REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE
Département de la sécurité, de l'emploi et de la santé
Le Conseiller d'Etat

Cour de justice
Chambre constitutionnelle
R 27 NOV. 2020 GRA
Déposé au guichet 15h15

DSES
Case postale 3952
1211 Genève 3

RECOMMANDE
Chambre constitutionnelle
Rue Saint-Léger 10
CP 1956
1211 Genève 1

407785-2020
A/3720/2020 MGL ABST

Genève, le 27 novembre 2020

Concerne : A/3720/2020 MGL ABST – recours de MM. Jean De Loÿe et Eric Bertinat contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 1er 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

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les Juges,

Le Conseil d'Etat (ci-après : l'autorité intimée), soit pour lui le département chargé de la santé, a pris connaissance du recours formé le 6 novembre 2020 par-devant la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice par MM. Jean De Loÿe et Eric Bertinat (ci-après : les recourants), contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 1er 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.

Le 18 novembre 2020, un nouvel arrêté du Conseil d'Etat est entré en vigueur. Néanmoins, la mesure d'interdiction des services religieux prévue à l'art. 18 al. 2 de l'arrêté entrepris a été reconduite sans modification.

L'autorité intimée conteste d'emblée tous les allégués contraires aux siens et vous présente les observations et conclusions qui suivent.

I. EN FAIT

1. Le 26 février 2020, un premier cas avéré d'infection au SARS-CoV-2 est identifié dans le canton de Genève.

   Pièce 1

2. Le 28 février 2020, sur la base de l'art. 6 de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies ; RS 818.101), le Conseil fédéral constate une « situation particulière » et prend les premières mesures collectives au niveau national en interdisant les rassemblements de plus de 1000 personnes en édictant l'Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19), du 28 février 2020 (RS 818.101.24), désormais abrogée.

   Pièce 2

3. A compter du 16 mars 2020 et en fonction de l'évolution des indicateurs épidémiologiques, en particulier du nombre de personnes hospitalisées en raison d'une maladie de COVID-19, et des modifications du droit fédéral, l'autorité intimée a édicté de nombreux arrêtés successifs destinés à introduire ou à lever les mesures de lutte contre l'épidémie.

   Fait notoire

4. Au plus fort de la première vague de l'épidémie, soit entre le 30 mars et le 2 avril 2020, le canton de Genève recensait entre 254 et 293 nouvelles infections quotidiennes pour un total de 424 hospitalisations en cours de patients atteints de la maladie de COVID-19.

   Pièce 3

5. Entre mai et juillet 2020, ces chiffres sont retombés à des niveaux variables et relativement stables, situés entre 1 et 5, qu'il s'agisse des nouveaux cas ou des hospitalisations en cours.

   Pièce 3

6. Par arrêtés des 24, 31 juillet et 14 août 2020, le Conseil d'Etat a ainsi imposé certaines mesures dans les établissements publics, notamment le port du masque pour le personnel, puis, l'obligation de consommer assis et l'obligation de tracer les clients.

   Pièces 4 (arrêté du Conseil d'Etat du 24 juillet 2020), 5 (arrêté du Conseil d'Etat du 31 juillet 2020) et 6 (arrêté du Conseil d'Etat du 14 août 2020)

7. Malgré cela, l'évolution de la pandémie a été relativement rapide. L'on constate par exemple que la semaine 37 (du 7 au 13 septembre 2020), le nombre quotidien de nouvelles personnes infectées rendait encore possible de tracer les origines des contaminations.

   Pièce 3

8. Entre le 23 octobre (date de l'arrêté précédant l'arrêté entrepris) et le 1er novembre 2020, le nombre de patient hospitalisés en raison d'une maladie de COVID-19 est passé de 228 à 474.

   Pièce 3

9. Le nombre de personnes hospitalisées, conjugué à une flambée des cas de personnes testées positives au SARS-CoV-2 (1338 cas positifs le 30 octobre 2020), ont déterminé l'autorité intimée à prendre des mesures fortes visant à prévenir une saturation des capacités des prises en charge hospitalière des malades.

   Pièce 3

10. Il faut rappeler que les effets structurels produits par les mesures, notamment la diminution du nombre de personnes nécessitant une hospitalisation, sont visibles avec un décalage de plusieurs jours (entre 9 et 15 jours), ce que la tendance au moment de la rédaction de ces écritures semble confirmer.

    Pièce 3

11. Le 1er novembre 2020, l'autorité intimée a décidé de la fermeture de l'ensemble des commerces et établissements qui ne vendent pas de biens de consommation courante et établissements publics ainsi que de l'arrêt de toutes les activités proposant des prestations impliquant des contacts physiques étroits (p. ex. coiffeurs, esthéticiens, barbiers, tatoueurs), ainsi que les activités relevant de la prostitution et autres activités assimilées (massages érotiques).

    De même, les manifestations publiques et privées de plus de 5 personnes, à l'intérieur comme à l'extérieur, y compris dans le cercle familial ont été interdites.

    Les services religieux et autres manifestations religieuses ont également été interdits.

    Pièce 7

12. Ces mesures sont fondées sur un même constat, la transmission du SARS-CoV-2 suggèrent que la propagation du SARS-CoV-2 se fait surtout par des contacts de personne à personne.

    Pièce 8

13. L'autorité intimée a donc cherché, tant et aussi longtemps qu'elle l'a pu, à contenir l'épidémie par des mesures individuelles de réduction du risque d'infection.

    Absence de preuve contraire

14. Les mesures de distanciation sociale (distance interpersonnelle, port du masque, hygiène des mains) permettant de réduire le risque sont efficaces jusqu'à un certain point pour limiter l'augmentation du nombre de personnes infectées, partant de personnes hospitalisées. Toutefois, lorsque le système de prise en charge hospitalière tend vers une saturation (les nouvelles entrées ne sont plus compensées par un nombre égal ou supérieur de sorties), la réduction du risque de transmission n'est plus suffisantes, des mesures impliquant la suppression des rapports interpersonnels dans des lieux où la propagation du virus est favorisée apparaît comme le seul moyen à même d'éviter l'engorgement.

    Pièce 3

    Pièce 9

15. Compte tenu des projections qui indiquaient, toutes choses égales par ailleurs, qu'une saturation des capacités de prise en charge du système de santé interviendrait durant la deuxième semaine de novembre, l'autorité intimée a pris les mesures dont est recours le 1er novembre 2020.

16. Par courrier recommandé du 2 novembre 2020 adressé au service du médecin cantonal (SMC), M. Jean de Loÿe a sollicité une dérogation à la mesure de fermeture afin que les cultes du samedi et dimanche puissent avoir lieu sans limitations du nombre de fidèle.

    Pièce 9 recourants

17. Par courrier du 16 novembre à la signature de la médecin cantonale, la demande de dérogation a été refusée. La décision de refus de la médecin cantonale était désignée comme telle et indiquait le délai et la voie de recours prévue.

Pièce 10

18. La messe catholique prend place dans un lieu clos où se réunissent les fidèles pendant une durée prolongée, à tout le moins pendant une heure.

Fait notoire

19. La tenue du culte implique que les fidèles s'y rendent par divers moyens dont les transports en commun. Au demeurant, il ne peut être exclu que les fidèles se retrouvent et se côtoient avant et après le culte quand bien même un service de sécurité a été engagé pour les enjoindre à ne pas rester sur place.

Absence de preuve contraire

20. Par courrier recommandé du 20 novembre 2020, par l'intermédiaire de son conseil Me Yves Nidegger, la demande de dérogation a été réitérée.

Pièce 11

21. La demande faisait état des indications suivantes, « en temps ordinaire, deux messes ouvertes au public sont célébrées chaque jour, ainsi que la messe dominicale qui réunit ordinairement 450 fidèles ».

Ecritures de recours, n°1.3 / 1), p. 4

22. Par courrier du 23 novembre 2020, la Médecin cantonale a refusé à nouveau d'accorder la dérogation sollicitée. En substance, il était indiqué que des « clusters » avaient bien été identifiés suite à la tenue de cultes, que la levée des mesures de fermeture concernant les services à la personne trouvait une justification en raison du petit nombre de personnes qui s'y trouvent simultanément et que l'autorité intimée, comme tout un chacun, comprenait bien l'importance du culte pour les fidèles mais que, le système de santé étant encore soumis à une tension énorme, il était trop tôt pour décider de leur reprise.

Pièce 12

23. Le courrier précité indiquait à nouveau expressément son caractère décisionnel en précisant le délai et la voie de recours.

Pièce 12

24. L'autorité intimée a fait part de sa stratégie en matière de levée des mesures d'interdiction et de fermetures lors d'un point presse du 18 novembre 2020 précisant, en substance, qu'en fonction d'une évolution positive de la situation en termes de nouveaux cas et d'hospitalisations, elle analysera régulièrement la pertinence de les assouplir.

Les dernières statistiques démontrant scientifiquement la pertinence de limiter les contacts sociaux, le Conseil d'Etat remercie la population qui contribue de manière significative à limiter la propagation du virus en ne quittant son domicile que de manière restrictive.

L'autorité intimée ajoutait qu'une forte tension pèse toujours sur le système sanitaire genevois. Au moment de cette prise de parole, le 18 novembre 2020, 606 personnes étaient prises en charge par les structures hospitalières cantonales (Hôpitaux universitaires de Genève et cliniques confondus), 80 d'entre elles nécessitant une prise en charge en lit de réanimation (soins intensifs et intermédiaires).

Pièce 13

II. EN DROIT

A. A LA FORME

L'autorité intimée s'en remet à l'appréciation de la Chambre de céans concernant la recevabilité du recours.

Pour le surplus, les présentes écritures sont déposées dans le délai et les formes prévus à cet effet et sont donc recevables.

B. AU FOND

De la requête en restitution de l'effet suspensif

Selon l'art. 66 al LPA, en cas de recours contre une loi constitutionnelle, une loi ou un règlement du Conseil d'Etat, le recours n'a pas effet suspensif (al. 2). Toutefois, lorsque 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, retirer ou restituer l'effet suspensif (al. 3).

Selon l'exposé des motifs relatif au PL 11311 introduisant l'alinéa 2 précité[1], *en matière de recours abstrait, il n'est pas concevable que le dépôt du recours bloque le processus législatif ou réglementaire. Il est dès lors proposé de supprimer l'effet suspensif automatique, la chambre constitutionnelle conservant toute latitude pour restituer, totalement ou partiellement, l'effet suspensif lorsque les conditions légales de cette restitution sont données.*

De jurisprudence constante[2], 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.

En l'espèce, au moment où l'autorité intimée a adopté l'arrêté entrepris, le nombre d'hospitalisations liées à une maladie de COVID-19 augmentait à un tel rythme qu'une saturation dans le courant de la deuxième semaine de novembre était une hypothèse plus que sérieusement envisagée. L'autorité intimée rappellera qu'entre le 23 octobre et le 1er novembre le nombre de patients hospitalisés est passé de 228 à 474 (env. +107.89%), soit plus que doublé.

Du fait de cette augmentation extrêmement rapide et du décalage constaté entre le moment où des mesures sont décidées et leurs effets réels sur les capacités de prise en charge du système de santé, un recours dont l'effet suspensif serait donné priverait automatiquement ces mesures de tout effet.

Au vu de la rapidité avec laquelle ces chiffres ont évolué sur un période de 10 jours et du nombre de cas positifs quotidien (oscillant entre 354 et 852) à la même période, il existait un intérêt manifeste et légitime à ce que des mesures puissent prendre effet immédiatement afin de permettre la continuation des prises en charge sans recourir au tri des patients.

---

[1] MGC 28-29 novembre 2013, session II, tome I (16/20)
[2] ATA/1098/2016 du 23 décembre 2016 consid. 6 c. et les références citées

L'interdiction des cultes, de même que celles de nombreuses autres activités économiques ou sociales, est intervenue uniquement lorsqu'il était acquis que les mesures d'intensité moindre n'étaient plus en mesure de juguler l'augmentation du nombre de personnes hospitalisées.

Au demeurant, l'autorité intimée, contrairement aux allégations des recourants, n'a pas « profondément changé sa doctrine » (écritures complémentaires de recours, p. 2, 6ème par.) en estimant que la réouverture de certaines activités dites de services à la personne pouvait intervenir à compter du 21 novembre 2020.

En effet, s'il est établi que toute activité impliquant des rapports interpersonnels soit susceptible de constituer un foyer de contamination (cf. écritures de recours complémentaires du 23 novembre 2020, p. 2, 5ème par.), ces foyers potentiels ne constituent évidemment pas un risque identique en terme de santé publique. Un service impliquant quelques individus ne représentant évidemment pas un foyer potentiel identique, et un risque de propagation en découlant, à une messe dominicale où se retrouveraient 450 fidèles.

A ce titre, l'objectif principal et annoncé a toujours été de maintenir une disponibilité suffisante des structures hospitalières permettant de traiter l'ensemble des malades sans qu'un tri des patients ne s'impose comme seule solution.

Lorsque le risque de saturation des capacités de prises en charge constaté à une échéance située à la deuxième semaine de novembre (et au vu de l'évolution sur les 10 jours précédents), les moyens visant à réduire le risque de contamination dans la population (distance, port du masque, hygiène des mains) apparaissaient clairement insuffisants à prévenir cette saturation.

Dès lors, la seule possibilité disponible consistait à recourir aux mesures qui permettent de supprimer partiellement le risque de contamination dans certains lieux par le biais de l'anéantissement d'un certain nombre de relations sociales. Cette mise à néant est une mesure drastique, que l'autorité intimée a reportée aussi longtemps que possible mais dont la nécessité ne peut être contestée.

L'autorité intimée rappelle que les exceptions prévoyant, notamment, que les assemblées politiques ou de sociétés puissent se tenir dans le respect de plans de protection relèvent directement du droit fédéral (cf. Ordonnance COVID-19 situation particulière; RS 818.101.26). Au vu de l'évolution de la situation sanitaire et du risque d'engorgement manifeste des capacités de prise en charge, certains choix ont dû être opérés.

S'agissant des cultes en particulier, les allégations selon lesquelles les mesures de protection prises lors des cultes catholiques rendraient *de facto* les contaminations inenvisageables entre fidèles ne peuvent être suivies (cf. écritures complémentaires de recours, p. 3, 1er par.). Les assemblées de personnes dans des lieux clos, quand bien même des mesures de protections sont prises, favorisent les contaminations.

Ces contaminations sont susceptibles de se produire également dans la mesure où les personnes doivent se rendre sur le lieu du culte. Un service de sécurité qui se préoccupe que ces personnes ne s'attardent pas sur le parvis ne peut nullement assurer que des groupes ne se forment hors du parvis. Au demeurant, l'allégation selon laquelle serait un fait notoire qu'elles s'y rendent toutes à pieds ou au moyen de leur propre véhicule est sans fondement (cf. écritures complémentaires de recours, p. 3, 1er par.).

L'autorité intimée est parfaitement consciente de l'entrave que représente ces mesures à la pratique de la foi, notamment catholique. Elle rappellera toutefois qu'elles sont temporaires et sont appelées à être levées si la tendance observée au moment de la rédaction des présentes écritures se confirme.

Toutefois, cette tendance doit impérativement s'inscrire dans la durée pour être suivi d'effets sur les capacités du système de santé. Comme indiqué ci-avant, il existe une certaine latence entre le moment où des mesures prennent effet et la diminution du nombre de personnes hospitalisées. Ainsi, l'intérêt public au maintien de la mesure d'interdiction des cultes doit toujours être considéré comme prépondérant.

Pour l'ensemble de ces motifs, l'autorité intimée s'oppose à ce que l'effet suspensif soit accordé par la Chambre de céans.

* * * *

III. **CONCLUSIONS**

PAR CES MOTIFS

LE CONSEIL D'ETAT DE LA REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE,
soit pour lui le département chargé de la santé

conclut à ce qu'il

PLAISE A LA CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE
DE LA COUR DE JUSTICE

A la forme

- Prendre acte que le Conseil d'Etat s'en remet à l'appréciation de la Chambre de céans relativement à la recevabilité du recours du 6 novembre 2020 ;
- débouter MM. Jean De Loÿe et Eric Bertinat de toutes autres ou contraires conclusions.

Au fond

- Rejeter la demande d'octroi d'effet suspensif au recours conformément à l'article 66 alinéa 3 LPA ;
- débouter MM. Jean De Loÿe et Eric Bertinat de toutes autres ou contraires conclusions ;
- condamner MM. Jean De Loÿe et Eric Bertinat en tous les frais et dépens de la présente cause.

* * * * *

Je vous prie de croire, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Juges, à l'assurance de ma parfaite considération.

Mauro Poggia

Annexe : 1 bordereau et 13 pièces