

Pratique du droit administratif

# Les grands principes du droit administratif

Edité par  
François Bellanger et Frédéric Bernard

Schulthess  
ÉDITIONS ROMANDES



# Les grands principes du droit administratif

Édité par  
François Bellanger et Frédéric Bernard

Citation suggérée: FRANÇOIS BELLANGER / FRÉDÉRIC BERNARD (éds), *Les grands principes du droit administratif*, collection «Pratique du droit administratif», Schulthess Éditions Romandes 2022

ISBN 978-3-7255-8814-5

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich 2022  
[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Diffusion en France: LEXTENSO – La Grande Arche – Paroi Nord – 1, Parvis de La Défense,  
92044 Paris La Défense  
[www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,  
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;  
courriel: [patrimoine@telenet.be](mailto:patrimoine@telenet.be)

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

# Sommaire

THIERRY TANQUEREL	Les grands principes : origine, état des lieux et perspectives .....	9
CLÉMENCE GRISEL RAPIN	La légalité .....	37
FRANÇOIS BELLANGER	Le principe de la proportionnalité ....	63
PHILLIP LANDOLT	La proportionnalité comme principe réglant le pouvoir d'appréciation en droit anglais et américain .....	87
VÉRONIQUE BOILLET	L'égalité de traitement <i>Portée pratique à l'aune de la pandémie</i> .....	111
MILENA PIREK	L'application du droit dans le temps et la non-rétroactivité .....	135
FRÉDÉRIC BERNARD	La protection de la bonne foi .....	155

# L'égalité de traitement

## *Portée pratique à l'aune de la pandémie*

VÉRONIQUE BOILLET<sup>1</sup>

*Professeure à l'Université de Lausanne*

### I. Introduction

Il existe un rapport historique étroit entre l'égalité de traitement et les libertés : le principe étant que l'État doit respecter la dignité et la liberté de chacun·e dans une égale mesure<sup>2</sup>. Contrairement aux libertés, l'égalité de traitement ne vise pas certains comportements humains déterminés, mais présente une portée générale<sup>3</sup>. Aucun domaine de l'action publique n'est exclu de son champ d'application<sup>4</sup>.

Fort de ce premier constat, la pandémie a constitué et continue de constituer un défi particulièrement complexe pour les autorités : lorsqu'elles ont dû adopter des mesures restrictives limitant fortement les libertés ou lorsqu'elles ont octroyé des prestations financières de soutien, il leur appartenait de respecter la garantie d'égalité. Dans le même sens, le processus d'assouplissement des mesures restrictives représente également un défi au regard de la garantie d'égalité, la levée des mesures par étapes étant susceptible de faire naître des différences de traitement.

Si cette présentation visera dans un premier temps à rappeler les fondements théoriques de la garantie d'égalité de traitement, elle permettra

---

1 L'auteure remercie vivement M<sup>me</sup> Dominique Tran, assistante diplômée, des recherches qu'elle a effectuées et M<sup>me</sup> Ella Volz, assistante-étudiante, de sa relecture attentive du manuscrit.

2 ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10<sup>e</sup> éd., Zurich 2020, n° 744.

3 GIOVANNI BIAGGINI, « Art. 8 Cst. », in : *Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2017, n° 7; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 745; GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2021, n° 1119.

4 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 745.

surtout d'illustrer les différentes problématiques liées à l'application du principe d'égalité par des exemples issus de décisions rendues dans le contexte de la pandémie. En raison de cette approche pratique, notre analyse se limitera aux problématiques de l'égalité dans et devant la loi et n'abordera pas les notions d'égalité au-delà de la loi – couvrant « l'impact d'une loi » – par la loi – visant à assurer une égalité de chances – ou sans la loi – couvrant d'autres types de mesures en dehors du cadre normatif<sup>5</sup>. Nous concluons finalement cette présentation par l'examen des questions que soulève le certificat COVID sous l'angle de l'égalité de traitement.

## II. L'égalité de traitement

À titre introductif, il y a tout d'abord lieu de rappeler quelques généralités relatives à l'application de la garantie d'égalité. Nous aborderons ensuite les problématiques spécifiques de l'égalité *dans* et *devant* la loi en nous appuyant sur des illustrations déduites des mesures adoptées pour faire face à la pandémie.

Rappelons tout d'abord que le champ d'application de la garantie d'égalité est étendu et bénéficie à toutes les personnes physiques, les personnes morales de droit privé ainsi que certaines organisations de droit public<sup>6</sup>. L'application de la garantie d'égalité implique de procéder en deux étapes: il s'agit de commencer par une comparaison, puis d'examiner dans quelle mesure une différence de traitement ou une assimilation peut recevoir une justification suffisante. Comme le rappelle MARTENET, la question de savoir si la garantie d'égalité peut être limitée « demeure controversée »<sup>7</sup>.

MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET relèvent par ailleurs à juste titre que « l'égalité de traitement est un principe étrange. Rien n'est plus simple

<sup>5</sup> Sur ces notions, cf. VINCENT MARTENET, « art. 8 Cst. », in: MARTENET/DUBEY (édit.), *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, Bâle 2021, n° 24 ss.

<sup>6</sup> Tel est le cas des « entités ayant un statut de droit public, mais jouissant d'une autonomie significative par rapport à l'État telles que les sociétés anonymes ayant un statut de droit public à l'instar de Swisscom SA (art. 2 de la loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunication, 784.11) » et des communes, MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 16. Voir également BIAGGINI (n. 3) n° 6.

<sup>7</sup> MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 13.

à concevoir [...]. Mais rien n'est plus compliqué à concrétiser »<sup>8</sup>. La garantie d'égalité soulève en effet tout d'abord des difficultés en lien avec la comparaison qu'elle nécessite, dès lors que toutes les situations sont susceptibles de présenter des différences ou des similitudes les unes avec les autres. À cet égard, MOOR rappelle qu'« il n'y a d'égalité qu'entre des égaux, qu'il faut définir; mais l'identique n'existe pas »<sup>9</sup>. En d'autres termes, il s'agit de définir quelles situations peuvent être jugées comparables. Or cette définition implique une sélection « qui relève de la politique – législative ou judiciaire »<sup>10</sup> visant à déterminer les éléments pertinents. En pratique, le processus d'analyse va se fonder sur l'objectif visé et les effets escomptés de manière à « établir si les caractéristiques spécifiques qui sont présupposées être topiques dans les choix opérés par l'autorité reproduisent celles qui sont données dans la réalité, de telle manière que le but visé soit atteint »<sup>11</sup>. En définitive, « la comparabilité est une question de degré »<sup>12</sup>.

Est étroitement liée à cette difficulté l'exigence de justification d'une différence de traitement ou d'une assimilation, en ce sens que la justification peut dans certains cas viser à remettre en cause la comparaison en démontrant que la distinction peut se justifier alors même qu'elle vise des cas très similaires ou que l'assimilation est acceptable bien qu'elle concerne des situations qui diffèrent largement<sup>13</sup>. On qualifie alors la justification d'*interne* ou de *situationnelle*, « la distinction ou l'assimilation [étant] la conséquence du but poursuivi »<sup>14</sup>. La justification peut également se déduire de motifs externes à la comparaison : il s'agit alors de justifications *finalistes*, la distinction ou l'assimilation étant alors destinées à poursuivre un but et représentant un moyen en ce sens<sup>15</sup>. À noter toutefois qu'en pratique, la justification poursuivra souvent des

---

8 PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, *Droit administratif*, Vol. I, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2012, p. 839.

9 PIERRE MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris 2005, § 3.3, p. 126.

10 *Ibid.*

11 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 841.

12 MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 39.

13 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 844.

14 MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 41.

15 *Id.*, n° 42.

éléments tant situationnels que finalistes<sup>16</sup>. À cet égard, rappelons que si le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question de savoir si les conditions de restriction des droits fondamentaux prévues à l'article 36 Cst.<sup>17</sup> sont applicables lors de l'examen de la justification d'une différence de traitement ou d'une assimilation, la majorité de la doctrine juge que les exigences de l'article 36 Cst. doivent s'appliquer, à tout le moins par analogie<sup>18</sup>.

Relevons finalement que les tribunaux procèdent à un examen plus strict des conditions d'application de l'article 8, alinéa 1, Cst. dans certains domaines tels que ceux relevant du champ d'application des droits fondamentaux ou de prestations de l'État<sup>19</sup>. Tel devait dès lors être le cas dans le contexte de pandémie, dès lors qu'il s'est tout particulièrement agi de restrictions aux libertés fondamentales et de prestations financières de soutien octroyées par l'État.

## A. L'égalité dans la loi

### 1. *Rappel théorique*

De manière à respecter l'exigence d'égalité *dans* la loi, il appartient au législateur de s'assurer que la loi ne prévoit pas de différences de traitement ou d'assimilations injustifiées au vu du but poursuivi<sup>20</sup>.

L'ensemble des actes normatifs sont visés, que ce soit au niveau fédéral, cantonal ou communal<sup>21</sup>. En raison de la structure fédérale de la Confédération<sup>22</sup>, le droit à l'égalité de traitement se limite toutefois au domaine de compétence d'une seule entité publique et ne vise pas des

<sup>16</sup> MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 844 ss.

<sup>17</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

<sup>18</sup> BIAGGINI (n. 3) n° 16; MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 42; RAINER J. SCHWEIZER/MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER/REGULA KÄGI-DIENER, « art. 8 Cst. », in: EHRENZELLER *et al.* (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2014, n° 14.

<sup>19</sup> MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 45.

<sup>20</sup> MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 850.

<sup>21</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 750; MALINVERNÍ/HOTTELLIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1125; MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 19.

<sup>22</sup> MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 19.

actes émanant de différents cantons<sup>23</sup>. En effet, si la garantie d'égalité devait avoir une portée générale, cela entraînerait alors « une centralisation que la Constitution fédérale ne prévoit nulle part »<sup>24</sup>. Cette « limite institutionnelle »<sup>25</sup> à la garantie d'égalité a parfois eu pour conséquences d'entraîner certaines incohérences dans le contexte de pandémie susceptibles de faire naître des doutes au sein de la population quant à la justification de certaines mesures sanitaires<sup>26</sup>.

Dès lors que l'identification abstraite de caractéristiques pertinentes se heurte à la complexité de la réalité, HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR soulignent que l'article 8, alinéa 1, Cst. ne peut viser qu'une égalité relative, en ce sens que les choses semblables doivent être traitées de manière égale en fonction de leur niveau de similitude et que les choses dissemblables doivent être traitées de manière différente en fonction de leur niveau de dissemblance. Seule l'égalité entre femmes et hommes et l'égalité de vote entre tous les citoyen·ne·s au sens de l'article 136, al. 1, Cst. ont une portée absolue<sup>27</sup>. En d'autres termes, il faut admettre avec MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET que « la garantie juridique de l'égalité dans la loi permet seulement de poser les limites au-delà desquelles ce jugement est en réalité une non-valeur »<sup>28</sup>.

Fort de ce constat, il est admis que le législateur bénéficie d'une marge de manœuvre importante<sup>29</sup>. Selon le Tribunal fédéral, « un arrêté viole le principe d'égalité consacré à l'article 8, alinéa 1, Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'il omet de

---

23 ATF 143 II 87, c. 6.3.1; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1151; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 750; MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 19.

24 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 848.

25 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1150.

26 Voir par ex. la variété des mesures adoptées dans le contexte scolaire, SOPHIE GAITZSCH, *Genève va vacciner les élèves du cycle: toute l'info sur le Covid à l'école*, disponible sur le site internet: <<https://www.heidi.news/apprendre-travailler/toute-l-info-sur-le-covid-a-l-ecole>> (19.10.2021).

27 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 751 ss.

28 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 854.

29 Arrêt TF 1C\_468/2019 du 8 juin 2020, c. 3.1; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1142; MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 19; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 855.

faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. L'inégalité apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement.»<sup>30</sup>. Cette marge de manœuvre permet au législateur d'adopter des réglementations présentant un certain schématisme sans que cela soit contraire au principe d'égalité<sup>31</sup>.

Seule une situation de fait importante peut justifier un traitement différent ou semblable<sup>32</sup>. Le législateur dispose néanmoins d'un large pouvoir d'appréciation quant à la question de savoir s'il existe un motif raisonnable permettant de justifier une distinction ; cette question peut recevoir des réponses différentes suivant les époques et les idées dominantes<sup>33</sup> et qui ne se déduisent pas du ressenti subjectif des administré·e·s, mais de l'opinion juridique ou des valeurs dominantes<sup>34</sup>. Comme le relève MOOR, le risque existe toutefois que l'on arrive à une tautologie, étant égal ce qui est jugé égal selon les conceptions dominantes<sup>35</sup>. Des outils peuvent cependant contribuer à une plus grande objectivité, par exemple en indiquant les tendances législatives suisses qui sont généralement approuvées dans la littérature<sup>36</sup>. En d'autres termes : « le regard de la justice [...] les conceptions culturelles, sociales, politiques, économiques de l'époque, en même temps que ses idéaux. [...] une justice qui, synthétique aussi, intègre la systématique de la Constitution, en y faisant émerger le mouvement des valeurs que (et qui) porte la société, dans la mesure où la position du juge constitutionnel l'autorise »<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> ATF 146 II 56, c. 9.1 et les références citées.

<sup>31</sup> ATF 136 I 1, c. 4.3.1 ; MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 18 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 856 ; SCHWEIZER/BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (n. 18) ad art. 8 Cst., n° 22.

<sup>32</sup> ATF 145 I 73, c. 5.1 ; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 758.

<sup>33</sup> ATF 145 I 73, c. 5.1 ; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1130 ss.

<sup>34</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 758.

<sup>35</sup> MOOR (n. 9) § 3.1, p. 125.

<sup>36</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 759.

<sup>37</sup> MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 841 ss.

Relevons finalement qu'en raison des principes fédéralistes, démocratiques et de séparation des pouvoirs<sup>38</sup>, le Tribunal fédéral exerce son contrôle avec retenue à l'égard des actes normatifs cantonaux et ne sanctionne que les violations manifestes du principe d'égalité<sup>39</sup>, cela d'autant plus lorsqu'il intervient dans le cadre d'un contrôle abstrait<sup>40</sup> – le contrôle concret permettant dans un deuxième temps de s'assurer du respect du principe d'égalité<sup>41</sup>.

Les difficultés liées au respect par le législateur de la garantie d'égalité peuvent être illustrées par plusieurs exemples d'arrêts rendus en lien avec la pandémie.

## 2. Exemples en lien avec la pandémie

La Cour constitutionnelle du canton du Jura a ainsi eu l'occasion de se pencher sur une question d'assimilation injustifiée dans le cadre d'un contrôle de validité de l'ordonnance cantonale du 30 juin 2020 portant introduction de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière, principalement de son article 5a<sup>42</sup>. Il s'agissait d'un recours contre l'obligation de porter le masque dans les commerces, plus particulièrement contre l'absence d'exception à l'obligation. En d'autres termes, le recourant faisait valoir un degré d'abstraction trop élevé, impliquant une assimilation injustifiée en ce sens que des situations distinctes étaient, selon lui, traitées de façon comparable.

La Cour constitutionnelle jurassienne a relevé que l'ordonnance ne prévoyait effectivement aucune exception, si ce n'est pour les enfants de moins de 12 ans. Par ailleurs, bien que le gouvernement ait déclaré faire une application souple de la disposition litigieuse lors de contrôles, la Cour jurassienne a jugé que la disposition était problématique au regard

---

38 BIAGGINI (n. 3) n° 11; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 763.

39 ATF 143 I 361, c. 5.3; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 762.

40 ATF 144 V 236, c. 2.2; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 762.

41 ATF 143 I 361, c. 3.7 et 3.8; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 763.

42 Ordonnance portant introduction de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière, Modification du 3 juillet 2020, JO/JU n° 26, 16 juillet 2020, p. 493; arrêt de la Cour constitutionnelle/JU, CST 8/2020 du 8 octobre 2020.

du respect des principes de la légalité et de l'égalité de traitement. Si une nouvelle prolongation de l'obligation de porter le masque devait être envisagée au-delà du 6 décembre 2020, la liste des exceptions qu'il appartient au gouvernement de définir devrait alors, selon la Cour, être précisée sans pour autant remettre en question le principe même du port du masque.

En définitive, la Cour juge donc que des situations distinctes sont traitées de manière insuffisamment différenciée et qu'il appartient au gouvernement, en cas de prolongation de la réglementation, de prévoir des exceptions à l'obligation générale de port du masque dans les commerces.

Le Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich a quant à lui été amené à aborder la question de la marge de manœuvre du législateur et du degré de schématisation admissible au regard du principe d'égalité. Le litige portait sur la règle prévue par l'ordonnance COVID (art. 2, al. 3<sup>bis</sup>) dans sa version en vigueur du 6 juillet au 16 septembre 2020 relative à l'octroi de prestations en cas de rigueur selon laquelle le bénéfice des prestations était soumis à la condition que le revenu des indépendant·e·s pour 2019 ne dépasse pas une certaine valeur seuil fixée à CHF 90 000<sup>43</sup>. Il s'agissait dès lors d'examiner dans quelle mesure l'octroi – ou non – de prestations en fonction de cette valeur seuil était admissible au regard de la garantie d'égalité. Le Tribunal a commencé par souligner que le Conseil fédéral a fixé cette limite dans le cadre de son large pouvoir d'appréciation lié à l'adoption d'ordonnances d'urgence et qu'il était apparemment parti du principe que les indépendant·e·s dont le revenu pour 2019 était supérieur à CHF 90 000 étaient beaucoup mieux placés pour constituer des réserves financières en vue d'éventuelles urgences que celles et ceux dont le revenu était inférieur. Le Tribunal a ensuite rappelé le principe de la praticabilité pouvant justifier une certaine schématisation, même si une telle schématisation est associée à une perte de justice dans des cas individuels. En définitive, le Tribunal zurichois a jugé qu'il ne lui appartenait donc pas de décider si une autre réglementation, par exemple une compensation dégressive pour les revenus plus élevés, n'aurait pas été plus appropriée. Le seuil défini par le Conseil fédéral

---

<sup>43</sup> Ordonnance sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance sur les pertes de gain COVID-19) du 20 mars 2020, entrée en vigueur le 6 juillet 2020, RO 2020 2737 ; Arrêt du Sozialversicherungsgericht/ZU, EE.2020.00046 du 14 janvier 2021.

pouvait objectivement se justifier (notamment en termes de politique sociale) et n'était donc pas contraire au principe de l'égalité de traitement au sens de l'article 8, alinéa 1, Cst. Si cet arrêt illustre bien la difficulté de la détermination abstraite de critères pertinents pour imposer un traitement différencié, il est néanmoins à notre sens critiquable dans la mesure où l'idée d'une compensation dégressive avancée par la Cour aurait mieux respecté le principe selon lequel les choses semblables doivent être traitées de manière égale en fonction de leur niveau de similitude.

Dans son arrêt du 27 mai 2021, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal zurichois a, quant à elle, dû se pencher sur la situation d'une podologue qui s'est vu refuser, à la suite du confinement, l'octroi de prestations en raison du fait que sa profession a été qualifiée d'établissement de santé au sens de l'article 6, alinéa 3, lettre m, de l'ordonnance COVID 19<sup>44</sup>. L'ordonnance distinguait entre les établissements contraints de fermer, qui avaient droit à une indemnité pour perte de gain (art. 2, al. 3), et ceux qui pouvaient demeurer ouverts, mais qui subissaient une perte et avaient ainsi droit à une indemnité de rigueur à condition que leur revenu déterminant pour le calcul des cotisations AVS de l'année 2019 ne soit pas supérieur à CHF 90 000 (art. 2, al. 3<sup>bis</sup>). La Cour a jugé justifié de soumettre la recourante à l'exigence d'égalité purement formelle pour juger que dès lors qu'elle prodiguait des soins, le régime valable pour les établissements de santé devait lui être appliqué (cf. art. 2, al. 3<sup>bis</sup>). Or, dans les faits, la situation de la recourante était comparable à celle des entreprises d'autres secteurs ayant été contraintes de fermer: en effet, dès lors qu'aucune de ses activités ne couvraient des prestations urgentes, elle n'a pas été en mesure d'offrir le moindre soin. Notons que le Tribunal fédéral s'est penché sur une affaire comparable dans un arrêt du 15 septembre 2021<sup>45</sup>. Il est arrivé à la même conclusion que le Tribunal cantonal zurichois, en jugeant toutefois le cas à l'aune de l'article 94 Cst.<sup>46</sup> Le Tribunal fédéral a ainsi non seulement souligné la nécessité d'admettre un certain schématisme – « *das kann die Einzelfallgerechtigkeit beeinträchtigen, trägt jedoch regelmässig der Klarheit, Praktikabilität und/oder Rechtssicherheit Rechnung*<sup>47</sup> » – mais a

---

<sup>44</sup> Arrêt du Sozialversicherungsgericht/ZU, EE.2020.00051 du 27 mai 2021.

<sup>45</sup> Arrêt du TF 9C\_132/2021 du 15 septembre 2021, publication prévue.

<sup>46</sup> Arrêt du TF 9C\_132/2021 précité, c. 5.1.3.

<sup>47</sup> Arrêt du TF 9C\_132/2021 précité, c. 5.3.4.

également admis la limitation à CHF 90 000 qui se justifie, selon lui, par un objectif de politique sociale<sup>48</sup>.

À l’instar des jugements précédents, ce dernier arrêt illustre non seulement les difficultés auxquelles fait face le législateur lorsqu’il doit identifier le degré de similitude de différentes situations et déterminer les catégories y afférentes – plus particulièrement encore dans des situations d’urgence telle qu’une pandémie – mais également les limites – parfois trop strictes ? – que s’imposent les autorités judiciaires lors du contrôle des actes normatifs.

En France, le Conseil d’État a également dû examiner la validité de réglementations au regard de la garantie d’égalité. Il a par exemple dû traiter une requête invoquant une différence de traitement injustifiée entre la restauration traditionnelle et la restauration collective<sup>49</sup>.

Les requérants (restauration traditionnelle) faisaient valoir que la fermeture de la restauration traditionnelle et l’ouverture de la restauration collective n’était « justifiée par aucune différence de situation au regard du risque sanitaire », plus particulièrement, cette différence de traitement ne se justifiait pas, selon eux, notamment du fait qu’aucun « élément scientifique ne permet de démontrer que la restauration traditionnelle est plus à risque que la restauration collective » et qu’au contraire, « la fermeture des restaurants traditionnels a pour conséquence une augmentation de la pression sanitaire sur la restauration collective ». Pour cette raison, une ouverture de certains restaurants traditionnels ou cafés pouvait se justifier à la condition d’accueillir des salarié·e·s d’entreprises.

Selon le juge des référés du Conseil d’État, il y a effectivement lieu de constater que la restauration collective ne présente pas, au regard du seul risque sanitaire, une situation différente de celle de la restauration traditionnelle. Néanmoins, dès lors que le gouvernement a fait le choix, au vu de la situation sanitaire, d’interdire aux personnes de se déplacer hors de leur lieu de résidence, sauf les déplacements à motif professionnel lorsque le télétravail est impossible, et qu’il a choisi, au nom de l’intérêt de l’enfant, de maintenir les établissements scolaires ouverts, il y a lieu de considérer que la restauration collective, qui a un objet différent de la

---

<sup>48</sup> Arrêt du TF 9C\_132/2021 précité, c. 5.3.4.

<sup>49</sup> Conseil d’État, Ordonnance n° 446 715 du 8 décembre 2020.

restauration ordinaire, est placée dans une situation différente au regard des nécessités liées à la poursuite de la vie du pays. À ce titre, il n'a pas été porté atteinte au principe d'égalité.

Ce dernier exemple est intéressant en ce sens qu'il illustre les éléments devant guider le législateur : comme indiqué préalablement, c'est sur la base de l'objectif visé et des effets escomptés qu'il appartient au législateur de définir les caractéristiques spécifiques permettant de procéder à des différences de traitement. Dans le cas précis, l'objectif était de permettre aux professionnel·le·s exclu·e·s du télétravail ainsi qu'aux enfants devant se rendre à l'école de pouvoir manger. En ce sens, la distinction entre restauration traditionnelle et collective constitue un critère pertinent et permet d'éviter les différences de traitement injustifiées entre différents types de restaurations traditionnelles selon qu'elles proposeraient ou non à manger aux salarié·e·s d'entreprises.

## B. L'égalité devant la loi

### 1. *Rappel théorique*

Il appartient aux autorités administratives et judiciaires d'appliquer les normes abstraites de manière égale à toutes les situations comparables et à tous et toutes les administré·e·s<sup>50</sup>. On le comprend immédiatement, la garantie d'égalité devant la loi joue essentiellement un rôle lorsqu'il s'agit d'appliquer des notions juridiques indéterminées ou lorsque les autorités bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation<sup>51</sup>, « l'importance du principe d'égalité [étant] donc inversement proportionnelle au pouvoir d'appréciation de l'autorité »<sup>52</sup>. Dans les autres cas, la garantie d'égalité est susceptible de jouer un rôle lorsque l'autorité renonce à une pratique illégale<sup>53</sup>. Bien que l'on se trouve ici dans des situations concrètes et individuelles, il s'agit pour lesdites autorités de garantir l'égalité de tous et toutes devant la loi, et par là-même de se détacher de la particularité de

---

<sup>50</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 765 ; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1152.

<sup>51</sup> BIAGGINI (n. 3) n° 12 ; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 765 ; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1154.

<sup>52</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1154.

<sup>53</sup> MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 857.

chaque cas pour déterminer ce qui doit être jugé semblable et ce qui ne doit pas l'être. En ce sens, « toute décision particulière perd précisément sa particularité pour devenir, malgré son individualité, générale »<sup>54</sup>.

Rappelons toutefois que la garantie d'égalité dans l'application de la loi n'est pas invocable lorsque des dispositions cantonales identiques ou comparables sont appliquées différemment par les cantons<sup>55</sup> ou lorsque le droit fédéral n'est pas appliqué de manière uniforme par les cantons, dès lors qu'un traitement différencié est problématique au regard de l'article 8, alinéa 1, à la condition d'émaner de la même autorité<sup>56</sup>. Un tel constat est critiqué en doctrine<sup>57</sup>, et il est admis que le Tribunal fédéral peut néanmoins « unifier l'interprétation du droit fédéral », mais cela sans se référer au principe d'égalité<sup>58</sup>.

La garantie d'égalité ne permet pas en principe d'exiger un traitement identique s'il est illégal (pas d'égalité dans l'illégalité)<sup>59</sup>. Une prétention à l'égalité dans l'illégalité ne peut être admise « que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi. Il faut encore que l'autorité n'ait pas respecté la loi selon une pratique constante, et non pas dans un ou quelques cas isolés, et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant n'impose de donner la préférence au respect de la légalité. »<sup>60</sup>.

Finalement, les autorités devant pouvoir corriger une erreur ou s'adapter à des nouvelles circonstances<sup>61</sup>, une modification de leur pratique ou de leur jurisprudence entraînant une inégalité de traitement dans le temps<sup>62</sup>

---

54 MOOR (n. 9) § 2.1, p. 118.

55 ATF 133 I 249, c. 3.4.

56 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 766; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1157 ss.

57 BIAGGINI (n. 3) n° 15 et les références citées.

58 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 848.

59 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 771 ss.

60 ATF 139 II 49, c. 7.1. Voir également ATF 146 I 105, c. 5.3.1.

61 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 862.

62 MOOR (n. 9) § 2.4., p. 120.

est admissible, à condition de se fonder sur des motifs objectifs d'autant plus sérieux que la pratique est appliquée de longue date<sup>63</sup>.

## 2. Exemples en lien avec la pandémie

La Cour de justice du canton de Genève a dû se pencher sur plusieurs cas d'égalité dans l'illégalité en matière de prestations COVID<sup>64</sup> qui faisaient suite à une jurisprudence identique rendue dans le canton de Berne<sup>65</sup>. Se référant à un arrêt bernois, la Cour genevoise a tout d'abord constaté qu'« en admettant la rétroactivité de demandes de soutien financier déposées avant le 31 mars 2020, le SECO a adopté une pratique contraire à l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage et à la non-rétroactivité des indemnités en cas de RHT au sens des art. 36 LACI et 58 OACI ». Forte de ce constat, la Cour de justice s'est ensuite demandé dans quelle mesure le requérant pouvait invoquer la garantie d'égalité dans l'illégalité pour pouvoir bénéficier du même versement rétroactif des prestations. La Cour a rappelé la nécessité de rendre vraisemblable non seulement le fait que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi, mais également que les situations à considérer sont identiques ou du moins comparables<sup>66</sup>. Dans une première affaire du 25 juin 2020, la Cour genevoise a tout d'abord refusé d'admettre le principe, jugeant non seulement que l'administration ne persévérera pas dans l'inobservation de la loi, mais également que « la situation de la recourante n'est pas comparable à celles visées par la pratique du SECO dès lors que la recourante a attendu le 14 avril 2020 pour déposer sa demande, sortant par-là du champ d'application de la pratique du SECO »<sup>67</sup>.

À l'inverse, dans un arrêt du 2 mars 2021, la Cour genevoise a jugé que la pratique illégale du SECO a finalement été appliquée de manière systématique aux demandes déposées avant le 31 mars 2020. Par ailleurs, le recourant a transmis sa demande de prestations dans le délai fixé au 31 mai 2020. S'agissant de la comparabilité des situations, la Cour de

---

63 ATF 137 V 133, c. 6.1; BIAGGINI (n. 3) n° 13; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 769; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 862.

64 Arrêt CJCAS/GE du 2 mars 2021 (ATAS/157/2021).

65 Arrêt du Verwaltungsgericht/BE, 200.20.428.ALV du 7 octobre 2020, c. 5.

66 Arrêt CJCAS/GE du 25 juin 2020 (ATAS/510/2020), c. 9.

67 ATAS/510/2020 précité, c. 9.

justice a donc admis, dans ce cas-là, que la situation du recourant « était semblable à celle des autres assurés qui ont dû fermer leur établissement par décision des autorités dès le 17 mars 2020 et pour lesquels la pratique illégale fondée sur la directive du SECO a été appliquée par l’OCE »<sup>68</sup>. En d’autres termes, la Cour a jugé qu’il se justifiait « de traiter le recourant de la même manière que les employeurs ayant dû fermer leurs établissements publics et ayant adressé leur préavis au plus tard le 31 mars 2020 [...] pour retenir fictivement que le préavis a été envoyé le 17 mars 2020 et d’ouvrir ainsi dès cette date, le principe du droit à une indemnité en cas de RHT »<sup>69</sup> – soit d’appliquer une pratique illégale au recourant en vertu du principe d’égalité.

Cet exemple est particulièrement intéressant au regard des exigences relatives à la prétention d’égalité dans l’illégalité: il illustre les difficultés que présente la preuve de la persévérance de l’autorité dans l’inobservation de la loi. Dans le premier jugement, la Cour a jugé que cette condition faisait défaut, faute d’être en mesure de prédire le comportement futur de l’autorité administrative, alors qu’elle a finalement admis la réalisation de cette condition dans le jugement suivant.

### III. Aspect choisi – certificat COVID et égalité de traitement

Depuis l’ouverture de la vaccination à tous et toutes et la généralisation des tests, différents groupes existent au sein de la population. La question s’est donc posée, au regard de la garantie d’égalité, de savoir dans quelle mesure un assouplissement des mesures restrictives pouvait – voire devait – être proposé de manière différenciée. En effet, dès lors qu’une partie de la population ne risque en principe plus de tomber gravement malade – ni de surcharger le système de santé – et est beaucoup moins susceptible de transmettre le virus<sup>70</sup>, il n’existe plus d’intérêt public jus-

---

<sup>68</sup> ATAS/157/2021 précité, c. 25.

<sup>69</sup> ATAS/157/2021 précité, c. 25.

<sup>70</sup> *Swiss National COVID-19 Science Task Force, Policy Brief: Protection duration after vaccination or infection*, 25 juin 2021, disponible sur le site internet: <<https://sciencetaskforce.ch/en/policy-brief/protection-duration-after-vaccination-or-infection/>> (19.10.2021).

tifiant le maintien de mesures restrictives limitatives de leurs libertés<sup>71</sup>. Il en va par ailleurs de même des prestataires de services (restaurants, cinémas, fitness, etc.) à l'égard desquels il n'est plus justifié d'exiger une fermeture pour des raisons sanitaires<sup>72</sup> dès lors que des mesures moins contraignantes existent pour garantir une ouverture tout en préservant la santé publique<sup>73</sup>.

Sur la base de ce constat, l'idée a émergé de prévoir un certificat COVID visant à permettre certains assouplissements à l'égard des personnes qui risquent moins de transmettre le virus. Un tel assouplissement à l'égard des détenteurs/trices du certificat a immédiatement suscité des débats nourris dans la presse<sup>74</sup>, ses contradicteurs/trices faisant valoir qu'un tel certificat allait créer des discriminations en instaurant une société à deux vitesses<sup>75</sup>. Nous verrons que si l'introduction du certificat COVID a certes soulevé des questions au regard de la garantie d'égalité, c'est au contraire l'absence de différenciation entre les différents groupes qui aurait été problématique à l'aune de ladite garantie.

La première question qui s'est posée est celle de savoir dans quelle mesure les personnes vaccinées, les personnes guéries et les personnes testées négativement devaient être traitées de manière semblable (art. 13 ss Ordonnance fédérale du 4 juin 2021 sur les certificats attestant la vaccination contre le COVID-19, la guérison du COVID-19 ou la réalisation

---

71 EVA MARIA BELSER, *Selektive Wiederherstellung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Freiheiten: Sind Erleichterungen für Geimpfte zulässig?*, *Staatspolitischen Kommission des Ständerates, Anhörung vom 23. Februar 2021*, p. 2, disponible sur le site internet: <<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/Belser%20Eva%20Maria%20%20Selektive%20Wiederherstellung%20der%20gesellschaftlichen%20und%20wirtschaftlichen%20Freiheiten.pdf>> (19.10.2021).

72 BELSER (n. 71) p. 3.

73 Dans le même sens, CHRISTIAN ERNST, « Privilegierung Geimpfter und faktischer Impfpflicht: Das Hamburger 2G-Zugangsmodell und seine grundrechtlichen Auswirkungen », *VerfBlog* du 1<sup>er</sup> septembre 2021.

74 Voir par ex. MICHEL GUILLAUME, « Le passeport covid, l'idée qui divise », *Le Temps* du 1<sup>er</sup> décembre 2020. Voir également REGINA KIENER/DANIEL MOECKLI, « Die Zertifikatspflicht ist keine Diskriminierung », *NZZ* du 22 septembre 2021, p. 19.

75 Tel est également l'un des arguments avancés par les comités référendaires à l'encontre de la modification du 19 mars 2021 de la loi COVID-19, cf. Explications du Conseil fédéral – Votation populaire du 28.11.2021, p. 34.

d'un test de dépistage du COVID-19<sup>76</sup>). Cet aspect relevait de la question de la comparabilité des situations. Pour rappel, la phase de la comparaison implique de déterminer les éléments pertinents pour apprécier cette comparabilité. « Pour en juger, le point de départ doit être l'analyse du but visé et des effets qui sont prévus ou prévisibles [...] on pourra établir si les caractéristiques spécifiques qui sont présupposées être topiques dans les choix opérés par l'autorité reproduisent celles qui sont données dans la réalité, de telle manière que le but visé soit atteint. »<sup>77</sup>

De ce point de vue, nous sommes d'avis que l'approche du Conseil fédéral qui visait à traiter de manière semblable les personnes vaccinées, guéries et testées négativement était tout à fait justifiée mi-2021 : en effet, l'objectif de la réglementation étant de limiter la transmission du virus pour éviter une surcharge des hôpitaux<sup>78</sup>, il y avait lieu d'admettre avec le Conseil fédéral que dans ces trois cas, « la probabilité [était] faible qu'elles soient contagieuses »<sup>79</sup>, et que ces trois groupes de personnes se trouvaient donc durant cette période dominée par le variant Delta dans une situation comparable<sup>80</sup>. En d'autres termes, « les points de comparaison [entre ces trois groupes de personnes] sembl[ai]ent suffisants et impliqu[ai]ent que la distinction ou la différence de traitement entre les uns et les autres soit valablement justifiée »<sup>81</sup>.

À l'inverse, le reste de la population continuait à être potentiellement contagieux. La situation des personnes non vaccinées, non guéries ou non testées n'était donc pas comparable à la situation de celles qui

<sup>76</sup> Ordonnance COVID-19 certificats, RS 818.102.2.

<sup>77</sup> MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 841.

<sup>78</sup> Conseil fédéral, Communiqué de presse du 8 septembre 2021, disponible sur internet : <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>> > Documentation > Communiqués > Coronavirus : le Conseil fédéral étend l'obligation de présenter un certificat et lance une consultation sur de nouvelles règles pour entrer en Suisse (19.10.2021).

<sup>79</sup> Office fédéral de la santé publique (OFSP), Champ d'application du certificat COVID, 19 mai 2021, p. 1, disponible sur le site internet : <<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/covid-zertifikat.html>>.

<sup>80</sup> À noter néanmoins que certain·e·s défendent l'idée d'une distinction plus fine qui inclurait dans le groupe des personnes non contagieuses uniquement celles qui sont vaccinées ou guéries et exclurait les personnes testées dès lors que les tests – en particulier rapides – ne sont pas fiables à 100%. Voir ERNST (n. 73), qui présente l'approche de Hambourg relative à cette distinction.

<sup>81</sup> MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 39.

étaient vaccinées, guéries ou testées et devait faire l'objet d'un traitement distinct.

En d'autres termes, les points de comparaison entre une personne vaccinée, guérie ou testée négativement étaient à notre sens suffisants au regard du critère sanitaire pour qu'une différence de traitement doive être justifiée<sup>82</sup>, et, à l'inverse, les situations des personnes non ou très faiblement contagieuses et celles susceptibles d'être contagieuses étaient distinctes. Celles-ci devaient dès lors être traitées de façon différenciée, à moins qu'une assimilation puisse se justifier<sup>83</sup>.

Fort de ce constat, le Conseil fédéral a proposé de subdiviser différents domaines d'activités en trois catégories faisant l'objet de réglementations différentes: l'utilisation du certificat était ainsi exclue dans la première, possible dans la seconde et obligatoire dans la dernière<sup>84</sup>. L'ordonnance du 23 juin 2021 sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière<sup>85</sup> mettait en œuvre cette subdivision.

Comme indiqué, le recours au certificat COVID était exclu dans le premier domaine, qui visait les « lieux de la vie quotidienne »<sup>86</sup>, par exemple les transports publics (ordonnance COVID-19 situation particulière *a contrario*): il était prévu que le port du masque reste obligatoire dès lors que le certificat n'était pas exigé (art. 5 Ordonnance COVID-19 situation particulière). En imposant le maintien des plans de protection généraux et les mesures d'hygiène à l'égard de tous et toutes, le Conseil fédéral a renoncé à prendre en compte une différence pertinente<sup>87</sup>, les personnes non contagieuses étant traitées de la même façon que les personnes potentiellement contagieuses. Une telle assimilation aurait dû être jugée contraire à l'égalité de traitement, à moins de se fonder sur des motifs justificatifs. Or, en l'espèce, c'est avant tout le principe de praticabilité et de schématisation qui a été invoqué. En effet, comme nous l'avons

---

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> Dans le même sens, cf. KIENER/MOECKLI (n. 74) p. 19.

<sup>84</sup> OFSP, Champ d'application du certificat COVID (n. 79), p. 2.

<sup>85</sup> Ordonnance COVID-19 situation particulière, RS 818.101.26.

<sup>86</sup> <<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home.html>> > Maladies > Maladies infectieuses: flambées, épidémies, pandémies > Flambées et épidémies actuelles > Coronavirus > Certificat COVID > Utilisation du certificat COVID (19.10.2021).

<sup>87</sup> MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 40.

rappelé préalablement, une certaine schématisation peut se justifier par des motifs de sécurité du droit et de praticabilité « lorsqu'une réglementation différenciée qui tiendrait intégralement compte de différences de fait ne pourrait pas être mise en œuvre efficacement de manière à réaliser le but de la réglementation »<sup>88</sup>.

La praticabilité et la schématisation ne sont toutefois admissibles que dans une certaine mesure et dans certains domaines. En l'espèce, il y a tout d'abord lieu de relever que le maintien des mesures de protection (soit le port du masque) ne portait pas atteinte à la liberté économique des prestataires de services dès lors que leur capacité d'accueil n'était pas réduite. À cela s'ajoute que l'obligation du port du masque pouvait continuer à se justifier en raison de la faible atteinte aux droits fondamentaux qu'elle impliquait et du risque sanitaire résiduel qu'elle permettait de limiter<sup>89</sup>. L'Office fédéral de la justice (OFJ) a néanmoins soutenu que « lorsque la part de la population qui ne sera que peu ou pas du tout susceptible d'être infectée et de transmettre le virus aura encore (fortement) augmenté, le moment arrivera où les motifs de praticabilité et de sécurité du droit ne suffiront plus pour justifier l'absence de différenciation selon le potentiel qu'ont les personnes concernées de transmettre le virus. L'art. 8 al. 1 Cst. exigera alors en principe que les mesures soient adaptées pour ne plus traiter de manière semblable ce qui est dissemblable. »<sup>90</sup>. En réalité, lorsque ce stade sera atteint, il est fort probable qu'une telle obligation puisse être abandonnée à l'égard de tous et toutes, le risque de surcharge des hôpitaux n'existant plus et

---

<sup>88</sup> Conseil des États, *Q&A zum Thema « Erleichterungen für geimpfte Personen »*, 23 février 2021, ch. 6.c, disponible sur le site internet: <<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/Covid-19%20Erleichterungen%20für%20geimpfte%20Personen%20--%20Covid-19%20Allègements%20pour%20les%20personnes%20vaccinées.pdf>> (19.10.2021). Voir également ANDREAS STÖCKLI, *Hearing zum Thema « Covid-19: Erleichterungen für geimpfte Personen »*, *Sitzung der Staatspolitischen Kommission des Ständerats vom 23.2.2021*, p. 4, disponible sur le site internet: <<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/Stöckli%20Andreas%20-%20Covid-19%20Erleichterungen%20für%20geimpfte%20Personen.pdf>> (19.10.2021). Dans le même sens, BELSER (n. 71) p. 3.

<sup>89</sup> ANDREA KIESSLING/DIRK MÜLLMANN, « Bald wird geimpft: Darf zwischen Geimpften und Ungeimpften differenziert werden? », *VerfBlog* du 16 décembre 2020.

<sup>90</sup> Conseil des États, *Q&A zum Thema « Erleichterungen für geimpfte Personen »* (n. 88) ch. 6.a; OFJ, *Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal*, 18 février 2021, p. 15.

ne permettant dès lors plus de justifier une telle obligation, même de manière différenciée.

Dans le deuxième domaine, il était prévu que l'utilisation du certificat COVID puisse être sollicitée afin de bénéficier d'assouplissements relatifs à la mise en œuvre de plans de protection. Le Conseil fédéral a en effet précisé que, dans ce cas de figure, le recours au certificat permettrait de « renoncer aux plans de protection, aux limitations de la capacité ou à la collecte des données personnelles »<sup>91</sup>.

L'article 25, alinéa 2<sup>bis</sup>, de l'ordonnance COVID-19 situation particulière consacrait par exemple un droit pour les employeurs/euses d'exiger le certificat si cela leur permettait de définir des mesures de protection appropriées ou pour éviter les quarantaines-contact au sens de l'article 7 ordonnance COVID-19 situation particulière. Dans un tel cas, « l'État [a agi] comme règlementateur de l'activité privée » en ce sens qu'il n'imposait pas la différenciation des groupes mais permettait des assouplissements aux acteurs/trices privé·e·s qui la proposaient<sup>92</sup>. En d'autres termes, le Conseil fédéral a laissé le choix aux acteurs/trices privé·e·s de se conformer aux plans de protection et à l'exigence de quarantaine ou de s'y soustraire en imposant le certificat. Ce cas relevant dès lors de l'autonomie privée, nous sommes d'avis que les acteurs/trices privé·e·s étaient en mesure de traiter différemment les personnes infectieuses de celles non infectieuses, cela toutefois dans les limites générales applicables aux relations privées qui découlent notamment de la protection de la personnalité ou du droit du travail. À cet égard, comme le relève l'OFJ, « la ligne de crête entre d'un côté la liberté de contracter et de l'autre l'interdiction des atteintes à la personnalité n'est pas nettement définie »<sup>93</sup>. Dans ce cas, les garde-fous imposés par le Conseil fédéral selon lesquels « les informations relatives au statut immunitaire ou au résultat du dépistage ne [pouvaient] être utilisées à aucune autre fin » et les coûts du test devaient être assumés par l'employeur/euse<sup>94</sup> nous paraissent justifiés.

---

<sup>91</sup> <<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home.html>> Maladies > Maladies infectieuses: flambées, épidémies, pandémies > Flambées et épidémies actuelles > Coronavirus > Certificat COVID > Utilisation du certificat COVID (19.10.2021).

<sup>92</sup> OFJ, Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal (n. 90) p. 18.

<sup>93</sup> *Id.*, p. 10.

<sup>94</sup> Conseil fédéral, Communiqué de presse (n. 78).

L'article 19a de l'ordonnance COVID-19 situation particulière prévoyait également cette possibilité à l'égard des établissements de formation dans le domaine des hautes écoles. Ces derniers pouvaient en effet exiger le certificat de manière à renoncer aux limitations liées à la capacité d'accueil (cf. art. 19a, al. 2, let. a) et au port du masque (art. 19a, al. 2, let. b).

Dès lors qu'il s'agit ici de relations de droit public, le recours au certificat nous paraissait justifié en ce sens qu'il permettait, comme nous l'avons déjà relevé, d'éviter une assimilation injustifiée entre un groupe de personnes non contagieuses et un groupe de personnes contagieuses – en les soumettant tous deux aux restrictions de capacités et au port du masque. Il s'agissait néanmoins, dans un tel cas, de garantir le droit à l'enseignement du groupe de personnes susceptibles d'être contagieuses en organisant par exemple un enseignement à distance.

Finalement, le troisième domaine visait à imposer l'utilisation du certificat COVID sans alternative. Étaient notamment visés les grandes manifestations (art. 17, al. 1), les activités culturelles et sportives à l'intérieur (art. 13, al. 2), les clubs et discothèques (art. 13, al. 1) ou les espaces intérieures des bars et restaurants (art. 12, al. 1, let. a)<sup>95</sup>.

Dans ce cas, l'objectif était de trouver une solution pour mettre un terme aux restrictions à la liberté économique de cette catégorie de prestataires de services et, parallèlement, permettre à la population de bénéficier de ce type de prestations tout en évitant la circulation du virus. Il s'agissait donc non seulement de permettre à ces professionnel-le-s de rouvrir dans des conditions de pleine capacité, mais également de s'assurer que le virus ne continue pas de circuler. Dans ce cas, il était certes question de relations entre privé-e-s, mais hors du champ d'application de l'autonomie privée dès lors que c'était une réglementation étatique qui imposait le certificat. Il appartenait donc à l'État « de veiller à ce que la différence de traitement reste conforme au principe d'égalité, même si c'[était] finalement un acte privé, à savoir le plan de protection, qui actualis[ait] la

---

<sup>95</sup> <<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home.html>> Maladies > Maladies infectieuses : flambées, épidémies, pandémies > Flambées et épidémies actuelles > Coronavirus > Certificat COVID > Utilisation du certificat COVID (19.10.2021).

distinction »<sup>96</sup>. Or, la réglementation traitant ici de façon différenciée des situations distinctes, elle était conforme à la garantie d'égalité.

Restaient à notre sens deux questions sous l'angle de l'égalité de traitement: se posait tout d'abord la question de l'absence de recours au certificat dans certains domaines publics, notamment s'agissant du personnel de l'administration. L'exemple de l'enseignement public était à notre sens particulièrement intéressant dès lors que les plans de protection continuaient, malgré l'absence de surcharge hospitalière, à s'imposer strictement dans certains cantons<sup>97</sup>. Dans ce domaine, le syndicat des enseignants romands exigeait le maintien du port du masque de manière à éviter la stigmatisation des enseignant·e·s réfractaires à la vaccination<sup>98</sup>. Au regard de l'égalité de traitement se posait donc la question de savoir si un tel objectif – la lutte contre la stigmatisation d'une partie des enseignant·e·s – pouvait justifier le traitement identique de situations différentes. À notre sens, un tel motif n'était pas admissible en ce sens qu'il constituait en réalité une tautologie: tous les membres du corps enseignant devant être traités de la même façon pour être considérés comme étant dans une situation comparable. Il se serait au contraire justifié que les autorités cessent de traiter de façon comparable des situations différentes et prévoient que les enseignant·e·s au bénéfice d'un certificat COVID valable soient autorisé·e·s de ne plus porter le masque. Telle a par exemple été la décision des autorités genevoises à l'égard du personnel enseignant dans les hautes écoles<sup>99</sup>.

Avant de conclure, un point problématique doit encore être abordé au regard de l'égalité de traitement. Comme l'a relevé l'OFJ, « pour les personnes qui souhait[ai]ent se faire vacciner, l'accès à la vaccination équiv[alait] à l'octroi d'un avantage si la vaccination supprime le risque d'infection ou réduit au moins le risque de conséquences graves. Coupler

---

<sup>96</sup> OFJ, Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal (n. 90) p. 18.

<sup>97</sup> Voir par ex. les mesures prévues à Neuchâtel: <[www.ne.ch](http://www.ne.ch)> Autorités > DF > Service de la santé publique > Médecin cantonal > Maladies transmissibles et vaccinations > Informations destinées aux parents dans le Canton de Neuchâtel – Coronavirus (Covid-19) (19.10.2021).

<sup>98</sup> THIBAUT NIEUWE WEME, « Les syndicats enseignants veulent un retour à la sérénité », *Le Temps* du 9 août 2021.

<sup>99</sup> <<https://www.unige.ch/coronavirus/fr/>> (décision du 23 septembre 2021) (19.10.2021).

cet avantage sanitaire avec l’octroi d’allègements sociétaux et économiques démultipli[ait] les inégalités liées à celle de l’accès à la vaccination. Cela cré[ait] donc une société à deux vitesses dont la sélection [était] faite (temporairement) essentiellement par les autorités au travers du programme de vaccination. »<sup>100</sup>. Depuis que la vaccination a été ouverte à tous et toutes, cette problématique est restée d’actualité en lien avec les personnes exclues d’un tel programme, à savoir les enfants, les personnes vulnérables et les personnes refusant de se faire vacciner. Les enfants n’étant pas soumis aux mesures restrictives, seuls les deux derniers groupes se sont vu contraints de recourir aux tests pour bénéficier des assouplissements. Or, contrairement à la vaccination, les tests sont devenus payants<sup>101</sup>. L’admissibilité d’une telle mesure était controversée<sup>102</sup>. S’il était prévu que les personnes exclues pour des raisons de santé puissent continuer à bénéficier de la gratuité<sup>103</sup> – ce qui paraît nécessaire pour éviter de créer une discrimination fondée sur une situation de handicap – la fin de la gratuité des tests pour le reste de la population âgée de plus de 16 ans risquait de créer une obligation vaccinale de fait. S’agissant des personnes refusant la vaccination pour des raisons personnelles, un tel procédé posait problème au regard du principe de la légalité – le consentement n’étant ici plus libre, une base légale devenait nécessaire pour imposer son caractère obligatoire<sup>104</sup>. Fort de ce constat, la gratuité aurait dû à notre sens continuer à être proposée dès lors que les autorités politiques avaient expressément renoncé à imposer l’obligation vaccinale – et n’avaient donc pas adopté de base légale nécessaire – et que l’absence de gratuité entraînait une vaccination obligatoire *de facto*<sup>105</sup>.

---

<sup>100</sup> OFJ, Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal (n. 90) p. 16.

<sup>101</sup> Cf. annexe 6 de l’ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 19 juin 2020 (Ordonnance 3 COVID-19, RS 818.101.24), (état le 25 octobre 2021).

<sup>102</sup> Commission nationale d’éthique (CNE), La vaccination contre le COVID-19 – Considérations éthiques sur des questions fondamentales et des domaines spécifiques d’application, Prise de position n° 37/2021 du 11 février 2021, p. 24.

<sup>103</sup> Cf. annexe 6 de l’ordonnance 3 COVID-19.

<sup>104</sup> Sur ce point, cf. FRÉDÉRIC BERNARD/MARJOLAINE VIRET, « Vaccination obligatoire et pandémie de COVID-19 en Suisse », *Jusletter* du 9 août 2021, § 85-86.

<sup>105</sup> Sur cette notion, cf. STÖCKLI (n. 88) p. 4. Dans le même sens, BELSER (n. 71) p. 3.

#### IV. Conclusion

Dans le contexte de pandémie de ces deux dernières années, les autorités ont été confrontées à la difficulté de proposer rapidement des solutions respectant les grands principes consacrés par la Constitution fédérale.

Face au constat qu'« il n'y a d'égalité qu'entre des égaux, qu'il faut définir »<sup>106</sup>, il a fallu identifier des critères aptes à déterminer des catégories pertinentes au regard de l'exigence d'égalité.

Était-ce justifié d'octroyer le même soutien financier aux podologues qu'aux médecins généralistes ? Était-ce admissible d'établir un seuil à CHF 90 000 pour refuser l'octroi de prestations financières de soutien ? Les personnes vaccinées, guéries et testées se trouvaient-elles dans une situation comparable au regard du risque sanitaire ?

Si la garantie d'égalité doit permettre de soutenir les autorités législatives et judiciaires qui font face à ces questions, sa mise en œuvre, on l'a vu, ne peut pas être parfaitement optimale. En raison de la nécessité de tolérer un certain schématisme au niveau normatif ou de se distancier de l'individualité d'un cas particulier pour garantir la reproduction des décisions, l'application de la garantie d'égalité ne peut être pleinement satisfaisante. À cet égard, si la pandémie a permis de mettre en lumière ces difficultés, elle a par ailleurs également permis de constater que les mesures adoptées par les autorités étaient, dans l'ensemble, pertinentes.

---

<sup>106</sup> MOOR (n. 9) § 3.3, p. 90.