme à la proportionnalité compte tenu du non respect des mesures sanitaires et de la possibilité de demander un réexamen en tout temps de la mesure (consid. 7). Recours rejeté.

## Erwägungen

### E. 1

Déposé dans le délai légal devant la CDAP contre une décision d'une autorité cantonale qui ne peut pas faire l'objet d'un recours devant une autre autorité et qui porte manifestement une atteinte aux intérêts de la recourante, le recours, qui répond en outre aux exigences de forme prévues par la loi, est recevable si bien qu'il convient d'entrer en matière sur le fond (art. 92, 95, 75 et 79 applicables par renvoi de l'art. 99 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36]).

### E. 2

La recourante requiert l'audition des parties et de témoins, notamment pour établir qu'elle respectait les mesures sanitaires jusqu'à l'extension du certificat au domaine de la restauration. Selon la jurisprudence, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.2.1 et les réf. citées). En l'espèce, comme on le verra plus loin (cf. consid. 7c ci-dessous), il n'est pas pertinent de savoir si la recourante a respecté les mesures sanitaires jusqu'à ce que le certificat soit exigé dans le domaine de la restauration. Pour le surplus, le tribunal s'estime suffisamment renseigné pour pouvoir statuer sur la base du dossier de l'autorité intimée; il n'y a dès lors pas lieu d'examiner s'il convient de compléter l'instruction et, dans ce cas, s'il convient de renvoyer l'affaire à l'autorité intimée (art. 90 al. 2 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD).

### E. 3

La recourante a notamment conclu à ce qu'il soit constaté que l'exigence imposée aux établissements de restauration de limiter l'accès à l'intérieur aux personnes disposant d'un certificat était illégale et que ses employés ne sont pas autorisés à contrôler cette limitation d'accès. Lorsqu'un administré s'oppose à une décision et soulève l'inconstitutionnalité non pas de la décision elle-même mais de la norme qu'elle applique, il requiert l'autorité de recours de procéder à un contrôle concret de la norme. En cas de contrôle concret, l'autorité de recours ne peut annuler que la décision d'application de la norme, sans pouvoir mettre en question, formellement, la validité de celle-ci (GE.2020.0204 du 10 décembre 2021 consid. 5a et réf. citées). Il résulte de ce qui précède que les conclusions en constatation de la recourante sont irrecevables.

#### **E. 4**

La recourante formule divers griefs à l'encontre de la décision attaquée. Elle considère que la fermeture de son établissement viole sa liberté économique. Elle estime également que la restriction d'accès à l'intérieur des restaurants aux personnes disposant d'un certificat ne serait pas conforme à la liberté économique. Enfin, elle considère qu'il n'y a pas de base légale permettant aux exploitants des restaurants et à leurs collaborateurs de vérifier que leurs clients disposent d'un certificat, respectivement de contrôler leur identité. Il convient d'examiner à titre préjudiciel les griefs de la recourante dirigés contre le principe de l'exigence d'un certificat pour accéder à l'intérieur des restaurants. Saisi d'un recours contre la modification du 8 septembre 2021 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière (cf. ci-dessus let. B), le Tribunal fédéral l'a déclaré irrecevable en l'absence d'un contrôle abstrait des actes normatifs fédéraux (TF 2C\_789/2021 du 18 octobre 2021). Comme cela résulte de cet arrêt (consid. 3), cette modification est toutefois susceptible d'un contrôle incident à titre préjudiciel dans un cas concret, c'est-à-dire, comme en l'occurrence, dans le cadre d'un recours contre une décision d'application. Le 17 décembre 2021, le Conseil fédéral a adopté des restrictions supplémentaires, par le biais d'une nouvelle modification de l'ordonnance COVID-19 situation particulière (RO 2021 882) qui limite notamment l'accès à l'intérieur des restaurants aux personnes disposant d'un certificat de vaccination ou de guérison (règle dite des 2G pour *geimpft, genesen*) et prévoyant une obligation de s'asseoir sauf si l'accès est limité aux seules personnes disposant à la fois d'un certificat de vaccination ou de guérison et d'un certificat de test (règle dite des 2G+). Dans la mesure où ces restrictions, entrées en vigueur le 20 décembre 2021 et valables jusqu'au 24 janvier 2022, ont été adoptées postérieurement à la décision attaquée, elles ne seront pas examinées dans le cadre du présent litige.

#### **E. 5**

La recourante considère que la restriction d'accès à l'intérieur des restaurants aux titulaires d'un certificat (règle des 3G; cf. ci-dessus let. B) viole la garantie constitutionnelle de la liberté économique (art. 27 Cst.). Elle soutient en substance que les conditions posées pour restreindre la liberté économique ne sont pas remplies. a) La limitation d'accès à l'intérieur des restaurants aux personnes titulaires d'un certificat porte manifestement atteinte à la liberté économique des exploitants de restaurants, qui comprend notamment la liberté contractuelle (Vincent Martenet, in *Commentaire romand de la Constitution fédérale [CR]*, Martenet/Dubey (édit.), n. 55 ss ad art. 27 Cst.). En effet, seules les personnes de plus de 16 ans pouvant prouver une vaccination, une guérison ou un résultat négatif de test peuvent obtenir un certificat. Or, une partie non négligeable de la population n'est pas vaccinée; seule une proportion limitée de la population peut prétendre obtenir un certificat de

guérison suite à une infection; enfin, les possibilités d'obtenir un test négatif sont restreintes en raison des capacités limitées des laboratoires qui réalisent ces tests et de leurs coûts. Il est d'ailleurs notoire que la fréquentation des restaurants et des autres lieux pour l'accès desquels le certificat est exigé a diminué depuis l'introduction de cette mesure. Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner plus avant les offres de preuve de la recourante à cet égard. Dès lors que la mesure contestée porte manifestement atteinte à la liberté économique de la recourante, il convient d'examiner si les conditions posées par l'art. 36 Cst. sont remplies. Selon cette disposition, les restrictions d'un droit fondamental doivent être fondées sur une base légale et les restrictions graves prévues par une loi (al. 1); toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2); toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé (al. 3); l'essence des droits fondamentaux est inviolable (al. 4). b) La recourante soutient d'abord que la restriction d'accès fondée sur le certificat constitue une atteinte grave à la liberté économique qui devrait être fondée sur une base légale au sens formel. Elle considère que l'ordonnance COVID-19 situation particulière ne constitue pas une base légale suffisante de ce point de vue. Selon son préambule, l'ordonnance COVID-19 situation particulière repose sur l'art. 6 de la loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies; LEp; RS 818.101). La loi sur les épidémies prévoit un modèle de gestion de crise à trois échelons soit la situation normale, la situation particulière et la situation extraordinaire (cf. Message du Conseil fédéral du 3 décembre 2010 relatif à la loi sur les épidémies; FF 2011 43 ss, p. 343). Une situation particulière en lien avec l'épidémie de COVID-19 existe depuis la fin de la situation extraordinaire le 19 juin 2020 et encore à ce jour. La question de savoir si les conditions de l'art. 6 al. 1 LEp pour justifier l'existence d'une situation particulière sont remplies – ce que la recourante paraît contester – sera au surplus examinée en lien avec la proportionnalité, la mesure contestée devant être proportionnée à la gravité de la situation sanitaire. Selon l'art. 6 al. 2 LEp, dans l'hypothèse d'une situation particulière, le Conseil fédéral peut, après avoir consulté les cantons, notamment ordonner des mesures visant des individus ou la population (let. a et b). Il résulte du message précité que les mesures que peut prendre le Conseil fédéral en application des let. a et b précitées sont celles figurant aux art. 31 à 38 LEp ainsi qu'à l'art. 40 LEp (cf. Message précité; FF 2011 345). L'art. 40 LEp permet d'ordonner les mesures nécessaires pour empêcher la propagation des maladies transmissibles ou dans certains groupes de personnes. Cette disposition permet notamment aux autorités de prononcer la fermeture des écoles, d'autres institutions publiques ou des entreprises privées ou de réglementer leur fonctionnement (let. b). Or, comme l'a déjà jugé le Tribunal fédéral en lien avec l'obligation du port du masque (TF 2C\_793/2020 du 8 juillet 2021, destiné à la publication, consid. 5.1.3.), dans la mesure où l'art. 40 al. 2 LEp permet de fermer des entreprises privées, il est toujours possible de prononcer une mesure moins restrictive. Une limitation d'accès fondée sur le certificat constitue une mesure moins restrictive qu'une fermeture si bien que l'art. 40 LEp constitue une base légale suffisante. c) En mettant notamment en doute l'existence d'une surcharge des hôpitaux en raison de l'épidémie de COVID-19, la recourante conteste que la restriction d'accès à l'intérieur des restaurants poursuive un intérêt public. Contrairement à ce que soutient la recourante, il est manifeste que l'exigence d'un certificat pour accéder à l'intérieur des restaurants vise un intérêt public, soit la lutte contre la propagation du COVID-19. Autrement dit, la mesure s'inscrit dans le cadre plus large de la protection de la santé publique. La question de savoir si la situation sanitaire – notamment le risque de surcharge des hôpitaux – justifiait une

restriction d'accès à l'intérieur des restaurants, ce qui est contesté par la recourante, doit être au surplus examinée dans le cadre du respect du principe de proportionnalité. d) La recourante fait valoir que la mesure ne serait pas conforme au principe de la proportionnalité. 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 le COVID-19, 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 (TF 2C\_283/2021 du 23 novembre 2021 consid. 5; 2C\_308/2021 du 3 septembre 2021 2C\_290/2021 du 3 septembre 2021 consid. 5.5; 2C\_273/2020 du 8 juillet 2021 consid. 5.3; 2C\_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.2 et les réf. citées, tous destinés à la publication; cf. également Cour constitutionnelle CCST.2021.0008 du 21 décembre 2021 consid. 3e). bb) Conformément à la jurisprudence précitée, il convient de se référer aux données qui étaient à disposition du Conseil fédéral – qui se fonde notamment sur les avis d'experts de l'Office fédéral de la santé publique et de la Task Force scientifique – au moment de l'adoption de la modification du 8 septembre 2021 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière. Dans son communiqué de presse du 19 mai 2021 (<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques/communiques-conseil-federal.msg-id-83599.html>), le Conseil fédéral a précisé l'utilisation future du certificat COVID-19. Il a notamment indiqué que l'utilisation du certificat devait permettre de reprendre certaines activités pendant une phase transitoire et qu'il n'entendait pas l'utiliser plus longtemps que nécessaire. S'agissant de l'utilisation du certificat, trois domaines ont été distingués, le domaine vert où l'utilisation du certificat est exclue, le domaine orange où l'utilisation est facultative ou pour éviter des fermetures, et le domaine rouge où l'utilisation est requise pour permettre des assouplissements. S'agissant du domaine orange, qui concerne notamment les restaurants, l'utilisation du certificat était envisagée si la situation épidémiologique devait de nouveau se dégrader et exposer le système de santé à un risque de surcharge. La limitation de l'accès à certains lieux – dont les restaurants – aux personnes disposant d'un certificat devait permettre d'éviter de les fermer complètement. Compte tenu de l'évolution négative de la situation épidémiologique, le Conseil fédéral a décidé le 8 septembre 2021 d'une extension de l'obligation du certificat. Selon le communiqué de presse du même jour (<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques/communiques-conseil-federal.msg-id-85035.html>), cette mesure a notamment été prise parce que la situation dans les hôpitaux restait tendue et l'occupation des lits aux soins intensifs très élevée. Le nombre d'infections restait élevé et la circulation du virus avait connu une légère augmentation. La part de la population non immunisée et en particulier non vaccinée restait en outre trop élevée pour empêcher une nouvelle et importante vague de contaminations. La protection offerte par le vaccin était bonne contre une infection et contre les formes graves de la maladie. Les personnes vaccinées étaient également beaucoup moins contagieuses que les autres. Le certificat réduisait considérablement les probabilités de transmission, car il limitait les rassemblements aux personnes qui ne risquaient pas, ou seulement faiblement, de se contaminer mutuellement. Le certificat permettait en outre de lutter contre la propagation du virus sans fermer d'établissements ni interdire certaines activités. cc) La recourante estime d'abord que les restaurants ne constituent pas un lieu d'infection et qu'ils ne représentent qu'une faible partie des contaminations. En outre, il ne serait pas possible de limiter la surcharge des hôpitaux dès lors que ceux-ci seraient de toute manière occupés à la limite de leur capacité pendant la période hivernale. Cette surcharge serait la conséquence d'autres décisions politiques, notamment celle de diminuer le nombre d'hôpitaux et de lits en soins intensifs, et non de l'épidémie de COVID-19. La recourante conteste également que les hôpitaux étaient surchargés par l'évolution de l'épidémie de COVID-19 au moment de l'introduction de

l'exigence du certificat dans le domaine de la restauration. En se fondant notamment sur de nombreuses publications scientifiques, la recourante soutient que l'introduction du certificat pour accéder à l'intérieur des restaurants ne serait pas efficace pour lutter contre la propagation de l'épidémie dès lors que les personnes vaccinées peuvent également transmettre le virus, être contaminées par celui-ci et développer des formes graves et que les vaccins n'ont qu'une efficacité réduite face aux nouveaux variants du virus. Les personnes asymptomatiques ne seraient pas contagieuses. L'évolution de l'épidémie ne serait pas plus défavorable dans les pays qui n'ont pas introduit d'exigence de certificat sanitaire pour accéder à certains lieux. Des mesures moins restrictives – telles que le respect de l'hygiène des mains et des règles de distanciation sociale – permettraient d'atteindre le même objectif en matière de lutte contre l'épidémie. dd) D'abord, les restaurants sont des lieux de socialisation où les personnes se réunissent et ont des contacts rapprochés, notamment s'ils partagent un repas. Ils peuvent donc être visés par des mesures dites d'éloignement social ayant pour objectif de réduire la probabilité d'être exposé au virus (voir Message du Conseil fédéral sur la loi sur les épidémies cité ci-dessus consid. 5b; FF 2011 372). L'extension du certificat avait notamment pour but de limiter le risque de transmission dans ces lieux où beaucoup de personnes se réunissent. Les restaurants n'ont d'ailleurs pas été les seuls lieux visés par l'extension du certificat qui concernait également les installations de loisirs, de sport et de divertissement et certaines manifestations en intérieur. Il n'est pas décisif que ces lieux ne soient pas nécessairement ceux où les cas de contamination sont statistiquement avérés. Compte tenu du mode de transmission du virus, un risque de contamination plus élevé dans de tels lieux est à tout le moins plausible. Certes, l'obligation de présenter un certificat porte atteinte aux intérêts économiques des restaurateurs. Avec la règle des 3G, toute personne qui le souhaitait, même non vaccinée et non guérie, pouvait toutefois continuer à accéder à l'intérieur des restaurants, moyennant cas échéant la réalisation d'un test négatif, si bien que cette atteinte doit être relativisée. Comme le relève la recourante, la présentation d'un certificat n'empêche pas toute propagation du virus. En effet, il est notoire que les vaccins n'ont qu'une efficacité limitée si bien que des personnes vaccinées peuvent être porteuses du virus et le transmettre. Cela étant, au moment où il a adopté cette mesure, le Conseil fédéral pouvait considérer, sur la base de l'avis des experts scientifiques qu'il a à sa disposition, que les personnes vaccinées étaient moins susceptibles de transmettre le virus que les personnes non vaccinées; l'utilisation d'un certificat était dès lors de nature à réduire le risque d'être infecté au virus d'une manière plus efficace que par le respect d'autres règles comme le lavage des mains, l'aération régulière des locaux et la distanciation sociale – qui n'est en outre pas toujours possible dans ces lieux. Cette mesure était en outre justifiée par la probabilité d'une évolution négative de l'épidémie en raison de l'émergence de nouveaux variants, de l'arrivée des températures hivernales et d'une couverture vaccinale limitée. En outre, le Conseil fédéral était également fondé à prendre cette mesure pour éviter le risque d'une surcharge des hôpitaux en raison d'une évolution négative de l'épidémie. Certes, au moment de l'extension du certificat sanitaire, le nombre de patients hospitalisés en raison du COVID-19 n'était pas particulièrement élevé. Toutefois, le Conseil fédéral pouvait considérer qu'une évolution négative de l'épidémie risquait d'entraîner une augmentation du nombre d'hospitalisations – voire de décès – et une surcharge du système hospitalier. Il est en effet notoire que les précédentes vagues épidémiques du COVID-19 ont surchargé le système hospitalier. Au moment de l'extension du certificat, il n'était en outre pas démontré que la couverture vaccinale à elle seule ou d'autres éléments, comme une moindre dangerosité du virus, permettraient d'éviter une surcharge des hôpitaux en cas de

flambée de cas sans que des mesures limitant les risques de contamination fondées sur l'art. 40 LEp soient prises. Certes, comme l'autorité intimée l'admet du reste également, la restriction d'accès à certains lieux aux personnes disposant d'un certificat n'a pas empêché une augmentation du nombre des cas et des hospitalisations ("5<sup>ème</sup> vague"). Cela ne signifie toutefois pas encore que la mesure incriminée est dépourvue d'efficacité et qu'elle ne joue pas, respectivement qu'elle n'a pas joué un rôle, même modeste, dans la prévention des risques de propagation de l'épidémie. Pour les mêmes raisons, il est sans incidence que l'efficacité de la mesure litigieuse ait été mise en cause dans un certain nombre de publications scientifiques que la recourante a produites à l'appui de son recours. Peu importe également que l'épidémie n'ait pas évolué plus négativement dans les pays qui n'ont pas introduit cette mesure. Il n'est dès lors pas nécessaire d'approfondir plus avant ces questions. Compte tenu de l'incertitude qui existe, notamment sur les modes de transmission du virus et les méthodes les plus efficaces pour limiter sa propagation, il est parfaitement normal que l'efficacité des mesures soit débattue, notamment au sein de la communauté scientifique, et que les autorités d'autres pays choisissent des stratégies différentes pour lutter contre l'épidémie. Comme l'a précisé le Tribunal fédéral (cf. ci-dessus consid. 5d/aa), le Conseil fédéral ne saurait pour autant renoncer à agir jusqu'à ce que la preuve de l'efficacité d'une mesure soit apportée mais le gouvernement doit prendre en compte cette incertitude en actualisant ses connaissances et en réévaluant les mesures adoptées. Ainsi, l'extension du certificat a été adoptée pour une durée limitée, soit initialement jusqu'au 24 janvier 2022, si bien que le Conseil fédéral devra quoi qu'il en soit prochainement la réexaminer au regard des expériences faites jusqu'ici ainsi que de l'évolution de l'épidémie, notamment de la contagiosité et de la dangerosité des nouveaux variants. Contrairement à ce que soutient la recourante, il n'est au surplus pas pertinent que l'extension du certificat aurait également eu pour objectif l'augmentation de la couverture vaccinale. En effet, en application de la règle des 3G, le certificat était accessible aux personnes non vaccinées pour autant qu'elles présentent soit une preuve de guérison soit un test négatif. Certes, il n'est pas exclu que, pour des raisons à la fois pratiques et économiques, des personnes non guéries ont préféré se faire vacciner plutôt que de se faire très régulièrement tester. L'augmentation du taux de couverture vaccinal n'est toutefois qu'un possible effet indirect de la mesure incriminée. Cet effet indirect, même s'il a sans doute été pris en compte par les autorités, ne rend pas pour autant disproportionnée la mesure du point de vue de la lutte contre la propagation du virus. Enfin, la mesure incriminée reste proportionnée dans la mesure où elle permet d'éviter que des mesures plus restrictives – en particulier des mesures de restriction d'horaires ou des fermetures – soient prises. On ne saurait donc considérer que l'on se trouve dans un cas où l'inaptitude de la mesure pour lutter contre l'épidémie serait manifeste au sens de la jurisprudence précitée. Compte tenu de l'importante marge de manœuvre qui doit être reconnue aux autorités politiques, l'extension du certificat pour accéder à l'intérieur des restaurants était une mesure conforme au principe de la proportionnalité. Ce grief doit donc être rejeté.

## **E. 6**

La recourante soutient qu'il serait impossible en l'absence d'une base légale pour les exploitants des restaurants et les membres de leur personnel de contrôler que leurs clients disposent d'un certificat, ce qui implique de vérifier leur identité. Selon la recourante, le monopole de la force publique (art. 44 Cst-VD) interdirait de déléguer sans base légale aux exploitants des restaurants et à leur personnel le contrôle de l'identité de leurs clients. L'art. 12 ordonnance COVID-19 situation particulière oblige les exploitants à limiter l'accès à

l'intérieur de leurs établissements aux personnes disposant d'un certificat. Ce contrôle doit porter à la fois sur la validité du certificat et sur sa titularité, ce qui suppose que les exploitants doivent également vérifier l'identité des personnes qui cherchent à accéder à leurs établissements. Cette base légale, pour autant qu'elle soit nécessaire, suffit à fonder le contrôle de l'identité des clients par les exploitants. Au surplus, il est douteux qu'une base légale spécifique soit nécessaire. En effet, la législation ordinaire en vigueur – la loi du 26 mars 2002 sur les auberges et les débits de boissons (LADB; BLV 935.431) – oblige déjà les exploitants des restaurants à respecter un certain nombre d'exigences dont certaines supposent qu'ils contrôlent l'identité de leurs clients, notamment pour vérifier leur âge. Ainsi, l'accès à certaines boissons alcooliques (art. 50 LADB) et à certains types d'établissements (art. 51 LADB) est limité aux personnes ayant atteint un âge minimal. L'art. 51 LADB exige en outre des mineurs entre 10 et 16 ans qu'ils soient en possession d'une pièce d'identité valable s'ils ne sont pas accompagnés d'un adulte responsable ou en possession d'une autorisation parentale. Le fait de demander à un client de produire une pièce d'identité valable, notamment s'il existe un doute sur son âge, fait donc déjà partie non seulement des facultés mais des obligations des exploitants des restaurants. On ne voit pas pour quel motif il en irait différemment du contrôle du certificat et de l'identité en lien avec les mesures sanitaires. Certes, les exploitants des restaurants et les membres de leur personnel ne sauraient contraindre leurs clients à se légitimer. Un moyen de contrainte n'est toutefois pas nécessaire puisqu'il suffit de refuser l'accès à l'intérieur au client qui refuse de produire son certificat ou une pièce d'identité. Les exploitants des restaurants ainsi que les membres de leur personnel peuvent donc contrôler que leurs clients respectent les mesures sanitaires, notamment l'obligation de disposer d'un certificat pour accéder à l'intérieur des restaurants, sans qu'une base légale spécifique soit nécessaire. Ce grief doit donc être rejeté.

## **E. 7**

Il convient encore d'examiner si la décision de fermeture de l'établissement est conforme à la liberté économique, ce qui est contesté par la recourante. Dans ce cadre, il convient en particulier d'examiner la conclusion subsidiaire de la recourante tendant à ce qu'elle soit autorisée à exploiter une terrasse et un service de vente à l'emporter. a) La fermeture de l'établissement de la recourante porte manifestement atteinte à sa liberté économique (art. 27 Cst.). Il convient dès lors d'examiner si elle respecte l'art. 36 Cst. selon lequel toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale, être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et être proportionnée au but visé. b) La recourante conteste d'abord que la fermeture de son restaurant reposerait sur une base légale suffisante. Elle soutient notamment que la LEp ne contient pas de disposition permettant de prononcer la fermeture d'un établissement à titre de sanction. L'art. 24 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière confère aux autorités cantonales la compétence de vérifier régulièrement si les plans de protection sont respectés, notamment dans les établissements de restauration, et leur permet de prendre les mesures appropriées – notamment d'émettre un avertissement, de fermer des installations ou des exploitations et interdire des manifestations ou y mettre fin – si elles constatent que ce plan n'est pas ou pas complètement mis en œuvre. Dans le Canton de Vaud, l'arrêté du Conseil d'Etat du 30 juin 2021 d'application de l'ordonnance COVID-19 situation particulière (BLV 818.00.300621.1) confère à l'EMCC la compétence de prendre ces mesures, notamment de prononcer la fermeture des établissements s'il constate qu'il n'existe pas de plan de protection suffisant ou que ce plan n'est pas mis œuvre ou que le présent arrêté ou ses dispositions d'application sont violés. Certes, comme le relève la recourante, la LEp ne

prévoit pas expressément la possibilité de prononcer la fermeture d'un établissement en cas de non-respect des mesures imposées pour lutter contre une épidémie. Selon l'art. 83 al. 1 let. j LEp, les infractions aux mesures visant la population constituent une contravention punie d'une amende. Il convient toutefois de considérer, contrairement à ce que soutient la recourante, que l'art. 40 LEp permet aux autorités d'imposer la fermeture d'un établissement qui ne respecte pas les mesures moins restrictives pour lutter contre une épidémie prises en application de cette disposition (cf. ci-dessus consid. 5b). En effet, pour autant qu'elle soit proportionnée, la fermeture constitue alors la seule mesure permettant d'éviter le risque de propagation de l'épidémie. L'art. 24 ordonnance COVID-19 situation particulière repose donc sur une base légale suffisante. Ce grief doit donc être rejeté. b) Dès lors que la recourante n'entend pas respecter les restrictions d'accès à l'intérieur des restaurants, la mesure de fermeture de son établissement répond manifestement à un intérêt public, soit celui de lutter contre la propagation du COVID-19. On peut à cet égard renvoyer à ce qui a été dit plus haut s'agissant de l'intérêt public et de la proportionnalité de l'extension du certificat (cf. ci-dessus consid. 5d). c) Il reste à examiner si la mesure de fermeture de l'établissement est proportionnée. La décision attaquée retient que la recourante avait déclaré ne pas contrôler que ses clients disposaient d'un certificat mais aussi qu'elle ne s'assurait pas du respect d'autres mesures, comme le port du masque. La recourante ne conteste pas qu'elle refuse de contrôler le certificat. Elle fait toutefois valoir que, jusqu'aux faits ayant donné lieu à la présente cause, elle a respecté les autres mesures sanitaires en vigueur. Elle soutient qu'elle doit pouvoir être autorisée à exploiter les services pour lesquels le certificat n'est pas exigé, en particulier la terrasse du restaurant. D'abord, il résulte du dossier que la recourante a déclaré non seulement qu'elle ne contrôlerait pas que ses clients disposent d'un certificat mais qu'elle refusait également de vérifier d'autres mesures, comme le port du masque. Il est donc douteux qu'elle respectera à l'avenir les autres mesures sanitaires. En outre et surtout, la recourante dispose d'une licence d'exploiter un café-restaurant comprenant un espace intérieur; elle est dès lors tenue de respecter non seulement les mesures sanitaires s'appliquant à l'exploitation d'une terrasse mais également celles en vigueur pour l'intérieur des restaurants. Dès lors que la recourante a clairement indiqué qu'elle ne s'assurerait pas du respect par ses clients de l'obligation de disposer d'un certificat pour accéder à l'intérieur de son établissement – et qu'elle conteste toujours cette mesure –, l'autorité intimée pouvait prendre une décision de fermeture immédiate d'autant qu'elle avait informé la recourante lors de son audition du 27 septembre 2021 des conséquences d'une persistance de sa part à ne pas respecter les mesures sanitaires. Il est donc sans pertinence que la recourante ait, comme elle le prétend, respecté les mesures qui étaient imposées jusqu'à l'introduction du certificat. Il n'est en outre pas disproportionné que cette mesure de fermeture vise non seulement l'intérieur de l'établissement mais aussi la terrasse dès lors que la licence d'exploitation concerne l'ensemble du restaurant. La recourante ne pouvait donc être autorisée à exploiter uniquement sa terrasse ou d'autres services ne nécessitant pas de certificat. Peu importe que, comme la recourante le soutient, des restaurateurs d'un autre canton dans la même situation auraient été autorisés à n'exploiter que leur terrasse. Enfin, la mesure apparaît également proportionnée dans la mesure où elle prévoit expressément qu'elle peut être réexaminée en tout temps pour autant que la preuve du respect des dispositions légales fédérales et cantonales en matière de lutte contre le COVID-19 ait été fournie et ait fait l'objet d'un contrôle de conformité par la Police cantonale du commerce. La mesure contestée n'équivaut donc pas sous cet angle à un retrait de l'autorisation d'exploiter qui est prononcée pour une durée maximale de cinq ans

(art. 60a LADB). Cette large possibilité de réexamen permet également de tenir compte de l'évolution de l'épidémie. Les actuelles mesures de limitation d'accès aux restaurants étant en vigueur jusqu'au 24 janvier 2022, le Conseil fédéral devra décider d'une adaptation de la situation en tenant compte des nouvelles connaissances et de l'efficacité des mesures prises jusqu'ici (cf. ci-dessus consid. 5d/aa). C'est également dans le cadre du réexamen, et non dans celui de la présente procédure, que la recourante pourra demander à l'EMCC de se prononcer sur une réouverture partielle de son établissement pour autant qu'elle s'engage à respecter les mesures sanitaires.

#### **E. 8**

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable et la décision attaquée confirmée. La recourante, qui succombe, supportera les frais judiciaires (art. 49 LPA-VD). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens (art. 55 LPA-VD).

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