

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3980/2020-ABST

ACST/4/2021

COUR DE JUSTICE

Chambre constitutionnelle

Arrêt du 2 mars 2021

dans la cause

COMMUNAUTÉ GENEVOISE D'ACTION SYNDICALE

et

**SYNDICAT INTERPROFESSIONNEL DE TRAVAILLEUSES ET
TRAVAILLEURS (SIT)**

et

Madame A_____

et

Madame B_____

et

Monsieur C_____

représentés par Me Christian Bruchez, avocat

contre

CONSEIL D'ÉTAT

EN FAIT

- 1) La Communauté genevoise d'action syndicale (ci-après : CGAS) est une association au sens des art. 60 ss du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210) qui a pour but statutaire, en tant qu'organisation faîtière du mouvement syndical genevois, de défendre les intérêts des travailleurs actifs et non actifs et de ses organisations membres, notamment dans les domaines des libertés syndicales et démocratiques (art. 1 et 2 des statuts). Elle est composée des organisations membres qui ont accepté ses statuts (art. 6 des statuts).

Le Syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs (ci-après : SIT) est également constitué sous forme d'association au sens des art. 60 ss CC (art. 2 des statuts) et a pour but statutaire notamment de défendre les intérêts de ses membres de toutes branches économiques et professions (art. 1 des statuts).

Mesdames A_____ et B_____ travaillent respectivement dans une pharmacie et dans un magasin alimentaire à Genève. Quant à Monsieur C_____, il est domicilié à Genève.

- 2) En décembre 2019, des médecins chinois ont donné l'alerte sur un nouveau virus inconnu, le coronavirus du syndrome respiratoire aigu sévère (ci-après : SARS-CoV-2). Celui-ci se transmet par le biais de sécrétions infectées telles que la salive et les sécrétions respiratoires qui sont expulsées sous forme de grosses gouttelettes respiratoires ou de petits aérosols lorsqu'une personne infectée tousse, éternue, parle ou chante, en particulier dans des lieux bondés et mal ventilés, ainsi que des surfaces ou objets contaminés. Un contact direct, indirect ou étroit avec une personne contaminée peut entraîner l'inhalation ou l'inoculation du virus par la bouche, le nez ou les yeux et ainsi provoquer la maladie à coronavirus 2019 (ci-après : Covid-19), laquelle peut se manifester par des difficultés respiratoires pouvant, chez certains patients, nécessiter une hospitalisation, voire entraîner la mort.
- 3) À la suite de la découverte des premiers cas de patients atteints de la Covid-19 en Suisse fin février 2020, le Conseil fédéral a déclaré l'état de situation particulière au sens de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 (loi sur les épidémies, LEp - RS 818.101) et pris une série de mesures.
- 4) Le 16 mars 2020, le Conseil fédéral a déclaré la situation comme extraordinaire au sens de l'art. 7 LEp et a ordonné la fermeture des commerces ne vendant pas des biens de consommation courante, le déploiement renforcé de l'armée et la fermeture partielle des frontières.

- 5) Durant la même période, le Conseil d'État a également pris une série de mesures, en particulier destinées à mettre en œuvre celles décidées par le Conseil fédéral.
- 6) Dès le 11 mai 2020, le Conseil fédéral a autorisé la réouverture de tous les commerces, moyennant le respect d'un plan de protection.
- 7) Le 19 juin 2020, le Conseil fédéral a requalifié la situation extraordinaire en situation particulière et restructuré ses mesures notamment au sein de l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de Covid-19 en situation particulière (ordonnance Covid-19 situation particulière - RS 818.101.26).
- 8) Dès le 24 juillet 2020, à la suite d'une augmentation du nombre de nouvelles contaminations à Genève, le Conseil d'État, par différents arrêtés successifs et régulièrement reconduits, a rendu obligatoire le port du masque facial dans plusieurs lieux, dont l'ensemble des commerces pour les clients et le personnel de vente. Plusieurs cantons, notamment romands, ont pris des mesures identiques durant l'été.
- 9) Le 18 octobre 2020, le Conseil fédéral a notamment imposé le port du masque facial dans les espaces clos accessibles au public des installations et des établissements ainsi que dans les zones d'attente des gares, des arrêts de bus et de tram, dans les gares, les aéroports ou d'autres points d'accès aux transports publics, obligation qu'il a étendue, le 28 octobre 2020, aux espaces publics extérieurs de ces installations et établissements (art. 3b al. 1 de l'ordonnance Covid-19 situation particulière). Ces modifications sont respectivement entrées en vigueur les 19 et 29 octobre 2020 (RO 2020 4159, RO 2020 4503).
- 10) Selon le point épidémiologique hebdomadaire du médecin cantonal genevois, durant la semaine 44, du 26 octobre au 1^{er} novembre 2020, le nombre de cas positifs au SARS-CoV-2 à Genève était de 6'688, soit plus du double de la semaine précédente. Le nombre des nouvelles hospitalisations pour une infection aiguë à la Covid-19, de 315, avait également augmenté, tout comme le nombre des décès, de 18, soit le double de la semaine précédente.
- 11) Le 1^{er} novembre 2020, le Conseil d'État a adopté l'arrêté d'application de l'ordonnance Covid-19 situation particulière et sur les mesures de protection de la population (ci-après : l'arrêté Covid-19), publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 2 novembre 2020, qui comprend notamment les dispositions suivantes :

« **Chapitre 1 Dispositions générales**

Article 1 – État de nécessité

L'état de nécessité, au sens de l'article 113 de la constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012, est déclaré.

Les mesures prévues dans le présent arrêté visent à prévenir la propagation du

coronavirus.

...

Chapitre 5 Mesures visant les installations et les établissements accessibles au public

Article 11 – Fermeture

¹ Sont fermés :

...

e. les commerces de vente au détail et les marchés. Les services à l'emporter et de livraison sont réservés. Le *click & collect* est autorisé ;

...

² Font exception à l'obligation de fermeture résultant de l'alinéa 1, les établissements et installations suivants :

a. les magasins d'alimentation et autres points de vente et étals de marchés qui vendent des denrées alimentaires ou des biens de consommation courante, y compris alimentation pour animaux (...);

b. les magasins de fleurs ;

c. les pharmacies, drogueries et magasins vendant des lunettes et des appareils auditifs ainsi que des moyens auxiliaires médicaux (...);

d. les commerces de réparation et de bricolage (...);

e. les commerces de service (...);

f. les établissements en libre-service accessibles au public (...)

(...)

Article 12 – Mesures dans les établissements et installations accessibles au public non sujets à fermeture

¹ Les exploitants d'installations et d'établissements, ou leur remplaçant, doivent mettre à disposition de leur clientèle une solution hydro-alcoolique.

² Ils s'assurent qu'aucune personne ne pénètre dans l'installation ou l'établissement sans désinfection préalable des mains.

³ Les personnes qui pénètrent dans une installation ou un établissement doivent se désinfecter les mains.

⁴ Elles doivent porter un masque en permanence dès l'entrée dans l'installation ou l'établissement.

⁵ Les exploitants d'installations et d'établissements, ou leur remplaçant, s'assurent que toutes les personnes portent un masque.

⁶ Les exploitants d'installations et d'établissements, ou leur remplaçant, s'assurent que la distance interpersonnelle soit préservée en toutes circonstances sur toute la surface des locaux accessibles.

⁷ Les exploitants d'installations et d'établissements, ou leur remplaçant, s'assurent que les surfaces que la clientèle touche avec ses mains (comme les poignées des caddies et les paniers, les scanners ou les écrans tactiles) soient nettoyées régulièrement avec du savon ou un produit de nettoyage courant. À chaque caisse de paiement, la clientèle doit disposer d'une solution hydro alcoolique.

(...)

Chapitre 7 Mesures relatives à la protection des employés

Article 17 – Lieu de travail

¹ Les employeurs veillent à ce que les activités de leurs employés en présentiel soient limitées au minimum indispensable, en particulier pour les personnes vulnérables.

² Ils doivent garantir le strict respect des mesures de prévention énoncées à l'article 10 de l'ordonnance COVID-19 (situation particulière).

(...)

Chapitre 10 Dispositions finales

Article 21 – Entrée en vigueur et durée de validité

¹ Le présent arrêté entre en vigueur le 2 novembre 2020 à 19h00.

² Les mesures prévues ont effet jusqu'au 29 novembre 2020 à minuit, elles pourront être prolongées en cas de besoin. »

- 12) Par arrêté du 25 novembre 2020, publié dans la FAO du même jour et entré en vigueur le 28 novembre 2020, le Conseil d'État a modifié l'arrêté Covid-19 de la manière suivante :

« Article 1 – Modifications »

L'arrêté du Conseil d'État, du 1^{er} novembre 2020, d'application de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de Covid-19 en situation particulière du 19 juin 2020 et sur les mesures de protection de la population est modifié comme suit :

(...)

Article 11, al. 1 let b (nouvelle teneur), al. 1 let e (abrogée), al. 2 (nouvelle teneur) et al. 3 (abrogé)

(...)

Article 12 Mesures générales dans les établissements et installations accessibles au public non sujets à fermeture (nouvelle teneur de la note)

Article 12A Mesures complémentaires pour les commerces de détail (nouveau)

¹ L'exploitant de commerce, ou son remplacement, met en œuvre et fait respecter les mesures de protection figurant à l'annexe 3 « Mesures visant les commerces de détail » du présent arrêté et la clientèle est tenue de les respecter.

² En dérogation à l'article 9 al. 3 de la loi sur les heures d'ouverture des magasins (LHOM, I 1 05), l'heure de fermeture du samedi est 20h00.

(...)

Article 21, al. 2 (nouvelle teneur)

² Les mesures prévues ont effet jusqu'au 17 décembre 2020 à minuit, elles pourront être prolongées en cas de besoin.

Annexe 3 Mesures visant les commerces de détail (nouvelle)

Limitation d'accès et contrôle de la densité

Les exploitants des commerces de détail, ou leur remplaçant, doivent :

- limiter l'accès des espaces dans lesquels les personnes peuvent se déplacer librement pour que chacune des personnes présentes (personnel, clientèle) dispose d'au moins 10m² sur la surface totale au sol disponible permettant de respecter en tout temps la distance de sécurité de 1,5 m ;
- interdire l'entrée aux clients lorsque la densité maximale est atteinte ;
- séparer, lorsque cela est possible, les flux entrants et sortants, notamment en période d'affluence ;
- empêcher tout regroupement de personnes, tant à l'extérieur du magasin (organiser la file d'attente, indiquer les distances à respecter), qu'à l'intérieur notamment devant les ascenseurs, au niveau des escalators, à l'approche des caisses ou aux abords de certains rayons ou étals (fruits et légumes, jouets, cosmétiques, produits festifs) ;
- afficher, à l'entrée et à l'intérieur des ascenseurs, le nombre maximal de personnes admises, de manière à ce que la distance interpersonnelle soit maintenue ;
- éliminer tous les goulots d'étranglement susceptibles de ralentir le flux de la clientèle et de rapprocher les personnes entre elles ;
- renoncer sans exceptions aux actions et promotions qui génèrent un afflux de clients vers un secteur du commerce et des interactions superflues, de type « ventes flash », « dégustations », « séances de dédicace » ou « emballage de cadeaux » ainsi qu'aux animations de type « visite du Père Noël ».

Solution/gel hydroalcoolique et hygiène des mains

(...)

Masques

(...)

Nettoyage

(...)

Aménagements et adaptations

(...)

Ventilation

(...)

Affichage

(...)

Article 2 – Entrée en vigueur

Le présent arrêté de modification entre en vigueur le 28 novembre 2020 à 00h01. »

13) Par point de presse du même jour, le Conseil d'État a expliqué poursuivre le processus d'assouplissement des mesures sanitaires, au regard de l'évolution lente mais réelle de la situation épidémiologique. Sa volonté restait néanmoins d'éviter toute précipitation pour contrer tout rebond épidémique et toute flambée exponentielle du nombre des contaminations.

14) Par acte du 26 novembre 2020, la CGAS, le SIT, Mmes A_____ et B_____ et M. C_____ (ci-après : les recourants), ont conjointement interjeté recours auprès de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (ci-après : la chambre constitutionnelle) contre l'arrêté du Conseil d'État du 25 novembre 2020 modifiant l'arrêté Covid-19, concluant préalablement, à titre superprovisionnel et provisionnel, à l'octroi de l'effet suspensif au recours, et, principalement, à l'annulation de l'art. 12A al. 2 dudit arrêté, le tout « sous suite de frais et dépens ».

La disposition litigieuse violait le principe de la séparation des pouvoirs, dès lors que le Conseil d'État n'avait aucune compétence pour déroger, pour l'ensemble de la branche du commerce de détail, au texte clair de la loi sur les heures d'ouverture des magasins du 15 novembre 1968 (LHOM - I 1 05), qui fixait l'heure de fermeture des commerces à 18h00 le samedi. Elle ne se justifiait pas non plus pour des raisons sanitaires, puisqu'elle ne permettait pas, contrairement à l'art. 12A al. 1 de l'arrêté Covid-19, d'assurer la protection des salariés et de la clientèle. La limitation du nombre de clients en fonction de la surface des magasins était au demeurant déjà réglée dans l'annexe 3 audit arrêté et l'ajout de deux heures d'ouverture le samedi soir n'apportait aucune protection supplémentaire, exposant, à l'inverse, plus longtemps le personnel à la clientèle. Le but poursuivi n'était ainsi pas sanitaire, mais bien économique, ce qui supposait toutefois la consultation préalable des associations professionnelles avant la prise d'une telle mesure, ce qui n'avait pas été le cas. Par ailleurs, les commerces de détail bénéficiaient déjà d'une fermeture hebdomadaire retardée à 21h00 les jeudis, d'une autre retardée à 21h30 pendant le mois de décembre ainsi que d'une ouverture lors de deux dimanches durant le même mois.

15) Par décision du 3 décembre 2020, la chambre constitutionnelle a refusé d'octroyer l'effet suspensif au recours et a réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond.

16) Par arrêté du 7 décembre 2020, publié dans la FAO et entré en vigueur le jour même, le Conseil d'État a notamment prolongé la durée de validité de l'arrêté Covid-19 jusqu'au 15 janvier 2021.

17) Par communiqué de presse du 8 décembre 2020, le Conseil fédéral a annoncé la prochaine prise de mesures sanitaires supplémentaires, au vu de la dégradation de la situation épidémiologique en Suisse, et ce dès le 12 décembre 2020 jusqu'au 20 janvier 2021. Il entendait uniformiser et renforcer

les mesures récemment prises ou annoncées par plusieurs cantons. À cette fin, il avait lancé une procédure de consultation, qui portait notamment sur la fermeture des établissements de restauration, des magasins et des marchés, des installations de loisirs et de sport dès 19h00, ainsi que le dimanche. Si la situation sanitaire devait se péjorer dans l'intervalle, des mesures supplémentaires seraient prises dès le 18 décembre 2020, qui pouvaient viser la fermeture des établissements de restauration et des magasins.

- 18) Le 9 décembre 2020, les recourants ont formé une nouvelle « demande urgente de restitution de l'effet suspensif » au recours.
- 19) Selon le point épidémiologique hebdomadaire du médecin cantonal genevois publié le 10 décembre 2020, durant la semaine 49, du 30 novembre au 6 décembre 2020, le nombre de cas positifs au SARS-CoV-2 à Genève était en diminution de 25 % par rapport à la semaine précédente. Sur les trois dernières semaines, un net ralentissement de la diminution du nombre d'infections pouvait toutefois être observé, ce qui faisait craindre une stagnation des cas à un haut niveau pour les prochaines semaines et pouvait conduire à un haut risque de recrudescence de l'épidémie à court terme, ce d'autant à l'approche des fêtes de fin d'année, alors que le système hospitalier était toujours sous tension. Le taux de reproduction effectif (ci-après : Re) du SARS-CoV-2 était estimé à 0,78 à Genève le 28 novembre 2020, alors qu'il se situait, au niveau national, à 1,01 à la même date.
- 20) Par décision du 11 décembre 2020, la présidence de la chambre constitutionnelle a, à nouveau, refusé d'octroyer l'effet suspensif au recours et a réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond.
- 21) Le 12 décembre 2020, est entrée en vigueur une modification de l'ordonnance Covid-19 situation particulière (RO 2020 5377) prévoyant que les installations et les établissements accessibles au public, en particulier les magasins, devaient demeurer fermés entre 19h00 et 6h00, ainsi que le dimanche, les 25 et 26 décembre 2020 et le 1^{er} janvier 2021 (art. 5a^{bis} de l'ordonnance Covid-19 situation particulière). La même règle s'appliquait aussi notamment aux établissements de restauration (art. 5a de l'ordonnance Covid-19 situation particulière). Tout canton pouvait toutefois prévoir d'étendre ces heures d'ouverture notamment si le « Re » était inférieur à 1 durant au moins sept jours consécutifs et que le nombre de nouvelles infections par 100'000 personnes était inférieur à la moyenne suisse au cours des sept derniers jours également (art. 7 al. 2 de l'ordonnance Covid-19 situation particulière).
- 22) Par arrêté entré en vigueur le 12 décembre 2020 et publié dans la FAO du 14 décembre 2020, le Conseil d'État a modifié l'arrêté Covid-19 de la manière suivante :

« Article 12D Allègements accordés par le canton (nouveau) »

¹ Le Conseil d'État est l'autorité compétente pour appliquer l'article 7, alinéas 1 à 4, de l'Ordonnance COVID-19.

² Si le taux de reproduction est supérieur à 1 durant 3 jours consécutifs ou si l'une des conditions prévues à l'article 7, alinéa 2, lettres a et c, de l'Ordonnance COVID-19 n'est plus remplie, les conditions d'ouverture fixées aux articles 5a, alinéa 1, lettre b et 5a^{bis} de l'Ordonnance COVID-19 s'appliquent. »

23) Selon le point épidémiologique hebdomadaire du médecin cantonal genevois pour la semaine 51, du 14 au 20 décembre 2020, le « Re » était estimé à 1,03 à Genève le 7 décembre 2020, le seuil de 1 ayant déjà été franchi dès le 5 décembre 2020. L'épidémie était en augmentation.

24) Par arrêté du 21 décembre 2020, publié dans la FAO du même jour et entré en vigueur le 23 décembre 2020, le Conseil d'État a modifié l'arrêté Covid-19, dont il a prolongé la durée de validité jusqu'au 22 janvier 2021, notamment en adoptant les dispositions suivantes :

« Article 12^{bis} Heures d'ouverture des magasins et des établissements accessibles au public qui proposent des services (nouveau) »

¹ Les installations et les établissements accessibles au public suivants doivent demeurer fermés entre 19h00 et 6h00, ainsi que le dimanche, les 25 et 26 décembre et le 1^{er} janvier :

a. les magasins et les marchés à l'extérieur, y compris les services correspondants proposés en libre-service ; font exception les pharmacies et les boulangeries ;

(...)

Article 12A (nouvelle teneur)

(...)

² En dérogation à l'article 9 al. 3 de la loi sur les heures d'ouverture des magasins (LHOM, I 1 05), l'heure de fermeture du samedi est 19h00.

Article 12D, al. 1 et 2 (nouvelle teneur)

¹ Le Conseil d'État est l'autorité compétente pour appliquer l'article 7 de l'Ordonnance COVID-19.

² Si l'une des conditions prévues à l'article 7 de l'Ordonnance COVID-19 n'est plus remplie, les dispositions fédérales quant aux conditions d'ouverture et aux établissements fermés s'appliquent. »

25) a. Le 22 décembre 2020, le Conseil d'État a conclu à l'irrecevabilité du recours de la CGAS, du SIT et de M. C_____ et à son rejet pour le surplus, le tout « avec suite de frais et dépens ».

M. C_____ n'avait pas qualité pour recourir, dès lors qu'il n'était pas employé dans un magasin du commerce de détail. Il en allait de même des associations recourantes, la CGAS ayant pour membres des syndicats et le SIT ne démontrant pas qu'une majorité de ses membres serait particulièrement touchée par l'arrêté entrepris.

Au regard de l'évolution de l'épidémie, des mesures devaient être prises pour éviter l'apparition d'une troisième vague. Parmi celles-ci figurait l'extension des heures d'ouverture des commerces le samedi soir, qui permettait de répartir les clients sur une plus longue période et réduire le risque de contaminations, puisqu'ils seraient moins nombreux dans un même lieu, ce qui favorisait le respect des distances de sécurité et diminuait le risque de file d'attente à l'entrée des

magasins. Cette mesure allait de pair avec l'introduction de la limitation du nombre de clients par surface, qui tendait également à écarter les clients les uns des autres en limitant leur nombre dans un même lieu et ne modifiait en rien les conditions de travail des employés concernés. Elle serait en outre levée en cas d'amélioration de la situation sanitaire. Le fait que le Conseil fédéral ait décidé d'une fermeture à 19h00, qui concernait en priorité les restaurants, ne pouvait pas non plus être compris comme démontrant l'inefficacité de la mesure litigieuse pour réduire le risque de contaminations dans le commerce de détail. Au contraire, elle respectait le principe de proportionnalité.

b. Il a versé au dossier une « Étude des facteurs sociodémographiques, comportements et pratiques associés à l'infection par le SARS-CoV-2 (ComCor) » établie par l'Institut Pasteur le 8 décembre 2020.

- 26) Dès la fin du mois de décembre 2020, des mutations du SARS-CoV-2, à transmissibilité accrue, ont commencé à circuler en Suisse et notamment à Genève.
- 27) Le 9 janvier 2021, le Conseil fédéral a abrogé l'art. 7 al. 2 de l'ordonnance Covid-19 situation particulière sur les exceptions cantonales concernant notamment les heures d'ouverture des installations et des établissements accessibles au public (RO 2021 2).
- 28) Dès le 18 janvier 2021, le Conseil fédéral a ordonné la fermeture des magasins vendant des marchandises qui ne sont pas de première nécessité et levé la limitation de leurs heures d'ouverture (art. 5e de l'ordonnance Covid-19 situation particulière, RO 2021 7).
- 29) Par arrêté du 20 janvier 2021, publié dans la FAO et entré en vigueur le même jour, le Conseil d'État a modifié l'arrêté Covid-19, le prolongeant jusqu'au 28 février 2020 et ordonnant notamment la fermeture des magasins et marchés, sauf notamment les magasins d'alimentation et les autres magasins pour autant qu'ils vendent des denrées alimentaires ou d'autres biens de première nécessité et de consommation courante conformément à l'ordonnance Covid-19 situation particulière.
- 30) Le 22 janvier 2021, les recourants ont persisté dans les conclusions et termes de leur recours.

Ils précisaient que malgré ses modifications successives, l'art. 12A al. 2 de l'arrêté litigieux posait les mêmes problèmes que dans sa teneur initiale, son adoption ayant été dictée pour des motifs économiques, et non sanitaires. Par le passé, le législateur avait, sans succès, tenté d'étendre les heures d'ouverture des commerces le samedi jusqu'à 19h00. La tentation était ainsi grande, dans le contexte actuel, pour un exécutif d'utiliser les compétences qui lui étaient

dévolues en matière sanitaire pour faire passer une telle réforme. Par nature, une mesure sanitaire fondée sur la LEp devait être contraignante et restrictive, conformément aux termes utilisés à l'art. 40 al. 2 LEp et comme le prévoyait d'ailleurs l'art. 12A al. 1 de l'arrêté litigieux, ce qui n'était pas le cas de l'art. 12A al. 2 contesté, qui offrait aux magasins non pas une obligation mais une possibilité d'ouverture jusqu'à 20h00. Rien n'empêchait du reste le Conseil d'État, s'il estimait qu'un nombre minimal d'heures d'ouverture des magasins était nécessaire pour des motifs sanitaires, de fixer de manière impérative l'heure d'ouverture du matin, ce qui était compatible avec la LHOM. Les arguments du Conseil d'État, selon lesquels la mesure était proportionnée, tombait également à faux, dès lors qu'ils ne prétendaient pas que la mesure en cause violait des droits fondamentaux, mais qu'elle était contraire au principe de la séparation des pouvoirs.

- 31) La cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.
- 32) Le 12 février 2021, les recourants ont de nouveau persisté dans les conclusions et termes de leur recours, indiquant qu'un élément nouveau était survenu, soit l'intention du Conseil d'État de procéder à une modification de la LHOM dans le sens notamment d'une harmonisation des horaires d'ouverture des magasins durant la semaine ainsi que le samedi, et ce jusqu'à 19h00. Le dépôt d'un tel projet de loi démontrait que le Conseil d'État voulait pérenniser une prolongation de l'horaire d'ouverture du samedi pour des motifs économiques et que les arguments sanitaires invoqués pour justifier l'adoption de l'art. 12A al. 2 de l'arrêté Covid-19 n'étaient qu'un prétexte à la mise en œuvre anticipée de ladite réforme de la LHOM.
- 33) Sur quoi, cette écriture a été transmise au Conseil d'État pour information.
- 34) Par arrêté du 26 février 2021, publié dans la FAO du même jour et entré en vigueur le 1^{er} mars 2021, le Conseil d'État a modifié l'arrêté Covid-19, dont il a notamment abrogé l'art. 12A al. 2.

EN DROIT

- 1) a. La chambre constitutionnelle est l'autorité compétente pour contrôler, sur requête, la conformité des normes cantonales au droit supérieur (art. 124 let. a de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 - Cst-GE - A 2 00). Selon la législation d'application de cette disposition, il s'agit des lois constitutionnelles, des lois et des règlements du Conseil d'État (art. 130B al. 1 let. a de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05). Les arrêtés du Conseil d'État peuvent également faire l'objet d'un contrôle abstrait par la chambre constitutionnelle, pour autant qu'ils contiennent des règles de droit (ACST/35/2020 du 23 novembre 2020 consid. 1b ;

ACST/36/2020 du 23 novembre 2020 consid. 2b et les références citées), à savoir des mesures générales, destinées à s'appliquer à un nombre indéterminé de personnes, et abstraites, se rapportant à un nombre indéterminé de situations, affectant au surplus la situation juridique des personnes concernées en leur imposant une obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer ou en réglant d'une autre manière et de façon obligatoire leurs relations avec l'État, ou alors ayant trait à l'organisation des autorités (ATF 135 II 328 consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1023/2017 du 21 décembre 2018 consid. 2.2).

b. En l'espèce, le recours est formellement dirigé, indépendamment d'un cas d'application, contre l'arrêt Covid-19, tel que modifié par l'arrêt du 25 novembre 2020, à savoir un acte édicté par le Conseil d'État contenant des règles de droit, dont l'art. 12A al. 2 réglemente les horaires d'ouverture du samedi de tous les magasins sis sur le territoire cantonal. Le recours est dès lors recevable de ce point de vue, comme la chambre de céans l'a déjà admis s'agissant de précédents arrêts du Conseil d'État concernant d'autres mesures sanitaires liées à l'épidémie de Covid-19 (ACST/35/2020 précité consid. 1b ; ACST/36/2020 précité consid. 2b).

- 2) Le recours a été interjeté dans le délai légal à compter de la publication de l'arrêt litigieux dans la FAO, qui a eu lieu le 25 novembre 2020 (art. 62 al. 1 let. d et al. 3 LPA). Il respecte également les conditions générales de forme et de contenu prévues aux art. 64 al. 1 et 65 al. 1 et 2 LPA. Il est dès lors recevable aussi sous cet angle.
- 3) a. A qualité pour recourir toute personne touchée directement par une loi constitutionnelle, une loi, un règlement du Conseil d'État ou une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce que l'acte soit annulé ou modifié (art. 60 al. 1 let. b LPA). L'art. 60 al. 1 let. b LPA formule de la même manière la qualité pour recourir contre un acte normatif et en matière de recours ordinaire. Cette disposition ouvre ainsi largement la qualité pour recourir, tout en évitant l'action populaire, dès lors que le recourant doit démontrer qu'il est susceptible de tomber sous le coup de la loi constitutionnelle, de la loi ou du règlement attaqué (ACST/25/2020 du 27 août 2020 consid. 4a).

Lorsque le recours est dirigé contre un acte normatif, la qualité pour recourir est conçue de manière plus souple et il n'est pas exigé que le recourant soit particulièrement atteint par l'acte entrepris. Ainsi, toute personne dont les intérêts sont effectivement touchés directement par l'acte attaqué ou pourront l'être un jour a qualité pour recourir ; une simple atteinte virtuelle suffit, à condition toutefois qu'il existe un minimum de vraisemblance que le recourant puisse un jour se voir appliquer les dispositions contestées (ATF 145 I 26 consid. 1.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1149/2018 du 10 mars 2020 consid. 1.3).

La qualité pour recourir suppose en outre un intérêt actuel à obtenir l'annulation de l'acte entrepris, cet intérêt devant exister tant au moment du dépôt du recours qu'au moment où l'arrêt est rendu (ATF 142 I 135 consid. 1.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_682/2019 du 2 septembre 2020 consid. 6.2.2 ; ACST/22/2019 du 8 mai 2019 consid. 3b). Il est exceptionnellement possible de faire abstraction de l'exigence d'un intérêt actuel lorsque la contestation peut se reproduire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues, que sa nature ne permet pas de la trancher avant qu'elle perde son actualité et que, en raison de sa portée de principe, il existe un intérêt public suffisamment important à la solution de la question litigieuse (ATF 142 I 135 consid. 1.3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_984/2020 du 7 janvier 2021 consid. 1.2).

b. Une association ayant la personnalité juridique est habilitée à recourir en son nom propre lorsqu'elle est intéressée elle-même à l'issue de la procédure. De même, sans être touchée dans ses intérêts dignes de protection, cette possibilité lui est reconnue pour autant qu'elle ait pour but statutaire la défense des intérêts de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel (ATF 145 V 128 consid. 2.2 ; ACST/31/2020 du 2 octobre 2020 consid. 4c). En revanche, elle ne peut prendre fait et cause pour l'un de ses membres ou pour une minorité d'entre eux (arrêt du Tribunal fédéral 1C_499/2020 du 24 septembre 2020 consid. 2).

c. En l'espèce, dès lors que Mmes A_____ et B_____ travaillent dans le secteur du commerce de détail, elles sont directement concernées par la disposition litigieuse qui retarde l'heure de fermeture des magasins le samedi soir, la question de la qualité pour recourir de M. C_____ pouvant souffrir de rester indécise. Elles disposent en outre d'un intérêt actuel à recourir malgré la modification de l'art. 12A al. 2 intervenue le 21 décembre 2020, dans la mesure où elles contestent l'ouverture des magasins après 18h00 le samedi soir, étant précisé que les commerces dans lesquels elles travaillent ne sont pas concernés par les fermetures ordonnées par le Conseil fédéral dès le 18 janvier 2021, lequel a également levé dès cette date les restrictions d'horaires précédemment imposées aux commerces. En outre, malgré l'abrogation de la disposition litigieuse à compter du 1^{er} mars 2021, le recours n'a pas perdu pour autant son objet, dès lors qu'en cas de nouvelle hausse des contaminations, la mesure litigieuse pourrait de nouveau être adoptée et qu'il existe un intérêt public à trancher la question de la conformité de la disposition en cause au grief invoqué. Dans ce cadre, en cas d'admission du recours, la chambre de céans ne pourrait alors pas annuler l'acte entrepris, mais seulement en constater l'inconstitutionnalité (ACST/35/2020 précité consid. 4b).

S'agissant des associations recourantes, qui ont pour but statutaire la défense des intérêts de leurs membres, elles n'allèguent pas être directement

touchées dans leurs intérêts propres et dignes de protection de la même manière qu'un particulier, de sorte que leur qualité pour recourir à l'encontre de la disposition litigieuse ne saurait être admise sans autre. Il ressort en effet des statuts de la CGAS que celle-ci, en tant qu'organisation faîtière du mouvement syndical genevois, est composée des organisations membres qui ont accepté ses statuts, lesquelles n'apparaissent pas personnellement touchés par la réglementation litigieuse et n'auraient ainsi pas qualité pour recourir à titre individuel comme l'exige la jurisprudence précitée. Il en va de même du SIT qui, bien qu'ayant pour membres des personnes physiques pouvant se voir appliquer la disposition en cause, n'a donné aucune indication sur le nombre desdits membres et sur leur situation par rapport à l'art. 12A de l'arrêté litigieux, de sorte qu'il n'est pas non plus possible d'admettre que la majorité ou à tout le moins un grand nombre d'entre eux seraient personnellement touchés par l'arrêté en cause. Cette question pourra toutefois souffrir de rester indécise, au regard de la qualité pour recourir de Mmes A_____ et B_____.

- 4) À l'instar du Tribunal fédéral, la chambre constitutionnelle, lorsqu'elle se prononce dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes, s'impose une certaine retenue et n'annule les dispositions attaquées que si elles ne se prêtent à aucune interprétation conforme au droit ou si, en raison des circonstances, leur teneur fait craindre avec une certaine vraisemblance qu'elles soient interprétées ou appliquées de façon contraire au droit supérieur. Pour en juger, il lui faut notamment tenir compte de la portée de l'atteinte aux droits en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante et des circonstances dans lesquelles ladite norme serait appliquée. Le juge constitutionnel doit prendre en compte dans son analyse la vraisemblance d'une application conforme – ou non – au droit supérieur. Les explications de l'autorité sur la manière dont elle applique ou envisage d'appliquer la disposition mise en cause doivent également être prises en considération. Si une réglementation de portée générale apparaît comme défendable au regard du droit supérieur dans des situations normales, telles que le législateur pouvait les prévoir, l'éventualité que, dans certains cas, elle puisse se révéler inconstitutionnelle ne saurait en principe justifier une intervention du juge au stade du contrôle abstrait (ATF 146 I 70 consid. 4 ; 145 I 26 consid. 1.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_752/2018 du 29 août 2019 consid. 2 ; ACST/26/2020 du 27 août 2020 consid. 5).
- 5) a. Invoquant une violation du principe de la séparation des pouvoirs, les recourants contestent la compétence du Conseil d'État pour adopter la mesure prévue à l'art. 12A al. 2 de l'arrêté Covid-19, dans sa teneur au 25 novembre 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 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 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

d'approvisionnement (rapport explicatif concernant l'ordonnance Covid-19 situation particulière, version du 27 janvier 2021, p. 27 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/12/2020 du 1^{er} 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 autorité 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

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 présente loi, lorsqu'un intérêt commercial ou touristique évident le justifie, pendant les périodes comprises entre le 10 décembre et le 3 janvier et entre le 1^{er} 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 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.

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 pendant le mois précédant les fêtes de fin d'année, ces éléments n'apparaissent pas suffisants pour dénier un but sanitaire à l'art. 12A al. 2 de l'arrêté Covid-19, étant précisé que cette disposition est restée 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 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. 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.

Les recourants ne peuvent pas non plus se prévaloir de l'heure de fermeture des commerces fixée à 19h00 par le droit fédéral pour arguer de l'absence de but sanitaire de la mesure litigieuse. Ils perdent en particulier de vue, outre le fait que la chambre de céans n'est pas compétente pour procéder à un contrôle abstrait des normes fédérales (art. 130B LOJ a contrario), que la fermeture des commerces entre 19h00 et 6h00 prévue par l'art. 5a^{bis} de l'ordonnance Covid-19 situation particulière, depuis lors abrogé, s'appliquait à l'ensemble des magasins en Suisse, dont elle a retardé la fermeture pour 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 et fait l'objet d'un réexamen régulier, n'apparaît au 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).

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 de l'arrêté Covid-19 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 un processus législatif 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 n'avait ainsi pas à prendre l'avis des associations professionnelles intéressées au sens de l'art. 7 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 1'500.-, qui tient compte des deux décisions 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).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE

rejette, dans la mesure où il est recevable, le recours interjeté le 26 novembre 2020 par la Communauté genevoise d'action syndicale, le Syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs (SIT), Mesdames A_____ et B_____ et Monsieur C_____ contre l'art. 12A al. 2 de l'arrêté du Conseil d'État du 25 novembre 2020 modifiant l'arrêté d'application de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière du 19 juin 2020 et sur les mesures de protection de la population du 1^{er} novembre 2020 ;

met un émolument de CHF 1'500.- à la charge solidaire de la Communauté genevoise d'action syndicale, du Syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs (SIT), de Mesdames A_____ et B_____ et de Monsieur C_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que conformément aux art. 82 ss LTF, le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Christian Bruchez, avocat des recourants, ainsi qu'au Conseil d'État.

Siégeant : M. Verniory, président, M. Pagan, Mmes Lauber et McGregor, M. Knupfer, juges.

Au nom de la chambre constitutionnelle :

la greffière-juriste :

C. Gutzwiller

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :