

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 810/2021

Arrêt du 31 mars 2023

Ile Cour de droit public

Composition

Mmes et MM. les Juges fédéraux
Aubry Girardin, Présidente, Donzallaz,
Hänni, Hartmann et Ryter.
Greffière : Mme Kleber

Participants à la procédure

1. A. _____,
2. B. _____,
3. C. _____,
4. D. _____,
5. E. _____,
6. F. _____,
7. G. _____,
8. H. _____,
9. I. _____,
10. J. _____,
11. K. _____,
12. L. _____,
13. M. _____,
14. N. _____,
15. O. _____,
16. P. _____,
17. Q. _____,
18. R. _____,
19. S. _____,
20. T. _____,
21. U. _____,
22. V. _____,

tous représentés par Me Youri Widmer, avocat,
recourants,

contre

Conseil d'Etat du canton de Fribourg,
case postale, 1701 Fribourg.

Objet

Ordonnance fribourgeoise sur la restriction d'accès aux hautes écoles aux personnes disposant d'un certificat COVID-19,

recours contre l'ordonnance sur la restriction d'accès aux hautes écoles aux personnes disposant d'un certi-

ficat du 14 septembre 2021 (COVID-19).

Faits :

A.

Le 14 septembre 2021, le Conseil d'Etat du canton de Fribourg (ci-après: le Conseil d'Etat) a adopté l'ordonnance [du canton de Fribourg] sur la restriction d'accès aux hautes écoles aux personnes disposant d'un certificat COVID-19 (RSF 821.40.33; ci-après: ordonnance fribourgeoise restriction d'accès ou ordonnance querellée). Se référant à la loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies, LEp; RS 818.101), en particulier son art. 40, à la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19; RS 818.102), en particulier son article 6a (RO 2021 153), à l'ordonnance du 23 juin 2021 sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière (ordonnance COVID-19 situation particulière; RS 818.101.26; RO 2021 379, abrogée le 17 février 2022), en particulier son article 19a (RO 2021 542), à l'ordonnance du 4 juin 2021 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 (ordonnance COVID-19 certificats; RS 818.102.2; RO 2021 325) et à la loi fribourgeoise du

16 novembre 1999 sur la santé (LSan; RSF 821.0.1), le Conseil d'Etat a arrêté le texte suivant:

Art. 1 Champ d'application

1 La présente ordonnance s'applique aux hautes écoles du canton de Fribourg (ci-après: les hautes écoles).

Art. 2 Activités d'enseignement et de recherche

1 Les hautes écoles restreignent l'accès en présentiel aux activités d'enseignement et de recherche du bachelor, du master et du doctorat aux personnes disposant d'un certificat COVID-19, sous réserve de l'alinéa 3.

2 Les règles suivantes sont respectées:

- a) une alternative d'enseignement, notamment à distance, est prévue par les hautes écoles;
- b) les examens et évaluations se déroulent selon les dispositions des hautes écoles;
- c) des contrôles sont effectués et des sanctions peuvent être prises en cas de non-respect des mesures liées à l'exigence du certificat COVID-19.

3 Les hautes écoles peuvent prévoir des exceptions à la restriction prévue à l'alinéa 1, notamment en fonction des locaux, des effectifs ou de la nature des activités didactiques.

4 Chaque haute école fixe les modalités organisationnelles.

Art. 3 Plans de protection

1 Les hautes écoles élaborent, adaptent et veillent à l'application de leurs plans de protection.

Art. 4 Autres activités

1 Pour toutes les activités autres que celles citées à l'article 2 al. 1, les règles relatives aux manifestations sont applicables.

Art. 5 Personnel

1 L'enseignement ordinaire est dispensé en présentiel. Le personnel enseignant non-détenteur du certificat COVID-19 est tenu de porter le masque et de respecter la distance.

2 Le personnel administratif et technique non-détenteur du certificat COVID-19 doit porter le masque et respecter la distance.

Art. 6 Protection des données

1 Le traitement des données contenues dans le certificat COVID-19 est limité à son contrôle, dont aucune trace n'est conservée par les hautes écoles.

Art. 7 Disposition transitoire

1 Les hautes écoles disposent d'un délai fixé au 31 octobre 2021 pour se conformer à l'article 2.

Les hautes écoles du canton de Fribourg comprennent l'Université de Fribourg, la Haute école spécialisée de Suisse occidentale Fribourg (HES-SO//FR, regroupant quatre écoles) et la Haute école pédagogique Fribourg (HEP-PH FR).

La date d'entrée en vigueur de l'ordonnance fribourgeoise restriction d'accès a été fixée au 13 septembre 2021 (ch. IV de l'ordonnance), tandis que la publication au recueil officiel fribourgeois a eu lieu le 17 septembre 2021.

B.

Agissant le 14 octobre 2021 par la voie du recours en matière de droit public, A. _____ et 21 autres personnes demandent au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler intégralement l'ordonnance fribourgeoise restriction d'accès. Ils sollicitent l'effet suspensif.

Le Conseil d'Etat conclut au rejet de la demande d'effet suspensif et, au fond, au rejet du recours dans la mesure où il est recevable, sous suite de frais et dépens.

Par ordonnance présidentielle du 11 novembre 2021, la demande d'effet suspensif a été rejetée.

Les recourants ont répliqué, en maintenant leurs conclusions. Le Conseil d'Etat a précisé au Tribunal fédéral que l'ordonnance querellée avait été abrogée au 22 février 2022, mais qu'il subsistait un intérêt à ce que la cause soit jugée, dans la mesure où il pourrait être contraint d'arrêter à nouveau des mesures similaires. L'Office fédéral de la santé publique a renoncé à se déterminer.

Considérant en droit :

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF) et contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 147 I 89 consid. 1).

1.1. Le recours en matière de droit public est ouvert contre les actes normatifs cantonaux (art. 82 let. b LTF). L'ordonnance litigieuse constitue un tel acte. Il est précisé, ce qui n'est du reste pas contesté, qu'il ne s'agit pas d'une décision générale ("Allgemeinverfügung"). En effet, l'ordonnance querellée doit être mise en oeuvre par les hautes écoles (art. 2 al. 4); elle ne constitue pas une mesure ponctuelle d'application immédiate dans une situation concrète (cf., sur la notion de décision générale, ATF 134 II 272 consid. 3.2; arrêt 2C 429/2021 du 16 décembre 2021 consid. 1.1).

1.2. L'acte attaqué ne peut faire l'objet, à Fribourg, d'un recours cantonal (cf. arrêt 2C 793/2020 du 8 juillet 2021 consid. 1.2, non publié in ATF 147 I 393). La voie du recours en matière de droit public est dès lors directement ouverte (art. 87 al. 1 LTF). Les recourants ont en outre agi en temps utile (art. 101 LTF).

1.3. L'art. 89 al. 1 LTF confère la qualité pour former un recours en matière de droit public contre un acte normatif à quiconque est particulièrement atteint par cet acte (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c).

1.3.1. L'intérêt personnel requis peut être simplement virtuel; il suffit qu'il existe un minimum de vraisemblance que la partie recourante puisse se voir un jour appliquer les dispositions contestées (ATF 148 I 160 consid. 1.4).

En l'occurrence, les recourants, des étudiants immatriculés soit à l'Université de Fribourg, soit dans une autre haute école du canton lors du dépôt du recours, se sont vus appliquer l'ordonnance litigieuse et étaient directement touchés par celle-ci en tant qu'elle concernait les étudiants et doctorants.

1.3.2. L'intérêt digne de protection, au sens de l'art. 89 al. 1 let. c LTF, consiste dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait à la partie recourante en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait (ATF 138 III 537 consid. 1.2.2). L'intérêt doit être actuel et exister tant au moment du dépôt du recours qu'à celui où l'arrêt est rendu (ATF 142 I 135 consid. 1.3.1). Cela vaut aussi en cas de contrôle abstrait. L'intérêt actuel fait ainsi défaut lorsque l'acte attaqué a entretemps été abrogé (ATF 147 I 478 consid. 2.2). Il est toutefois exceptionnellement fait abstraction

de l'exigence d'un intérêt actuel lorsque la contestation peut se reproduire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues, que sa nature ne permet pas de la trancher avant qu'elle ne perde son actualité et que, en raison de sa portée de principe, il existe un intérêt public suffisamment important à la solution de la question litigieuse (ATF 147 I 478 consid. 2.2 et les arrêts cités).

1.3.3. En l'espèce, les recourants n'ont plus d'intérêt actuel au recours, puisque l'ordonnance cantonale querellée a été abrogée le 22 février 2022 (ROF 2022 022).

Il n'en demeure pas moins que le recours soulève une question qui pourrait se poser à nouveau dans des termes semblables, notamment si de nouveaux variants du COVID-19 imposaient de prendre de nouvelles mesures. Le Conseil d'Etat lui-même le souligne. Dans le cadre d'ordonnances modifiées rapidement comme en l'espèce, un contrôle juridictionnel en temps utile serait en outre à peine possible si l'exigence d'un intérêt actuel devait être maintenue (arrêt 2C 941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 1.3.2, non publié in ATF 147 I 450). Il existe par ailleurs un intérêt public à la résolution du litige, dès lors que la question revêt une portée de principe et que le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur l'obligation de présenter un certificat COVID-19 pour accéder aux hautes écoles. Partant, il y a lieu de renoncer à l'exigence d'un intérêt actuel.

1.3.4. Le Conseil d'Etat fait valoir que les recourants n'avaient pas d'intérêt pratique à l'annulation de l'ordonnance, car un régime de limitation d'accès aurait dû, de toute façon, en vertu du droit fédéral, être mis en oeuvre. Selon le Conseil d'Etat, les recourants auraient dû conclure à la réforme de l'ordonnance et non à son annulation.

Le Conseil d'Etat perd de vue que les recourants ne pouvaient pas former une conclusion en réforme à l'encontre de l'arrêté cantonal, le recours abstrait étant exclusivement de nature cassatoire (arrêts 2C 302/2020 du 11 novembre 2021 consid. 3.4; 4C 2/2011 du 17 mai 2011 consid. 4, non publié in ATF 137 III 185; 2C 21/2010 du 23 novembre 2010 consid. 1.4). Quoi qu'il en soit, la perspective d'un autre régime de restriction d'accès ne supprimait pas l'intérêt pratique des recourants à l'annulation de celui prévu par l'ordonnance querellée.

1.3.5. Sur le vu de ce qui précède, les recourants disposent de la qualité pour recourir.

1.4. Les recourants ont conclu à l'annulation de l'ordonnance fribourgeoise restriction d'accès dans son intégralité. Ils ne s'en prennent toutefois, dans leur motivation, qu'à l'art. 2 de l'ordonnance, soit l'obligation de présenter un certificat COVID-19 pour accéder aux activités d'enseignement et de recherche en présentiel. Le contenu des autres dispositions n'est ni exposé, ni critiqué. Dans la mesure où il tendait à l'annulation de ces dispositions, le recours est irrecevable, faute de motivation. En effet, conformément aux art. 42 et 106 al. 2 LTF, le Tribunal fédéral n'examine que les dispositions de l'arrêté cantonal qui ont fait l'objet d'un grief suffisamment motivé (ATF 137 I 257 consid. 6.4; arrêts 2C 770/2012 du 9 mai 2013 consid. 1.5.3; 2C 88/2009 du 19 mars 2010 consid. 3.3). Partant, en l'espèce, la Cour de céans n'examinera que l'art. 2 de l'ordonnance attaquée.

Sous la réserve qui précède, il convient d'entrer en matière.

2.

Le Conseil d'Etat fait valoir que l'ordonnance fribourgeoise restriction d'accès ne faisait que reprendre le régime imposé par le droit fédéral, soit par l'art. 19a de l'ordonnance COVID-19 situation particulière, lui-même fondé sur l'art. 6 al. 2 let. a et b LEp. En attaquant l'ordonnance querellée, les recourants s'en prendraient ainsi en réalité à titre incident au droit fédéral, ce qui ne serait pas compatible avec l'art. 189 al. 4 Cst. En tout état, l'art. 190 Cst. interdirait au Tribunal fédéral d'annuler l'ordonnance querellée.

Cette critique renvoie à la question de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de lutte contre le COVID-19.

2.1. L'art. 118 al. 2 let. b Cst. transfère à la Confédération une compétence globale, dotée d'un effet dérogatoire subséquent, concernant la lutte contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses de l'être humain et des animaux (ATF 148 I 33 consid. 5.3 et arrêts cités).

Entre autres sur ce fondement, le législateur fédéral a adopté la loi sur les épidémies. Le chapitre 5 de la loi ("mesures de lutte") prévoit dans sa section 1 (art. 30-39) et dans sa section 2 (art. 40) des mesures que les auto-

rités cantonales compétentes peuvent ordonner. En cas de situation particulière, telle que définie à l'art. 6 LEp, le Conseil fédéral peut, après avoir consulté les cantons, ordonner certaines mesures (art. 6 al. 2 LEp). En cas de situation extraordinaire, le Conseil fédéral peut ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays (art. 7 LEp). Les cantons exécutent la loi dans la mesure où son exécution n'incombe pas à la Confédération (art. 75 LEp). Ils exécutent également les mesures ordonnées par le Conseil fédéral sur la base de l'art. 6 ou 7 LEp (art. 102 al. 2 de l'ordonnance fédérale du 19 avril 2015 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme [ordonnance sur les épidémies, OEp; RS 919.101.1]). Il ressort de cette réglementation qu'en principe aussi bien les cantons que le Conseil fédéral, en cas de situation particulière et extraordinaire, peuvent ordonner des mesures de lutte contre les maladies transmissibles (ATF 148 I 33 consid. 5.3).

2.2. En matière de lutte contre le COVID-19, le Conseil fédéral a notamment adopté, sur le fondement de l'art. 6 LEp, situation particulière, l'ordonnance COVID-19 situation particulière (citée supra point A), laquelle ordonne des mesures visant la population, les organisations, les institutions et les cantons dans le but de lutter contre l'épidémie de COVID-19 (art. 1 al. 1). Selon son art. 2, sauf disposition contraire de l'ordonnance, les cantons demeurent compétents, conformément à la LEp.

Le 8 septembre 2021, le Conseil fédéral a adopté l'art. 19a de l'ordonnance COVID-19 situation particulière, relatif aux établissements de formation dans le domaine des hautes écoles. Entré en vigueur le 13 septembre 2021 (RO 2021 542), cet article avait la teneur suivante: "Si le canton ou une institution du domaine des hautes écoles restreint l'accès aux activités d'enseignement et de recherche du bachelor, du master et du doctorat aux personnes disposant d'un certificat, aucune restriction prévue par la présente ordonnance ne s'applique, hormis l'obligation d'élaborer et de mettre en oeuvre un plan de protection conformément à l'art. 10, al. 3 (al. 1). Si l'accès aux activités d'enseignement et de recherche au sens de l'al. 1 n'est pas limité, les dispositions suivantes s'appliquent: a. les locaux peuvent être remplis aux deux tiers de leur capacité au maximum; b. l'obligation de porter un masque facial est régie par l'art. 6; de plus, la distance requise doit autant que possible être respectée (al. 2)".

L'art. 19a ordonnance COVID situation particulière a été modifié en décembre 2021. Selon le texte entré en vigueur le 20 décembre 2021 (RO 2021 882), "l'accès doit être limité aux personnes disposant d'un certificat de vaccination, de guérison ou de test pour les offres et activités de formation et de formation continue suivantes: a. activités d'enseignement et de recherche du bachelor, du master et du doctorat et examens dans les institutions du domaine des hautes écoles" (....).

2.3. Selon l'art. 189 al. 4 Cst. première phrase, les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral. Cette disposition exclut le contrôle abstrait des actes fédéraux (cf. aussi art. 82 let. b LTF a contrario).

Aux termes de l'art. 190 Cst., le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Cette disposition interdit de refuser l'application d'une loi fédérale contraire à la Constitution, mais n'empêche pas d'en contrôler la conformité à la Constitution (ATF 146 V 271 consid. 8.2; 144 II 147 consid. 7.2; "Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot"). En vertu de l'art. 190 Cst., le Tribunal fédéral doit respecter les délégations législatives donnant au Conseil fédéral un large pouvoir d'appréciation, en ce sens qu'il ne doit pas substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral (cf. ATF 147 V 242 consid. 7.1). En outre, le Tribunal fédéral ne peut pas refuser d'appliquer une ordonnance dépendante dans la mesure où celle-ci reste dans le cadre de la délégation de compétence et ne fait que reprendre une inconstitutionnalité affectant la loi elle-même (ATF 140 II 194 consid. 5.8; 131 II 271 consid. 4; 119 Ia 241 consid. 5a; arrêt 2C 677/2020 du 9 juin 2021 consid. 4.1).

L'art. 190 Cst. ne s'applique pas aux actes normatifs cantonaux, sauf de manière indirecte, lorsque la disposition dont la constitutionnalité est contestée est directement contenue dans une loi fédérale (ATF 136 I 49 consid. 3.2; 130 II 509 consid. 9.2; 119 Ia 241 consid. 5b; cf. VINCENT MARTENET, in Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, no 33 ad art. 190 Cst.; HANGARTNER/LOOSER, in St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 2014, no 29 ad art. 190 Cst.). Le rapport entre les réglementations fédérale et cantonale doit être sinon impératif, du moins très étroit (ATF 130 I 26 consid. 2.2.2).

2.4. En l'occurrence, l'acte querellé est un acte normatif cantonal et peut en tant que tel faire l'objet d'un recours abstrait (cf. également supra consid. 1.1). Par ailleurs, au moment où le Conseil d'Etat fribourgeois a

adopté l'ordonnance querellée, l'art. 19a ordonnance COVID-19 situation particulière n'imposait pas aux cantons de prévoir l'obligation du certificat COVID-19 pour l'accès aux activités d'enseignement et de recherche des hautes écoles, mais envisageait des alternatives (certificat COVID-19 ou limitation de la capacité). Du moment que le Conseil fédéral n'avait pas adopté de mesures spécifiques, les cantons demeuraient compétents, conformément à la loi fédérale sur les épidémies. La situation s'est certes modifiée entre le 20 décembre 2021 et la levée des mesures le 17 février 2022, puisqu'à cette période, la restriction d'accès aux hautes écoles aux détenteurs d'un certificat COVID-19 a été imposée directement par le Conseil fédéral, si bien que l'ordonnance cantonale n'avait plus de portée propre. Cela n'a toutefois pas d'incidence sur la présente cause. En effet, en cas de recours abstrait contre une ordonnance cantonale, l'objet de la contestation devant le Tribunal fédéral est l'ordonnance querellée dans sa

version en vigueur au moment du dépôt du recours (ATF 147 I 478 consid. 2.3.2: cf. aussi infra consid. 4). Contrôler l'ordonnance querellée ne revient partant pas à exercer un contrôle abstrait d'une ordonnance fédérale. Quant à la portée de l'art. 190 Cst., cette disposition ne ferait obstacle à l'annulation de l'ordonnance cantonale querellée que si celle-ci ne faisait que reprendre une inconstitutionnalité contenue dans une loi fédérale, ce qui n'est pas le cas.

3.

3.1. Dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes, le Tribunal fédéral examine librement la conformité d'un acte normatif aux droits fondamentaux, à condition que ceux-ci soient invoqués et motivés conformément aux exigences découlant de l'art. 106 al. 2 LTF (ATF 148 I 160 consid. 2; 141 I 78 consid. 4.1). La partie recourante doit indiquer les principes constitutionnels qui n'auraient pas été respectés et expliquer de manière claire et précise en quoi ces principes auraient été violés (ATF 147 I 478 consid. 2.4; 146 I 62 consid. 3; 142 II 369 consid. 2.1).

En l'occurrence, la Cour de céans n'examinera pas les dispositions de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (Cst./FR; RS 131.219) invoquées par les recourants, à défaut de motivation spécifique les concernant (cf. arrêt 2C 429/2021 du 16 décembre 2021 consid. 4.1).

3.2. Lors de l'examen d'un acte normatif cantonal, le Tribunal fédéral s'impose une certaine retenue, eu égard notamment aux principes découlant du fédéralisme et de la proportionnalité. Dans ce contexte, il est décisif que la norme mise en cause puisse, d'après les principes d'interprétation reconnus, se voir attribuer un sens compatible avec les dispositions du droit supérieur invoquées. Pour en juger, il faut notamment tenir compte de la portée de l'atteinte aux droits fondamentaux en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante, ainsi que des circonstances effectives dans lesquelles ladite norme sera appliquée (ATF 148 I 160 consid. 2; 144 I 306 consid. 2). Le juge ne doit pas se borner à traiter le problème de manière purement abstraite, mais il lui incombe de prendre en compte dans son analyse la vraisemblance d'une application conforme au droit supérieur. Les explications de l'autorité cantonale sur la manière dont elle applique ou envisage d'appliquer la disposition mise en cause doivent également être prises en considération. Si une réglementation de portée générale apparaît comme défendable au regard du droit supérieur dans des situations

normales, telles que le législateur pouvait les prévoir, l'éventualité que, dans certains cas, son application puisse se révéler inconstitutionnelle ne saurait en principe justifier une intervention du juge au stade du contrôle abstrait des normes (ATF 148 I 160 consid. 2; 145 I 73 consid. 2).

3.3. Lorsque le Tribunal fédéral juge directement un acte normatif attaqué dans le cadre d'un contrôle abstrait (art. 87 al. 1 LTF), comme en l'espèce, il manque un état de fait établi par l'autorité précédente sur lequel il pourrait fonder son arrêt. Dans ce cas, le Tribunal fédéral doit établir les faits de manière autonome, dans la mesure où cela est nécessaire pour le jugement. La procédure probatoire est régie, selon l'art. 55 al. 1 LTF, par les art. 36, 37 et 39 à 65 de la loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (PCF; RS 273) (arrêts 2C 886/2021 du 12 décembre 2022 consid. 2.3, destiné à la publication; 2C 8/2021 du 25 juin 2021 consid. 2.5, non publié in ATF 147 I 478). Le Tribunal fédéral se base en particulier sur les offres de preuve des parties, les communiqués officiels et les faits notoires, en procédant à une libre appréciation des preuves (art. 40 CPC; arrêts 2C 886/2021 du 12 décembre 2022 consid. 2.3, destiné à la publication; 2C 664/2016 du

25 mars 2020 consid. 1.6.2, non publié in ATF 147 I 16; 2C 843/2017 du 8 octobre 2018 consid. 1.5).

4.

Comme déjà indiqué (cf. supra consid. 2.4), l'objet de la contestation devant le Tribunal fédéral est l'art. 2 de l'ordonnance cantonale querellée, dans sa version en vigueur au moment du dépôt du recours (ATF 147 I 478 consid. 2.3.2). Il convient donc d'exposer le cadre légal au moment du recours.

L'ordonnance fribourgeoise querellée prévoyait à son art. 2 que "les hautes écoles restreignent l'accès en présentiel aux activités d'enseignement et de recherche du bachelor, du master et du doctorat aux personnes disposant d'un certificat COVID-19, sous réserve de l'alinéa 3".

Au moment du dépôt du recours, un certificat COVID-19 attestait, selon l'art. 1 let. a ch. 1, 2 et 3 ordonnance COVID-19 certificats [RO 2021 325]), une vaccination contre le COVID-19 (certificat de vaccination COVID-19), une guérison après une infection au SARS-CoV-2 (certificat de guérison COVID-19) ou un résultat négatif de l'analyse pour le SARS-CoV-2 (certificat de test COVID-19). Le certificat de vaccination imposait de se soumettre à une vaccination autorisée en Suisse (art. 13 ordonnance COVID-19 certificats). Le certificat de guérison nécessitait la preuve d'un résultat positif d'une analyse de biologie moléculaire pour le SARS-CoV-2 (art. 16 ordonnance COVID-19 certificats). Un certificat de test COVID-19 était soumis à la condition d'un test négatif (art. 19 al. 1 ordonnance COVID-19 certificats). Ce test pouvait consister en une analyse de biologie moléculaire pour le SARS-Cov-2 (art. 19 al. 1 let. a ordonnance COVID-19 certificats), à savoir un test PCR nasopharyngé ou salivaire (cf. Office fédéral de la santé publique [OFSP], commentaire concernant l'ordonnance COVID-19 certificats, version du 4 juin 2021, ad art. 19, disponible sur: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/66986.pdf> [consulté pour la dernière fois le 23 mars 2023]). Le test pouvait aussi consister en un test rapide SARS-CoV-2 avec application par un professionnel (ci-après: test rapide) (art. 19 al. 1 let. b ordonnance COVID-19 certificats [RO 2021 325 et 2021 507]). Jusqu'au 15 novembre 2021, le test rapide pouvait être basé sur un échantillon prélevé uniquement dans la cavité nasale ou dans la salive (à partir du 16 novembre 2021, il devait en revanche s'agir d'un prélèvement opéré par frottis pharyngé [RO 2021 653]). La durée de validité du certificat de test, calculée à partir du prélèvement de l'échantillon, était de 72h pour le test PCR et de 48h pour le test rapide (art. 21 et annexe 4 ordonnance COVID-19 certificats). Le certificat de guérison était valable 180 jours depuis le 11^e jour suivant le premier résultat positif (art. 18 et annexe 3 ordonnance COVID-19 certificat).

En ce qui concerne les coûts, à partir du 11 octobre 2021, les tests nécessaires à l'obtention du certificat COVID-19 n'ont plus été pris en charge par la Confédération (cf. art. 19 al. 1 ter ordonnance COVID-19 certificats [RO 2021 507 et 594]; art. 26a al. 1 let. c et annexe 6 ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 19 juin 2020 [ordonnance 3 COVID-19; RS 818.101.24], annexe 6, RO 2021 594), sauf exception (ordonnance 3 COVID-19, annexe 6, 1.4.1 let. n, RO 2021 594). La vaccination était, en revanche, prise en charge par l'assurance obligatoire des soins, l'assurance militaire, la Confédération et les cantons (pour un aperçu du système, cf. OFSP, Fiche d'information, financement de la vaccination contre le COVID-19, disponible sur: <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/information-fuer-die-aerzteschaft.html> [consulté pour la dernière fois le 23 mars 2023]).

5.

Se prévalant notamment de l'art. 10 al. 2 Cst. et de l'art. 8 CEDH, les recourants dénoncent une atteinte injustifiée à leur liberté personnelle, sous l'angle du droit à l'intégrité physique, du fait de l'exigence du certificat COVID-19.

5.1. Selon l'art. 10 al. 2 Cst., tout être humain a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement. La liberté personnelle inclut toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine et dont devrait jouir tout être humain, afin que la dignité humaine (art. 7 Cst.) ne soit pas atteinte par le biais de mesures étatiques (ATF 147 I 393 consid. 4.1; 134 I 214 consid. 5.1). L'art. 8 par. 1 CEDH confère une protection analogue, au sein de laquelle les garanties de la liberté personnelle et de la protection de la sphère privée des art. 10 al. 2 et 13 al. 1 Cst. se recourent (cf. ATF 142 I 195 consid. 3.2).

Comme toute intervention médicale sur le corps humain, une vaccination, un frottis nasopharyngé, un prélève-

ment d'échantillon dans la cavité nasale ou encore un test salivaire constituant, sur le principe, des atteintes à la liberté personnelle et à la garantie de la sphère privée (cf. arrêts 8C 351/2022 du 22 février 2023 consid. 3.4.1, destiné à la publication; 2C 886/2021 du 12 décembre 2022 consid. 4.4.2, destiné à la publication; ATF 134 III 241 consid. 5.4.3; 128 II 259 consid. 3.3; 99 Ia 747 consid. 2; arrêts 2C 106/2022 du 2 novembre 2022 consid. 4.5.4; 2C 549/2021 du 3 septembre 2021 consid. 4.2.2; YVES DONZALLAZ, *Traité de droit médical*, vol. I, Berne 2021, p. 588 s.). Lorsqu'un acte médical est obligatoire, le fait que le consentement demeure requis et qu'il soit ainsi possible de ne pas se soumettre à cet acte ne supprime pas l'atteinte si la personne subit les conséquences directes négatives de son refus (cf. arrêt de la CourEDH [GC]Vavricka et autres c. République tchèque du 8 avril 2021, req. no 47621/13, § 263 à propos d'une vaccination obligatoire entraînant une amende pour les parents et la non-admission de l'enfant à l'école maternelle en cas de refus; cf. aussi arrêt 8C 351/2022 du 22 février 2023 consid.

3.4.1, destiné à la publication, à propos d'une obligation vaccinale exposant un militaire professionnel à un licenciement en cas de refus; YVES DONZALLAZ, *op. cit.*, p. 613).

5.2. En l'occurrence, selon l'exigence exprimée à l'art. 2 de l'ordonnance fribourgeoise querellée, les étudiants voulant accéder aux cours et activités de recherche en présentiel des hautes écoles fribourgeoises devaient présenter un certificat COVID-19. L'obtention d'un certificat COVID-19 nécessitait de se soumettre à un acte médical, sous la forme d'une vaccination ou sous la forme d'un test PCR ou rapide, à répéter régulièrement vu la durée de validité limitée du certificat de test.

Le consentement demeurerait certes requis dans tous les cas, mais, à moins de disposer d'un certificat de guérison, l'étudiant immatriculé dans une haute école qui refusait de se faire tester de manière régulière ou vacciner ne pouvait plus suivre les cours et activités de recherche en présentiel.

5.3. D'après le Conseil d'Etat, les étudiants avaient le choix, puisqu'il y avait une alternative d'enseignement à distance. Les étudiants ne subissaient ainsi, selon lui, aucun désavantage en refusant de se faire vacciner ou tester.

5.3.1. Le Tribunal fédéral retient, dans le contexte de l'école obligatoire, qu'eu égard au droit constitutionnel à un enseignement de base (art. 19 Cst.) et à l'importance des interactions sociales pour le développement des enfants, il existe un intérêt public élevé à l'enseignement scolaire en présentiel (ATF 148 I 89 consid. 7.3; arrêts 2C 99/2022 du 16 février 2023 consid. 6; 2C 395/2019 du 8 juin 2020 consid. 2 et 3). Il ne s'est pas encore prononcé sur les cours en ligne dans les hautes écoles.

5.3.2. L'organisation faîtière des hautes écoles suisses (swissuniversities) estime qu'un enseignement de qualité est "tributaire des cours en présentiel", pour trois raisons: les cours en présentiel permettent d'acquérir certaines aptitudes (débat argumenté, analyse de questions complexes, pensée en réseau); l'absence d'échange nuit à la santé mentale des étudiants et enfin certains cours et enseignements ne peuvent de toute façon pas être suivis à distance (activités de laboratoire, activités médicales, sociales ou didactiques; cf. <https://www.swissuniversities.ch/fr/themes/> [consulté pour la dernière fois le 23 mars 2023]). L'enseignement en présentiel revêt un aspect social crucial au bon déroulement et à la qualité de la formation. L'enseignement à distance permet une transmission des connaissances, comme le relève à juste titre le Conseil d'Etat en soulignant que des diplômes ont été délivrés à l'issue des cours à distance dispensés entre mars 2020 et septembre 2021, mais il ne peut être considéré comme un équivalent, surtout lorsque les deux types d'enseignement sont dispensés. Cela ressort du reste du préambule de l'ordonnance querellée, selon lequel un des buts de l'exigence du certificat COVID-19 était de permettre d'assurer un enseignement en présentiel "garant de la qualité de la formation". Ainsi, même si une alternative d'enseignement à distance devait être prévue (art. 2 al. 2 de l'ordonnance querellée) et si des exceptions à l'exigence du certificat COVID pouvaient être envisagées en fonction des locaux, des effectifs ou de la nature des activités didactiques (art. 2 al. 3 de l'ordonnance querellée), les étudiants des hautes écoles fribourgeoises se trouvaient, pour l'essentiel, contraints de se faire vacciner ou tester pour garantir la qualité de leur formation.

5.4. Sur le vu de ce qui précède, il convient d'admettre que l'exigence du certificat COVID-19 portait atteinte à la liberté personnelle et à la garantie de la sphère privée des recourants, en ce qu'elle les astreignait à se

soumettre à un acte médical (vaccination ou test) ou à renoncer à la poursuite de leur formation en présentiel. Une telle mesure n'est admissible que si les conditions de l'art. 36 Cst. sont réunies.

6.

Conformément à l'art. 36 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit reposer sur une base légale qui doit être de rang législatif en cas de restriction grave (al. 1); elle doit en outre être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) et proportionnée au but visé (al. 3), sans violer l'essence du droit en question (al. 4).

6.1. L'ordonnance querellée se fondait en particulier sur l'art. 40 LEp. D'après l'art. 40 al. 1 LEp, les autorités cantonales compétentes ordonnent les mesures nécessaires pour empêcher la propagation de maladies transmissibles au sein de la population ou dans certains groupes de personnes et coordonnent leur action (al. 1). Selon l'art. 40 al. 2 LEp, les autorités cantonales peuvent en particulier prendre les mesures suivantes: prononcer l'interdiction totale ou partielle de manifestations (let. a), fermer des écoles, d'autres institutions publiques ou des entreprises privées, ou régler leur fonctionnement (let. b), interdire ou limiter l'entrée et la sortie de certains bâtiments ou zones, ou certaines activités se déroulant dans des endroits définis (let. c).

La jurisprudence a déjà eu l'occasion de confirmer à plusieurs reprises que cette disposition, et en particulier son alinéa 2, constitue une base légale formelle suffisante au sens de l'art. 36 al. 1 Cst. permettant aux autorités cantonales de prendre les mesures qui y sont mentionnées en vue de lutter contre la propagation du COVID-19 (ATF 148 I 33 consid. 5.4; 147 I 393 consid. 5.1.2; 147 I 478 consid. 3.7; 147 I 450 consid. 3.2.2; arrêts 2C 886/2021 du 12 décembre 2022 consid. 4.4.3.1, destiné à la publication; 2C 429/2021 du 16 décembre 2021 consid. 5.1.2; 2C 183/2021 du 23 novembre 2021 consid. 3.4 et 3.7).

La liste de l'art. 40 al. 2 LEp n'est pas exhaustive (ATF 147 I 393 consid. 5.1.3; 147 I 478 consid. 3.7.2). La formulation large des mesures envisageables vise essentiellement à laisser une importante marge de manoeuvre aux cantons, afin que ceux-ci puissent répondre le plus exactement possible à la propagation de maladies transmissibles eu égard aux particularités locales (ATF 147 I 393 consid. 5.1.3 et les arrêts cités). Une telle marge de manoeuvre est conforme à la Constitution et inévitable du fait de la nature des dangers et du manque de prévisibilité des mesures adéquates (ATF 148 I 33 consid. 5.4; 147 I 478 consid. 3.7.2). Par ailleurs, les mesures visées à l'art. 40 al. 2 LEp, qui sont assez incisives, doivent a fortiori également comporter la possibilité pour les cantons d'adopter des mesures moins restrictives, dans le respect du principe de proportionnalité et en faisant usage de la marge de manoeuvre que leur laisse le libellé de l'art. 40 LEp (ATF 147 I 478 consid. 3.7 et 3.8.1; arrêt 2C 886/2021 du 12 décembre 2022 consid. 4.4.3.1, destiné à la publication).

6.2. La loi sur les épidémies contient à son art. 22 une réglementation spécifique s'agissant de la vaccination ordonnée par les cantons (cf., pour la compétence fédérale, art. 6 al. 2 let. d et 7 LEp; cf. YVES DONZALLAZ, op. cit., p. 611, no 1296). D'après cette disposition, les cantons "peuvent déclarer obligatoires des vaccinations pour les groupes à risques, pour les personnes particulièrement exposées et pour les personnes exerçant certaines activités, pour autant qu'un danger sérieux soit établi". Sous l'ancienne loi sur les épidémies du 18 décembre 1970 [RO 1974 1071], les cantons pouvaient déjà ordonner des vaccinations obligatoires (art. 23 al. 2 LEp). La compétence est conservée dans la nouvelle loi, mais est expressément limitée à certains groupes de personnes (cf. message concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 3 décembre 2010, FF 2011 291, 360). L'administration d'un vaccin sous la contrainte est exclue (cf. art. 38 OEp).

6.3. En l'occurrence, en tant que l'obligation de présenter un certificat COVID-19 comportait pour les étudiants une obligation de se faire tester pour suivre leur formation (cf. supra consid. 5.4), l'art. 40 LEp constituait une base légale suffisante pour la leur imposer. Dès lors que l'art. 40 LEp fournissait une base légale suffisante, il n'est pas nécessaire de vérifier si la mesure aurait pu reposer sur une autre base légale (cf. arrêt 2C 429/2021 du 16 décembre 2021 consid. 5.1.2 à propos de l'obligation du port du masque à l'école obligatoire).

En revanche, si l'on considère que l'exigence du certificat COVID pour accéder à la formation dans les hautes écoles fribourgeoises revenait à imposer aux étudiants une obligation vaccinale, comme le soutiennent les recourants, l'art. 40 LEp n'était pas la base légale idoine, compte tenu de la réglementation spécifique de l'art. 22 LEp relative à la vaccination obligatoire. A cet égard, on peut notamment se demander si les étudiants faisaient

partie, au moment où l'ordonnance querrellée a été adoptée, des groupes de personnes auxquels une obligation vaccinale aurait pu être imposée par les cantons selon l'art. 22 LEp. L'exigence du certificat de test COVID-19, telle qu'elle était prévue dans l'ordonnance querrellée, se révélant disproportionnée (cf. infra consid. 7.8), il n'est toutefois pas nécessaire, en l'occurrence, de se prononcer plus avant sur la question de l'admissibilité d'une obligation vaccinale.

6.4. Sous l'angle de l'intérêt public poursuivi par la mesure (art. 36 al. 2 Cst.), la restriction d'accès aux titulaires du certificat COVID-19 pour les cours en présentiel et les activités de recherche des hautes écoles avait notamment pour but de combattre la propagation du COVID-19 (cf. préambule de l'ordonnance querrellée: "anticiper une nouvelle vague d'infections"). De ce fait déjà, il faut admettre qu'elle poursuivait un intérêt public au sens de l'art. 36 al. 2 Cst. (ATF 148 I 89 consid. 7 et les arrêts cités). L'ordonnance querrellée avait également pour but "d'assurer au maximum un enseignement en présentiel garant de la qualité de la formation", ce qui représente aussi un intérêt public.

Dans la mesure où les recourants arguent qu'ils n'avaient pas à supporter les déficits du système hospitalier et qu'il incombait à la Confédération de fournir des soins médicaux de base suffisants et de qualité, il est relevé que ces arguments n'enlèvent rien à la légitimité du but d'intérêt public d'éviter la propagation de la maladie du COVID-19 et, de la sorte, des hospitalisations en masse, voire des décès.

7.

Il convient de vérifier la proportionnalité de l'exigence du certificat de test COVID-19.

7.1. Pour être conforme au principe de proportionnalité, une restriction d'un droit fondamental doit être apte à atteindre le but visé (règle de l'aptitude), lequel ne peut pas être obtenu par une mesure moins incisive (règle de la nécessité); 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 (règle de la proportionnalité au sens étroit; ATF 147 I 393 consid. 5.3; 146 I 157 consid. 5.4 et les arrêts cités).

7.2. Le principe de proportionnalité revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de procéder à une harmonisation de principes constitutionnels entrant en conflit, tels la protection de la vie et de la santé publique d'un côté et les restrictions de libertés ordonnées dans ce but de l'autre (cf. ATF 147 I 393 consid. 5.3.1 et les arrêts cités). Ainsi, même s'il existe un devoir de protection de l'Etat contre les dangers pour la santé (arrêt 2C 183/2021 du 23 novembre 2021 consid. 5.2., non publié in ATF 148 I 89 et la référence citée), les mesures que celui-ci peut adopter en vue d'éviter la transmission de maladies doivent demeurer raisonnables. Un risque zéro ne saurait être attendu, même s'il s'agit d'éviter des dangers hautement préjudiciables pour la population. Il faut viser un risque acceptable en procédant à la pondération de l'ensemble des intérêts concernés (arrêt 2C 183/2021 du 23 novembre 2021 consid. 5.2., non publié in ATF 148 I 89 et les arrêts cités; ATF 147 I 393 consid. 5.3.1).

7.3. Toute mesure de protection ou de prévention comporte une certaine incertitude quant à ses effets concrets futurs. Il en va d'ailleurs toujours ainsi des mesures de prévention des risques. En particulier, l'arrivée de nouvelles maladies infectieuses a pour corollaire une grande insécurité quant aux causes, aux conséquences et au choix des mesures adéquates. Cela signifie que ces mesures ne peuvent pas être prévues par le législateur, mais doivent être prises en tenant compte de l'état des connaissances du moment, généralement incomplet, ce qui laisse également une certaine marge de manoeuvre aux autorités (ATF 147 I 393 consid. 5.3.2 et les arrêts cités; arrêt 2C 886/2021 du 12 décembre 2022 consid. 4.4.4.2, destiné à la publication). Les autorités ne peuvent toutefois invoquer l'état des connaissances du moment pour prendre des mesures restrictives que si elles cherchent activement à actualiser ces connaissances. Dès que les connaissances évoluent, les mesures doivent être adaptées. Les mesures ordonnées ne doivent ainsi pas durer plus longtemps que nécessaire pour prévenir la propagation d'une maladie transmissible. Il peut cependant être justifié de prendre directement des mesures rigoureuses, avant que ne surviennent de graves effets négatifs, afin d'éviter de devoir prendre des mesures encore plus restrictives par la suite (ATF 147 I 393 consid. 5.3.2 et les arrêts cités).

7.4. En l'occurrence, sous l'angle de l'aptitude, un test négatif atteste que la personne n'est en principe pas porteuse de la maladie et n'est donc pas contagieuse à son insu. Restreindre l'accès des hautes écoles aux personnes disposant d'un certificat de test COVID-19 était donc une mesure apte à atteindre le but de limitation de la propagation du virus. Les recourants ne le contestent pas.

7.5. En ce qui concerne la nécessité de la mesure, il convient de relever qu'au moment où le Conseil d'Etat a adopté l'ordonnance querellée, la situation dans les hôpitaux était tendue et l'occupation des lits de soins intensifs très élevée. Avec l'arrivée de l'automne et un temps plus froid, on ne pouvait exclure une forte augmentation des hospitalisations et donc une surcharge des établissements hospitaliers (Conseil fédéral, communiqué de presse du 8 septembre 2021, Coronavirus: le Conseil fédéral étend l'obligation de présenter un certificat et lance une consultation sur de nouvelles règles pour entrer en Suisse, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques/id-85035.html> [consulté pour la dernière fois le 23 mars 2023]); cf. aussi Hôpital fribourgeois, communiqué de presse du 10 septembre 2021, Covid-19: l'hôpital fribourgeois sous forte pression, <https://www.h-fr.ch/medias/communiques-de-presse/covid-19-lhopital-fribourgeois-sous-forte-pression> [consulté pour la dernière fois le 23 mars 2023]). Vu la marge d'appréciation relativement importante à reconnaître aux autorités (arrêt 2C 183/2021 du 23 novembre 2021 consid. 5.7, non publié in ATF 148 I 89) et les circonstances du moment, on ne peut reprocher

aux autorités cantonales d'avoir considéré qu'il fallait limiter l'accès aux cours et activités de recherche, qui réunissent souvent un grand nombre d'étudiants, à des personnes pouvant attester qu'elles n'étaient pas porteuses du virus.

Certes, l'autre option à disposition du canton de Fribourg aurait été de réduire le nombre d'étudiants admis en cours, tout en imposant le port du masque (cf. art. 19a al. 2 ordonnance COVID-19 situation particulière). La réduction aux deux tiers de la capacité des locaux aurait toutefois aussi entraîné son lot d'inconvénients et de contraintes, puisqu'elle aurait également privé une partie des étudiants de cours en présentiel. Elle posait aussi des questions d'égalité de traitement entre les personnes vaccinées, guéries ou testées négativement, qui présentaient une immunité ou pouvaient attester de l'absence du virus, et les personnes non vaccinées, non guéries ou non testées. Il ne s'agissait donc pas nécessairement d'une mesure moins incisive, du point de vue des droits fondamentaux, que l'exigence de présenter un certificat de test COVID-19.

7.6. C'est en vain que les recourants contestent la nécessité de la mesure au motif que les étudiants des hautes écoles sont majoritairement jeunes (entre 18 et 29 ans selon le Conseil d'Etat) et partant moins touchés, globalement, par la maladie du COVID-19. Comme le relève le Conseil d'Etat, une personne non vulnérable (car jeune et bien portante) pouvait infecter une ou plusieurs personnes vulnérables (car moins jeunes et/ou moins bien portantes). Restreindre les rassemblements importants dans les hautes écoles aux étudiants immunisés ou non porteurs du virus diminuait le risque de propagation dans une mesure importante. De ce fait, le risque de contagion et de développement de formes graves dans et hors des hautes écoles, par des personnes vulnérables, s'en retrouvait également diminué (cf. arrêt 2C 429/2021 du 16 décembre 2021 consid. 5.6.3).

Quant aux statistiques avancées par les recourants, celles-ci montrent, s'agissant du taux d'occupation dans les unités de soins intensifs, que celui-ci a fortement augmenté avant de diminuer dans une mesure minimale dans les jours qui ont précédé l'adoption de l'ordonnance litigieuse. Ces chiffres ne contredisent pas le constat que la situation allait en se péjorant à cette période.

Enfin, le lien avec les vagues de grippe saisonnière et les courbes de décès et d'hospitalisations de l'année 2021 n'est pas pertinent. Le Tribunal fédéral a en effet déjà relevé qu'une comparaison entre le nombre de décès après l'apparition du COVID-19 et les années précédentes était trompeuse. Même si le nombre de décès pouvait être semblable (notamment en cas de fortes vagues de grippe), la surmortalité dans les années précédentes est intervenue en l'absence de mesures particulières, alors que les décès survenus avec l'apparition du COVID-19 se sont produits malgré les mesures prises (ATF 147 I 450 consid. 3.3.4). Il peut être admis avec une plausibilité suffisante que des décès ont été évités grâce aux mesures prises par les autorités, les contacts ayant été restreints entre les personnes particulièrement à risques de s'infecter et de propager le virus (cf. ATF 147 I 450 consid. 3.3.4; arrêt 2C 183/2021 du 23 novembre 2021 consid. 5.5).

Au vu de la situation épidémiologique au moment où l'ordonnance querellée a été adoptée, l'exigence de présenter un certificat de test COVID-19 était nécessaire, étant relevé qu'il s'agissait d'une mesure destinée à être adaptée et réévaluée.

7.7. Reste enfin à examiner le principe de la proportionnalité au sens étroit, soit le rapport raisonnable entre le but visé et les intérêts privés compromis.

7.7.1. Du point de vue des intérêts privés, il convient de considérer la gravité de l'atteinte occasionnée par l'exigence du certificat de test COVID-19. Cette gravité est déterminée par plusieurs facteurs.

Il y a tout d'abord la fréquence du test et les modalités d'organisation. Le test devait être réalisé à intervalles très réguliers, puisque la durée de validité d'un certificat COVID-19 émis ensuite d'un test était de 48h pour un test rapide et de 72h pour un test PCR (art. 21 al. 3 ordonnance COVID-19 certificats). Il fallait aussi se renseigner sur les centres disponibles, prendre rendez-vous et s'assurer d'obtenir le résultat et le certificat dans les temps pour assister aux cours. Sur ce point, il s'agissait d'une contrainte non négligeable. Pour une semaine de cours de cinq jours, un étudiant devait compter au moins sur deux tests PCR.

Il y a ensuite le type de test. Sur le plan physique, le test salivaire n'entraîne pas d'inconvénient notable - et les recourants n'en mentionnent aucun -, tandis qu'il faut admettre qu'un test nasopharyngé occasionne une certaine gêne, amplifiée par la fréquence. D'après les dispositions en vigueur au moment du recours, le test PCR salivaire, ainsi que le test rapide salivaire, donnaient accès à un certificat de test COVID-19. Par la suite, pour les tests rapides, seul le test nasopharyngé a été admis (cf. supra consid. 4).

Enfin, il y a lieu de prendre en compte le paramètre des coûts. Si au moment où l'ordonnance a été adoptée, les tests donnant accès au certificat COVID-19 étaient encore pris en charge par la Confédération, tel n'a plus été le cas dès le 11 octobre 2021, sous réserve d'exceptions (cf. supra consid. 4). Contrairement à ce que défend le Conseil d'Etat, on ne peut pas prendre en compte, pour évaluer le degré de l'atteinte aux intérêts personnels des recourants, le fait que la Confédération a réintroduit la gratuité pour certains tests donnant droit à un certificat, à savoir les tests rapides antigéniques et les tests PCR groupés, à compter du 18 décembre 2021 (ordonnance 3 COVID-19, modification du 17 décembre 2021, RO 2021 881). Le moment déterminant est en effet celui du dépôt du recours (cf. supra consid. 2.4 et 4).

S'agissant du montant à payer, le Conseil d'Etat relève que les étudiants bénéficiaient d'une offre préférentielle grâce à une collaboration entre l'Université de Fribourg et le Swiss integrative Centre for Human Health, qui offrait 10 tests pour 300 fr. Pour un semestre, en comptant deux tests par semaine, le coût s'élevait ainsi à 840 fr. Cette somme n'est pas négligeable dans le budget d'étudiants. Le Conseil d'Etat allègue toutefois que les étudiants nécessiteux pouvaient bénéficier du soutien financier du Service social de l'Université. Pour les étudiants de l'Université, avec les aides financières à disposition, la charge financière pouvait donc être supportable. En revanche, le Conseil d'Etat ne dit rien du coût des tests pour les étudiants des autres hautes écoles du canton et n'indique pas qu'une aide financière leur était proposée. En tout état, l'ordonnance querellée ne prévoyait aucune prise en charge financière.

Il s'agit de se demander si les contraintes créées par la fréquence et les coûts des tests étaient acceptables au regard des buts d'intérêts publics poursuivis.

7.7.2. Du point de vue de l'intérêt public, il est souligné qu'il s'agissait de limiter la propagation de la maladie à coronavirus 2019 et ainsi le nombre d'hospitalisations et le nombre de morts, de même que les dangers économiques liés à des complications de cette maladie (ATF 147 I 393 consid. 5.3.5). Il faut également prendre en compte l'intérêt public à l'enseignement en présentiel (cf. supra consid. 6.4) et l'intérêt des autres étudiants que les recourants (cf. art. 36 al. 2 Cst. in fine).

Les intérêts susmentionnés justifiaient la contrainte de tests même très réguliers, surtout si ceux-ci pouvaient consister en des tests salivaires, moins invasifs que des tests nasopharyngés. En revanche, sous l'angle de la proportionnalité au sens strict, il n'est pas admissible que la poursuite de la formation en présentiel ait été soumise à une charge financière aussi importante (au minimum 840 fr. par semestre), sans que l'ordonnance querellée n'ait prévu un système d'aide même minimum. Au moment où la réglementation litigieuse a été adoptée, il existait déjà une certaine immunité au sein de la population et le virus était considéré comme moins dangereux. Dans ces conditions, il n'est pas admissible qu'un étudiant ne pouvant pas s'offrir de tests réguliers ait été contraint de suivre une formation en ligne. Certes, le Conseil d'Etat a expliqué pour l'Université de Fribourg qu'une aide pouvait être apportée aux étudiants dans le besoin. Toutefois, pour les autres hautes écoles, le Conseil d'Etat n'a pas allégué qu'une prise en charge aurait été mise en place. Il est vrai aussi que l'art. 3 al. 2 de l'ordonnance querellée prévoyait que les hautes écoles pouvaient prévoir des exceptions à l'exigence du

certificat COVID-19, mais

cette disposition n'énonçait qu'une possibilité, dépendante des locaux, des effectifs et de la nature des activités et donc sans lien avec les aspects financiers du test COVID-19. Dans ces circonstances, le grief tiré de la violation du principe de la proportionnalité doit être admis. Le point de savoir qui de la Confédération ou des cantons aurait dû assumer la prise en charge financière, compte tenu de l'art. 3 al. 6 de la loi COVID-19 (RO 2021 153) relatif à la prise en charge des tests par la Confédération tel qu'en vigueur à l'époque, ne relève pas du présent litige.

7.8. En conclusion, l'exigence du certificat COVID-19 obtenu ensuite d'un test négatif pour l'accès aux cours et activités de recherche en présentiel, sans disposition relative à la prise en charge financière des tests, même pour les étudiants au budget mensuel limité, était disproportionnée. Pour poursuivre sa formation en présentiel, la seule issue pour l'étudiant en situation financière précaire était de recourir à la vaccination, qui a toujours été gratuite, mais qui constituait une atteinte plus incisive. En ce sens, l'exigence du certificat COVID-19 a imposé, de manière indirecte, une obligation vaccinale à certains étudiants des hautes écoles. Or, il était possible d'envisager une mesure moins incisive et tout aussi adéquate pour protéger la santé publique, sous la forme de tests réguliers salivaires gratuits.

8.

8.1. Sur le vu de ce qui précède, la Cour de céans constate que l'exigence de présenter un certificat COVID-19 pour accéder aux cours et activités de recherche des hautes écoles du canton de Fribourg telle que prévue par l'art. 2 de l'ordonnance cantonale attaquée était disproportionnée et a par conséquent méconnu l'art. 10 Cst. en lien avec l'art. 36 Cst. L'art. 2 de l'ordonnance querellée était contraire à la Constitution. Le recours se révèle ainsi fondé et doit être admis. Il est partant superflu d'examiner les autres griefs des recourants.

8.2. Compte tenu de l'issue de la procédure, il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 66 al. 4 LTF). Les recourants, qui obtiennent gain de cause avec l'aide d'un mandataire professionnel, ont droit à des dépens, à la charge du canton de Fribourg (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est admis dans la mesure où il est recevable. Il est constaté que l'art. 2 de l'ordonnance du canton de Fribourg sur la restriction d'accès aux hautes écoles aux personnes disposant d'un certificat COVID-19 était contraire à la Constitution.

2.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

3.

Le canton de Fribourg versera aux recourants, créanciers solidaires, la somme de 3'000 fr. à titre de dépens pour la procédure devant le Tribunal fédéral.

4.

Le présent arrêt est communiqué au mandataire des recourants, au Conseil d'Etat du canton de Fribourg et à l'Office fédéral de la santé publique.

Lausanne, le 31 mars 2023

Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : F. Aubry Girardin

La Greffière : E. Kleber