



POUVOIR JUDICIAIRE

A/3980/2020-ABST

ACST/43/2020

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre constitutionnelle**

**Décision du 11 décembre 2020**

**sur effet suspensif**

dans la cause

**COMMUNAUTÉ GENEVOISE D'ACTION SYNDICALE**

et

**Monsieur A\_\_\_\_\_**

et

**Madame B\_\_\_\_\_**

et

**Madame C\_\_\_\_\_**

et

**SYNDICAT INTERPROFESSIONNEL DE TRAVAILLEUSES ET  
TRAVAILLEURS**

représentés par Me Christian Bruchez, avocat

contre

**CONSEIL D'ÉTAT**

Attendu, en fait, que :

- 1) Le 1<sup>er</sup> novembre 2020, le Conseil d'État de la République et canton de Genève (ci-après : le Conseil d'État) a adopté 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 (ci-après : l'arrêté du 1<sup>er</sup> novembre 2020), publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 2 novembre 2020.
- 2) L'arrêté comprend notamment les articles ci-après :

#### **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

<sup>1</sup> 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 ;

...

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

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

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

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

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

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

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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

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

<sup>2</sup> 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 20 – Clause abrogatoire

L'arrêté relatif aux mesures destinées à lutter contre l'épidémie COVID-19, du 14 août 2020, est abrogé.

### Article 21 – Entrée en vigueur et durée de validité

<sup>1</sup> Le présent arrêté entre en vigueur le 2 novembre 2020 à 19h00.

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

3) Le 25 novembre 2020, le Conseil d'État a adopté l'arrêté modifiant l'arrêté, du 1<sup>er</sup> 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 (ci-après : l'arrêté du 25 novembre 2020), publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 25 novembre 2020.

4) L'arrêté comprend notamment les articles ci-après :

### Article 1 – Modifications

L'arrêté du Conseil d'État, du 1<sup>er</sup> 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)

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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)

<sup>2</sup> 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 10m<sup>2</sup> sur la surface totale au sol disponible permettant de respecter en tout temps la distance de sécurité de 1,5 mètres ;
- 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.

- 5) Par point de presse du même jour, publié sur le site Internet de l'État de Genève, le Conseil d'État a expliqué que la volonté du gouvernement restait d'éviter toute précipitation pour contrer tout rebond épidémique et toute flambée exponentielle.
- 6) Par acte posté le 26 novembre 2020, Monsieur A\_\_\_\_\_, Mesdames C\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_, le Syndicat interprofessionnel de travailleurs et travailleuses (ci-après : le SIT) et la Communauté genevoise d'action syndicale (ci-après : la CGAS) ont conjointement interjeté recours auprès de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (ci-après : la chambre constitutionnelle), 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 de l'arrêté du Conseil d'État du 25 novembre 2020, le tout « sous suite de frais et dépens ».
- 7) Par réponse du 1<sup>er</sup> novembre 2020, le Conseil d'État a conclu au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif au recours.
- 8) Par décision du 3 décembre 2020 (ACST/39/2020), la chambre constitutionnelle a refusé d'octroyer l'effet suspensif au recours.

La mesure litigieuse visait, *prima facie*, un but sanitaire puisqu'elle avait pour objectif de diluer sur la journée les clients des magasins, facilitant en cela le respect des mesures sanitaires visant les commerces de détail décrites à l'annexe 3 de l'arrêté litigieux. Compte tenu de l'objectif poursuivi par la mesure, soit la protection de la population et l'empêchement de la propagation de la maladie à coronavirus (Covid-19), le Conseil d'État pouvait *a priori* se fonder sur les art. 113 Cst GE et

40 LEp pour déroger aux règles légales qui régissent la fermeture des magasins (cf. art. 9 al. 3 LHOM). La mesure, qui était limitée dans le temps (soit jusqu'au 17 décembre 2020), n'apparaissait au demeurant pas manifestement disproportionnée.

- 9) Par communiqué de presse du 8 décembre 2020, publié sur le site Internet de la Confédération suisse, le Conseil fédéral a indiqué qu'au cours des derniers jours, plusieurs cantons avaient pris ou annoncé de nouvelles mesures et qu'il entendait les uniformiser et les renforcer. Dans le cadre d'une consultation en vue d'une prise de décision le 11 décembre 2020, il a soumis des propositions aux cantons, dont l'une d'elles est la suivante : « les établissements de restauration, les magasins et les marchés, les installations de loisirs et de sport devront fermer leurs portes à 19h00 et rester fermés le dimanche ».
- 10) Le 9 décembre 2020, M. A\_\_\_\_\_, Mmes C\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_, le SIT et la CGAS ont formé une nouvelle « demande urgente de restitution de l'effet suspensif ».

Compte tenu des mesures envisagées par le Conseil fédéral, annoncées le 8 décembre 2020, il apparaissait évident qu'une des mesures permettant efficacement de prévenir la propagation de la pandémie était de limiter les heures d'ouverture des magasins. Il n'était dès lors plus possible de soutenir, même *prima facie*, que l'extension des horaires d'ouverture des magasins le samedi visait un but sanitaire. Cela était d'autant plus vrai que la mesure litigieuse ne déployait aucun effet contraignant à l'égard des magasins, qui demeuraient libres de fermer à 18h00.

Il était, au contraire, certain que l'extension des horaires d'ouverture du samedi était susceptible de péjorer la situation sanitaire tant pour la clientèle que pour le personnel des magasins. Les chances de succès du recours étaient donc manifestes.

Enfin, si le Conseil fédéral devait mettre en œuvre le plan de mesures présenté le 8 décembre 2020, on aboutirait à une situation « absurde et incompatible avec le droit fédéral » dans laquelle, pour des motifs sanitaires, les horaires d'ouverture des magasins le samedi seraient à la fois étendus par le Conseil d'État et restreints par le Conseil fédéral.

La chambre constitutionnelle était donc invitée à reconsidérer sa décision du 3 décembre 2020 et à octroyer l'effet suspensif au recours.

- 11) Le 10 décembre 2020, le Département de la sécurité, de l'emploi et de la santé du canton de Genève (ci-après : DSES) a publié son rapport hebdomadaire sur la situation épidémiologique COVID-19 à Genève relatif à la semaine du 30 novembre au 6 décembre 2020. Il en ressort notamment que le taux de reproduction effectif, estimé par la *Swiss National COVID-19 Science Task Force* sur la base des données de l'Office fédéral de la santé publique (ci-après : OFSP), était estimé à 0.78 à

Genève le 28 novembre 2020, alors qu'il était de 1.01 en Suisse. Ce document est disponible sur le site Internet de l'État de Genève.

- 12) Par réponse du 11 décembre 2020, le Conseil d'État s'en est rapporté à justice quant à la recevabilité de la nouvelle demande de restitution de l'effet suspensif et a conclu au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif au recours, le tout « sous suite de frais et dépens ».

S'agissant des propositions soumises par le Conseil fédéral, il a indiqué que l'heure de fermeture proposée de 19h00 ne concernait que très marginalement le commerce de détail. Une courte investigation en Romandie, à Berne, à Zurich ou à Saint-Gall montrait partout que la fermeture obligée à 19h00 ne modifierait en rien les heures de fermeture ordinaires des magasins. Partant, la proposition du Conseil fédéral ne démontrait nullement que seule une réduction des horaires d'ouverture serait propre à réduire le risque de contamination dans les commerces de détail. L'heure de fermeture à 19h00 était principalement orientée vers les établissements de restauration pour lesquels les risques de contamination étaient présents en très grande partie le soir.

Le Conseil d'État persistait ainsi dans sa motivation de l'extension des horaires du samedi de 18h00 à 20h00, à savoir qu'elle permettait de répartir les clients sur une plus longue période, réduisant ainsi les risques de contamination.

- 13) Par communiqué de presse du même jour, le Conseil fédéral a notamment ordonné la fermeture à 19h00 des restaurants, bars, magasins, marchés, musées et bibliothèques et installations de sport et de loisirs, dès le samedi 12 décembre 2020. Ils devraient également rester fermés le dimanche et les jours fériés. Les cantons dont l'évolution épidémiologique était favorable peuvent repousser l'heure de fermeture jusqu'à 23h00, à condition qu'ils affichent, durant au moins sept jours, un taux de reproduction du virus inférieur à 1 ainsi qu'une incidence calculée sur sept jours inférieure à la moyenne suisse. Ils devaient également garantir le traçage des contacts et le bon fonctionnement de leur système de soins de santé grâce à des capacités suffisantes. Tout canton qui souhaitait étendre les heures d'ouverture sur son territoire devait s'accorder avec les cantons limitrophes.

- 14) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 1) La recevabilité du recours sera examinée dans l'arrêt au fond.
- 2) Les mesures provisionnelles, y compris celles sur effet suspensif, sont prises par le président ou le vice-président ou, en cas d'urgence, par un autre juge de la chambre constitutionnelle (art. 21 al. 2 et 76 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

3) a. Selon l'art. 66 LPA, en cas de recours contre une loi constitutionnelle, une loi ou un règlement du Conseil d'État, le recours n'a pas d'effet suspensif (al. 2) ; toutefois, lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, restituer l'effet suspensif (al. 3). D'après l'exposé des motifs du projet de loi portant sur la mise en œuvre de la chambre constitutionnelle, en matière de recours abstrait, l'absence d'effet suspensif automatique se justifie afin d'éviter que le dépôt d'un recours bloque le processus législatif ou réglementaire, la chambre constitutionnelle conservant toute latitude pour restituer, totalement ou partiellement, l'effet suspensif lorsque les conditions légales de cette restitution sont données (PL 11311, p. 15).

b. Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation, qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1). Pour effectuer la pesée des intérêts en présence (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_239/2014 du 14 mai 2014 consid. 4.1), l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).

L'octroi de mesures provisionnelles – au nombre desquelles figure l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER / Astrid HIRZEL, *Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen*, in Isabelle HÄNER / Bernhard WALDMANN [éd.], *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, 2013, 61-85, p. 63) – présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405). En matière de contrôle abstrait des normes, l'octroi de l'effet suspensif suppose en outre généralement que les chances de succès du recours apparaissent manifestes (Stéphane GRODECKI / Romain JORDAN, *Code annoté de procédure administrative genevoise*, 2017, n. 835 ss ; Claude-Emmanuel DUBEY, *La procédure de recours devant le Tribunal fédéral*, in François BELLANGER / Thierry TANQUEREL [éd.], *Le contentieux administratif*, 2013, 137-178, p. 167).

4) La décision du 3 décembre 2020 (ACST/39/2020), rendue par la chambre constitutionnelle dans le cadre de la présente procédure, expose les dispositions légales relatives au principe de la légalité et aux mesures prises par la Confédération et le canton de Genève pour lutter contre l'épidémie de COVID-19. Il suffit d'y renvoyer.

- 5) En l'espèce, se fondant sur le communiqué de presse du Conseil fédéral du 8 décembre 2020, les recourants font valoir qu'il n'est plus possible de soutenir, même *prima facie*, que la mesure litigieuse viserait un but sanitaire.

Ce point de vue ne convainc pas. La chambre de céans a déjà examiné, *prima facie*, la question de savoir si le Conseil d'État pouvait se baser sur les dispositions fondant le droit d'urgence et de nécessité pour déroger aux règles légales régissant la fermeture des magasins. Elle a retenu que tel était le cas : à première vue, la mesure visait un but sanitaire, dont l'objectif était de diluer sur la journée les clients des magasins, facilitant en cela le respect des mesures sanitaires visant les commerces de détail décrites à l'annexe 3 de l'arrêté litigieux (cf. ACST/39/2020 précité). Dans le cadre de la présente demande, les recourants font valoir les mêmes arguments que dans leur recours du 26 novembre 2020. Par conséquent, il peut être renvoyé à la décision précitée dans la mesure où la situation n'a pas changé depuis. En effet, contrairement à ce que soutiennent les recourants, le fait que le Conseil fédéral ait pris des mesures sur le plan national ne modifie pas le résultat auquel est parvenu la chambre de céans. Outre que la chambre constitutionnelle n'est pas compétente pour procéder à un contrôle abstrait des mesures fédérales (art. 130B de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ *a contrario*), les recourants ne peuvent en tirer argument pour conclure à l'absence de but sanitaire de la mesure litigieuse. Ainsi que l'a relevé l'intimé, les mesures fédérales ont pour objectif de réduire les contacts et éviter les rassemblements de personnes. En tant qu'elles préconisent une approche globale de la situation sanitaire en Suisse, s'appliquant indifféremment aux restaurants, bars, magasins, marchés, musées, bibliothèques et installations de sport et de loisirs, on ne saurait en déduire que seule une réduction des horaires d'ouverture serait propre à réduire le risque de contamination dans les commerces de détail. La mesure litigieuse vise une situation plus spécifique, liée à l'affluence des clients dans les magasins, et cherche *a priori* à en diluer le nombre sur la journée, de manière à diminuer le risque de files d'attente à l'entrée des magasins et faciliter le respect des mesures sanitaires.

Il suit des considérants qui précèdent que les chances de succès du recours n'apparaissent toujours pas *prima facie* à ce point manifestes qu'il se justifierait de déroger à la pratique de refuser l'effet suspensif dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes.

Il s'ensuit que la demande d'octroi de l'effet suspensif sera rejetée.

- 6) Le sort des frais sera quant à lui réservé jusqu'à droit jugé au fond.

## LA CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE

refuse d'octroyer l'effet suspensif au recours ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée 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 de recours 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Christian Bruchez, avocat des recourants, ainsi qu'au Conseil d'État.

Au nom de la chambre constitutionnelle :

Le président :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :