RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3052/2021-DIV **ATA/1058/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 12 octobre 2021

dans la cause

Monsieur A_____

contre

DIRECTION GÉNÉRALE DE LA SANTÉ

EN FAIT

1) Le 21 juillet 2021, Monsieur A_____ a pris contact par courriel avec la cellule COVID-19 du service du médecin cantonal (ci-après : la cellule COVID-19) au sein de la direction générale de la santé (ci-après : DGS) en vue d'obtenir un certificat COVID.

Il revenait de ses vacances en Espagne. Il avait effectué un test antigénique rapide avant son départ à l'étranger qui s'était avéré négatif. Pendant son séjour en Catalogne, il avait présenté une symptomatologie typique d'une infection au SARS-CoV-2. Il avait procédé sur place à deux autotests dont les résultats avaient été négatifs. De retour en Suisse, il s'était soumis à une sérologie, qui s'était avérée positive selon une attestation de Dianalabs SA du 21 juillet 2021.

« Pour obtenir le certificat COVID, il faudrait apparemment prendre une dose du vaccin dans un délai de quatorze jours, ce qui ne me semble pas franchement indiqué, puisque je dispose des anticorps de la maladie en question. L'autre solution serait d'effectuer un test PCR qui risque toutefois d'être négatif, vu l'absence totale de symptômes depuis plus d'une semaine. Dès lors, pourquoi ne pourrais-je pas recevoir un certificat COVID, par exemple avec une durée limitée à trois mois et prolongeable sur présentation d'une nouvelle sérologie (même à mes frais) ? »

En cas de refus de la DGS, il sollicitait une décision sujette à recours.

2) Par courriel type du même jour, la cellule COVID-19 a rappelé les conditions auxquelles un certificat COVID pouvait être délivré.

3) Par décision du 27 juillet 2021, la DGS a rejeté la demande de délivrance d'un certificat COVID-19 de M. A_____.

4) Par acte du 13 septembre 2021, ce dernier a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée.

Il a conclu à ce qu'il soit constaté que l'art. 16 ainsi que les annexes 2 et 3 de l'ordonnance sur les certificats attestant la vaccination contre le COVID-19, la guérison du COVID-19 ou la réalisation d'un test de dépistage du COVID-19 du 4 juin 2021 (Ordonnance COVID-19 certificats – RS 808.102.2) violaient la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et à ce qu'il puisse « bénéficier sans délai d'un certificat Covid-19, sans dose unique de vaccin, pour autant qu'il démontre régulièrement la présence d'anticorps par le biais d'une sérologie ». Préalablement, la chambre administrative devait dire que le recours entraînait effet suspensif de la décision

du 27 juillet 2021. Un certificat COVID devait lui être immédiatement délivré, dans l'attente du jugement au fond.

Il était « indéniable qu'il avait contracté le virus du COVID-19, très probablement en juillet 2021 et qu'il en avait guéri ». Pour pouvoir bénéficier d'un certificat qui lui permette de « récupérer certaines prérogatives constitutionnelles », il devrait se faire vacciner pour une maladie qu'il avait déjà eue. Cette différence de traitement avec les personnes guéries qui avaient effectué une analyse de biologie moléculaire pour le SARS-CoV-2 (test PCR) était injustifiable sur le plan scientifique et constituait une inégalité de traitement.

En outre, la nécessité de devoir effectuer une vaccination pour une personne guérie et qui présentait encore des anticorps n'était pas acquise. Ceci était d'autant plus vrai qu'il semblait désormais que l'infection naturelle constituait une meilleure protection que le vaccin. Cela signifiait que des personnes déjà protégées contre le virus du COVID-19 étaient obligées de se vacciner avec un produit moins efficace que ne semblait l'être la contamination naturelle, ce qui s'apparentait à une forme d'empoisonnement.

L'ordonnance COVID-19 certificats violait en conséquence la Constitution fédérale et devait être corrigée. Les personnes présentant une guérison au virus du COVID-19 par le biais d'une sérologie devaient pouvoir recevoir un certificat COVID sans condition, pour autant qu'elles puissent présenter à intervalles réguliers, par exemple tous les trois mois, la preuve de la présence d'anticorps.

5) La DGS a conclu à l'irrecevabilité de certaines conclusions et au rejet du recours pour le surplus.

Un certificat de guérison COVID-19 était délivré lorsqu'une personne prouvait avoir contracté le SARS-CoV-2 et était considérée comme guérie. L'infection était prouvée au moyen d'un résultat positif d'une analyse de biologie moléculaire pour le SARS-CoV-2. En vertu de la réglementation de l'Union européenne, les tests sérologiques n'étaient, à l'heure actuelle, pas utilisés comme moyen de preuve de rétablissement, dans la mesure où ils ne permettaient pas de déterminer la date de la maladie, celle-ci étant essentielle à déterminer la validité du certificat.

En l'espèce, le recourant attestait d'une sérologie, laquelle ne permettait pas de déterminer quand il aurait contracté la maladie, d'autant plus qu'il alléguait avoir effectué deux autotests qui s'étaient avérés négatifs. On ne pouvait en effet pas exclure qu'il ait été malade avant ses vacances d'été. En tout état, la date de l'infection ne pouvant être établie avec certitude, celle à partir de laquelle un certificat serait valide ne pouvait pas être fixée. Ce n'était pourtant pas faute, pour les autorités sanitaires, de recommander depuis le début de l'épidémie de se faire tester dès l'apparition des symptômes et de ne pas attendre. Elles avaient en outre

largement communiqué sur le fait que les autotests n'étaient pas recommandés en cas de symptômes et que la seule manière d'attester valablement le fait d'être malade devait être confirmée par des tests effectués par des prestataires agréés et examinés en laboratoire.

Le recourant n'avait pas souhaité recevoir une dose de vaccin puisqu'il présentait des anticorps à la suite d'une infection préalable, arguant que ceci s'apparenterait à un empoisonnement. Il avait librement choisi de ne pas se soumettre aux conditions qui lui auraient permis d'obtenir un certificat de guérison et qui lui avaient été indiquées clairement au moment de sa prise de contact avec la cellule COVID-19.

Le recourant sollicitait une exception individuelle, fondée sur sa propre appréciation de la valeur probante d'une sérologie et du caractère supposément toxique d'un vaccin combiné à des anticorps déjà présents dans son sang. Il ne pouvait être suivi. On comprenait d'ailleurs assez mal pourquoi il s'était refusé à se soumettre à un test PCR, partant du principe qu'il serait négatif, dans la foulée de son retour de vacances, alors qu'il proposait, aux mêmes fins d'obtention d'un certificat de guérison, de se soumettre à des sérologies régulières. Il ne démontrait pas qu'il remplissait les conditions formelles applicables dans le cas d'espèce pour obtenir un certificat COVID-19.

La restriction à l'égalité de traitement, qu'il jugeait illicite, était légitimée par une base légale formelle fédérale. Il ne démontrait aucunement en quoi les conditions de l'art. 36 Cst. ne seraient pas respectées.

Enfin, s'agissant d'une décision négative, elle n'était pas susceptible de bénéficier de l'effet suspensif.

6) Dans sa réplique, le recourant a persisté dans ses conclusions, à l'exception du chef de conclusion relatif à l'effet suspensif qu'il modifiait en requête en mesures provisionnelles en octroi immédiat du certificat COVID-19.

La DGS n'apportait aucun argument scientifique justifiant la teneur actuelle de l'ordonnance COVID-19 certificats. Il ne pouvait être exigé de procéder à une analyse de biologie moléculaire lorsque les symptômes avaient été relativement bénins et de relative courte durée, et que l'on se trouvait à l'étranger, dans un endroit isolé, dans un pays dont on ne maîtrisait pas la langue alors même que l'on avait procédé à des autotests, parfois à plusieurs reprises, qui s'étaient avérés négatifs. À défaut de suivre ce raisonnement, on pouvait raisonnablement se demander à quoi les autotests servaient. La théorie consistant à se faire tester à l'apparition des symptômes était pertinente, mais le respect du principe de la proportionnalité imposait de considérer que, dès lors que l'on n'était pas en mesure de contaminer d'autres personnes et que les autotests étaient négatifs, il ne pouvait pas être exigé de procéder à l'analyse de biologie moléculaire.

La violation de sa liberté constitutionnelle n'était pas fondée sur une contestation de la loi COVID-19, mais sur l'application « fixée » dans l'ordonnance COVID-19 certificats « qui empêchait une personne guérie, prouvé par une sérologie, de bénéficier du certificat COVID ; dont l'existence et la légalité n'[étaient] pas contestées par le recourant ».

7) Sur ce, les parties ont été informées, le 5 octobre 2021, que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1) a. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

b. Les conclusions en constatation de l'illicéité de l'art. 16 de l'ordonnance COVID-19 certificats et des annexes 2 et 3 sont irrecevables, dans la mesure où les conclusions constatatoires sont subsidiaires aux conclusions condamnatoires (ATA/355/2020 du 16 avril 2020 consid. 3 ; ATA/1144/2015 du 27 octobre 2015 consid. 9a).

De surcroît, les dispositions contestées ne constituent pas des décisions individuelles, susceptibles de recours. Ces dispositions sont générales et abstraites et visent l'ensemble des administrés se trouvant dans la même situation ; elles ne créent pas à son égard en particulier des droits ou obligations. Ce dernier a d'ailleurs dû requérir de la part de l'autorité intimée une décision le concernant en particulier relative à sa prétention en délivrance d'un certificat COVID-19. Cette décision est susceptible d'un recours devant la chambre de céans, qui peut, dans ce cadre, procéder au contrôle concret des dispositions en question (ATA/943/2021 du 14 septembre 2021 consid. 2).

2) Le litige porte sur la conformité au droit d'une décision de refus de délivrer un certificat COVID de guérison au recourant.

a. Droit constitutionnel codifié aux art. 10 al. 2 et 7 Cst., la liberté personnelle garantit le droit à l'intégrité physique et psychique, la liberté de mouvement (art. 10 al. 2 Cst.), le respect de la dignité humaine (art. 7 Cst.) et, de manière générale, toutes les facultés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine (ATF 134 I 209 consid. 2.3.1 ; 133 I 110 consid. 5.2 ; 130 I 65 consid. 3.1 ; 130 I 369 consid. 2).

b. Le droit au respect de la sphère privée au sens de l'art. 13 al. 1 Cst., dont le champ d'application matériel concorde largement avec celui de l'art. 8 de la

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), garantit quant à lui notamment le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale ; il protège l'identité, les relations sociales et les comportements intimes de chaque personne physique, l'honneur et la réputation (ATF 137 I 167 consid. 3.2 ; 135 I 198 consid. 3. 1 ; 126 II 377 consid. 7).

3) Les droits fondamentaux peuvent être restreints, pour autant que la restriction soit fondée sur une base légale, repose sur un intérêt public ou sur la protection d'un droit fondamental d'autrui et soit proportionnée au but visé (art. 36 Cst.).

Selon la jurisprudence, les restrictions graves aux libertés nécessitent une base légale claire et nette dans une loi formelle que le Tribunal fédéral revoit avec plein pouvoir d'examen (ATF 127 I 6 consid. 6 ; Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER/Maya HERTIG RANDALL/Alexandre FLÜCKIGER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 4ème éd., 2021, n. 194).

S'agissant de l'intérêt public, la protection de la santé publique est un motif classique justifiant des restrictions aux libertés individuelles, qui peut notamment être invoqué pour restreindre la liberté personnelle (Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER/Maya HERTIG RANDALL/Alexandre FLÜCKIGER, op. cit., n. 223).

Pour être conforme au principe de la proportionnalité, une restriction à un droit fondamental doit être apte à atteindre le but visé, lequel ne peut pas être obtenu par une mesure moins incisive ; il faut en outre qu'il existe un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la situation de la personne visée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 143 I 403 consid. 5.6.3 ; 141 I 20 consid. 6.2.1 ; 137 I 167 consid. 3.6).

4) a. La loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 du 25 septembre 2020 (Loi COVID-19 - RS 818.102) règle des compétences particulières du Conseil fédéral visant à lutter contre l'épidémie de COVID-19 et à surmonter les conséquences des mesures de lutte sur la société, l'économie et les autorités.

Le Conseil fédéral définit les exigences applicables au document prouvant que son titulaire a été vacciné contre le COVID-19, qu'il en est guéri ou qu'il dispose d'un résultat de test du dépistage du COVID-19 (art. 6a al. 1 Loi COVID-19). Ce document doit être délivré sur demande (art. 6a al. 2 Loi COVID-19).

b. L'ordonnance COVID-19 certificats règle : la forme, le contenu, l'établissement et la révocation des certificats COVID-19 suivants qui attestent :

1) une vaccination contre le COVID-19 (certificat de vaccination COVID-19) ; 2) une guérison après une infection au SARS-CoV-2 (certificat de guérison COVID-19) ; 3) un résultat négatif de l'analyse pour le SARS-CoV-2 (certificat de test COVID-19 ; art. 1 let. a ordonnance COVID-19 certificats).

Un certificat de guérison COVID-19 est établi lorsqu'une personne a contracté le SARS-CoV-2 et qu'elle est considérée comme guérie. L'infection d'une personne doit être attestée par le résultat positif d'une analyse de biologie moléculaire pour le SARS-CoV-2 (art. 16 ordonnance COVID-19 certificats).

Les certificats de guérison COVID-19 contiennent, en plus du contenu général de tous les certificats COVID-19, les indications concernant la maladie dont la personne a guéri et la date de la guérison selon l'annexe 3 (art. 17 ordonnance COVID-19 certificats).

Le début et la durée de validité des certificats de guérison COVID-19 se fondent sur l'annexe 3. La période de validité commence au plus tôt le 11ème jour après que l'infection a été prouvée par le résultat positif d'une analyse de biologie moléculaire pour le SARS-CoV-2 (art. 18 ordonnance COVID-19 certificats).

Après avoir consulté le département fédéral des finances et le département fédéral des affaires étrangères, le département fédéral de l'intérieur actualise les annexes 1 à 4 selon les normes harmonisées au niveau international en vue de garantir l'interopérabilité des certificats du plus grand nombre d'États possible et la reconnaissance internationale des certificats émis en vertu de l'ordonnance ordonnance COVID-19 certificats (art. 33 ordonnance COVID-19 certificats).

c. L'Annexe 3 de l'ordonnance traite des dispositions particulières applicables aux certificats de guérison COVID-19. Il précise que le début de la validité est fixée au 11ème jour suivant le premier résultat positif d'une analyse de biologie moléculaire pour le SARS-CoV-2 (ch. 1.1) et que la durée de validité est de 180 jours à partir de la date du résultat du test visé au ch. 1.1 (ch. 1.2).

Les indications concernant la maladie dont la personne a guéri et la date de la guérison portent sur : a) la maladie dont la personne a guéri (« COVID-19 »), b) la date du premier résultat positif d'une analyse de biologie moléculaire pour le SARS-CoV-2, c) le début de la validité et d) la fin de la validité (ch. 2 annexe 3).

d. D'après la jurisprudence, afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut expliciter l'interprétation qu'elle leur donne dans des directives. Celles-ci n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce (ATF 145 II 2 consid. 4.3). Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de

lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 141 II 338 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_522/2012 du 28 décembre 2012 consid. 2.3 ; ATA/829/2019 du 25 avril 2019 consid. 6a).

e. L'office fédéral de la santé publique (ci-après : l'OFSP) a publié un commentaire de vingt-neuf pages sur l'ordonnance COVID-19 certificats.

Il précise, à propos de l'art. 16, qu'en vertu de la réglementation de l'Union européenne les tests sérologiques ne sont à l'heure actuelle pas utilisés comme moyen de preuve de rétablissement dans la mesure où ils ne permettent pas de déterminer la date de la maladie, celle-ci étant essentielle à déterminer la validité du certificat.

5) a. En l'espèce, le recourant sollicite la délivrance immédiate d'un certificat de guérison COVID-19 sur la base du rapport de sérologie de Dianalabs SA du 21 juillet 2021 et se dit prêt à se soumettre régulièrement à des tests sérologiques.

Or, l'art. 16 de l'ordonnance COVID-19 certificats conditionne expressément la délivrance d'un certificat de guérison COVID-19 au résultat positif d'une analyse de biologie moléculaire pour le SARS-CoV-2 (test PCR), que le recourant a confirmé ne pas détenir et refuser de faire.

Par ailleurs, il ne souhaite pas se faire administrer une dose de vaccin qu'il assimile à un empoisonnement compte tenu de la présence d'anticorps. Or, cette condition est nécessaire pour l'obtention d'un certificat de vaccination COVID-19, prévu par les art. 14 et 15 de la Loi COVID-19, ainsi qu'au ch. 1.1.let. c ch. 1 de l'annexe 2 de ladite loi qui précise que pour les personnes ayant contracté le SARS-CoV-2 de manière attestée, le certificat est valable dès le jour de l'administration de la dose unique d'un vaccin ou vingt-deux jours après selon le vaccin.

Dans ces conditions, le recourant ne remplissant pas les conditions des art. 6a de la Loi COVID-19, 14 à 18 de l'ordonnance COVID-19 certificats et de ses annexes, c'est à bon droit que la DGS a refusé de lui délivrer le certificat litigieux.

b. Le recourant se prévaut d'une violation du principe de la proportionnalité compte tenu du fait qu'il a effectué des autotests, qu'il était dans un pays dont il ne maîtrisait pas la langue, était dans une région isolée et n'a pas eu de contacts pendant une certaine période avec des tiers.

Dès lors que l'autorité intimée ne fait qu'appliquer les dispositions légales sans disposer de marge d'appréciation, le grief tombe à faux.

Pour le surplus, l'exigence d'une analyse de biologie moléculaire repose sur une base légale formelle fédérale, répond à un intérêt de santé publique et est proportionnée. La mesure imposée est apte à atteindre le but de santé publique recherché, nécessaire pour ce faire et assurer, notamment, la reconnaissance des certificats avec l'Union européenne et proportionnée au sens étroit dès lors qu'aucune mesure moins incisive n'apparait pertinente. À ce titre, le recourant ne fait que substituer sa propre appréciation des conditions dans lesquelles un certificat COVID pourrait être délivré sans démontrer que les conditions de l'art. 36 Cst. seraient violées.

6) Le recourant se plaint d'une violation du principe de l'égalité de traitement.

a. Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de 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 lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 145 I 73 consid. 5.1 ; 142 I 195 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_468/2019 du 8 juin 2020 consid. 3.1).

b. En l'espèce, le recourant souhaite que les personnes guéries, ayant effectué un test sérologique, soient traitées de la même manière que celles au bénéfice d'une analyse de biologie moléculaire. Or, l'autorité intimée a expliqué que la date de l'infection ne pouvant être établie avec certitude par un test sérologique, la date à partir de laquelle un certificat serait valide ne pouvait pas être fixée. L'évolution scientifique est pour le surplus expressément réservée à l'art. 33 de l'ordonnance COVID-19 certificats. Le recourant se limitant à opposer sa propre appréciation à celle de l'autorité intimée, il ne peut être suivi, des distinctions juridiques entre les deux situations se justifiant par un motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer.

Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

7) Le prononcé du présent arrêt rend sans objet la requête en mesures provisionnelles.

8) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant (art. (87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, dans la mesure où il est recevable, le recours interjeté le 13 septembre 2021 par Monsieur A_____ contre la décision de la direction générale de la santé du 27 juillet 2021 ;

met un émolument de CHF 400.- à la charge de Monsieur A_____ ;

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

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire 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. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Monsieur A_____, ainsi qu'à la direction générale de la santé.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mmes Krauskopf, Payot Zen-Ruffinen et Lauber, juges, et Mme Steiner Schmid, juge suppléante.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	le président siégeant :
M. Rodriguez Ellwanger	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :