

Urteilkopf

147 I 393

30. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public dans la cause A. contre Conseil d'Etat du canton de Fribourg (recours en matière de droit public) 2C_793/2020 du 8 juillet 2021

Regeste (de):

Art. 8 EMRK, Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 40 EpG; abstrakte Kontrolle der Freiburger Verordnung über die kantonalen Massnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Epidemie; Pflicht zum Tragen einer Maske.

Der Eingriff in die persönliche Freiheit durch die Pflicht, in Supermärkten und Geschäften eine Maske zu tragen, kann als leicht bezeichnet werden (E. 4). Der Eingriff beruht auf Art. 40 EpG, der zwar hinsichtlich der Massnahmen, die zur Verhütung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten ergriffen werden können, weit gefasst ist, aber eine hinreichende gesetzliche Grundlage darstellt (E. 5.1). Er ist gerechtfertigt durch das Ziel der öffentlichen Gesundheit, Infektionen und damit Spitalaufenthalte und Todesfälle aufgrund dieser Krankheit zu verhindern (E. 5.2). Nach dem derzeitigen Kenntnisstand ist das von den zuständigen Gesundheitsbehörden empfohlene Tragen einer Maske ein geeignetes Mittel, um dieses Ziel zu erreichen; es ist insofern notwendig, als es eine milde restriktive Massnahme darstellt und es ermöglicht, einschneidendere Beschränkungen, wie die Schliessung von Geschäften, zu vermeiden (E. 5.3).

Regeste (fr):

Art. 8 CEDH, art. 10 al. 2 Cst., art. 40 LEp; contrôle abstrait de l'ordonnance fribourgeoise relative aux mesures cantonales destinées à lutter contre l'épidémie du COVID-19; obligation du port du masque.

L'atteinte à la liberté personnelle que représente l'obligation du port du masque dans les supermarchés et les commerces peut être qualifiée de légère (consid. 4). Cette atteinte repose sur l'art. 40 LEp qui, bien que formulé de façon large quant aux mesures possibles pour empêcher la propagation des maladies transmissibles, constitue une base légale suffisante (consid. 5.1). Elle est justifiée par le but de santé publique tendant à éviter les contaminations et, par conséquent, les hospitalisations et décès dus à cette maladie (consid. 5.2). Sur la base des connaissances actuelles, le port du masque, qui est préconisé par les autorités compétentes en matière de santé, représente un moyen apte à atteindre ledit but; il est nécessaire, dans la mesure où il constitue une mesure peu restrictive et permet d'éviter des restrictions plus incisives, telle que la fermeture des commerces (consid. 5.3).

Regesto (it):

Art. 8 CEDU, art. 10 cpv. 2 Cost., art. 40 LEp; controllo astratto dell'ordinanza friburghese concernente i provvedimenti cantonali volti a combattere l'epidemia di COVID-19; obbligo d'indossare una mascherina.

La restrizione della libertà personale scaturente dall'obbligo d'indossare una mascherina nei supermercati e nei negozi può essere definita lieve (consid. 4). Questa restrizione si fonda sull'art. 40 LEp che, nonostante una formulazione ampia riguardo ai provvedimenti attuabili al fine di impedire la propagazione di malattie trasmissibili, costituisce una base legale sufficiente (consid. 5.1). Essa è giustificata dallo scopo di salute pubblica volto a evitare i contagi e, di riflesso, i ricoveri in ospedale e i decessi causati da questa malattia (consid. 5.2). In base alle conoscenze attuali, l'uso della mascherina, raccomandato dalle competenti autorità sanitarie, è un mezzo adeguato per raggiungere il citato scopo; è necessario, in quanto costituisce una misura poco limitativa e permette di evitare restrizioni più incisive, quali la chiusura dei negozi (consid. 5.3).

Sachverhalt ab Seite 394

BGE 147 I 393 S. 394

A. Le 25 août 2020, le Conseil d'Etat du canton de Fribourg a adopté l'art. 5a de l'ordonnance modifiant l'ordonnance relative aux mesures cantonales destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière (ci-après: ordonnance fribourgeoise COVID-19; ROF 2020_102).

Cette disposition a la teneur suivante: "Art. 5a

Obligation du port du masque

1 Le port du masque est obligatoire:

a) pour les personnes dès 12 ans révolus dans les supermarchés et les commerces; cette obligation vaut également pour le personnel de ces surfaces de vente s'il n'est pas protégé par un dispositif vitré ou équivalent; b) pour le personnel de service dans les lieux de consommation, notamment la restauration, les manifestations avec le service, les bars et les discothèques. 2 Les personnes assises au restaurant ou au bar situé dans un commerce ne sont pas astreintes au port du masque." Publiée dans le recueil officiel de l'Etat de Fribourg le 4 septembre 2020, cette modification est entrée en vigueur le 28 août 2020.

B. Agissant par la voie du recours en matière de droit public, A. demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'ordonnance du 25 août 2020.

BGE 147 I 393 S. 395

Le Conseil d'Etat conclut au rejet du recours. L'Office fédéral de la santé publique renonce à se déterminer.

Erwägungen

Extrait des considérants:

4.

4.1 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 ne soit pas atteinte par le biais de mesures étatiques. Sa portée ne peut être définie de manière générale mais doit être déterminée de cas en cas, en tenant compte des buts de la liberté, de l'intensité de l'atteinte qui y est portée ainsi que de la personnalité de ses destinataires (cf. ATF 142 I 195 consid. 3.2; arrêt 1C_443/2017 du 29 août 2018 consid. 4.1). Quant à l'art. 8 CEDH, il garantit le respect de la vie privée et familiale, et en particulier le droit à l'autodétermination, notamment au libre choix du mode de vie (ATF 142 I 195 consid. 3.2).

4.2 En l'occurrence, le recourant estime que l'obligation de porter un masque facial dans les commerces constitue une restriction de sa liberté personnelle. Il explique que cette obligation entrave gravement l'expression non verbale des sentiments et des émotions, rendant également l'expression verbale plus difficile. Il ajoute que le port du masque facial peut entraîner transpiration et sensation d'étouffement, ainsi que maux de tête, difficultés respiratoires et développement de lésions ou de maladies cutanées. Selon lui, il existe également un risque important d'auto-contamination lors de la manipulation du masque.

4.3 On doit en premier lieu relever que le recourant ne conteste aucunement l'art. 5a al. 1 let. b de l'ordonnance fribourgeoise COVID-19, c'est-à-dire l'obligation, pour le personnel de service dans les lieux de consommation, de porter le masque facial. Quant à l'art. 5a al. 1 let. a de l'ordonnance fribourgeoise COVID-19, il convient de rappeler au recourant que l'obligation de porter le masque facial contenue dans cette disposition ne concerne que les personnes de plus de 12 ans qui fréquentent les commerces et les supermarchés situés dans le canton de Fribourg, ainsi que le personnel de ces magasins. Dans le cadre de cet art. 5a al. 1 let. a de l'ordonnance fribourgeoise COVID-19, l'obligation de port du masque concerne donc des lieux clos qui sont tout au plus visités quelques

BGE 147 I 393 S. 396

heures par semaine et par personne. En outre, rien n'empêche le recourant de renoncer à se rendre dans ces lieux, la vente par correspondance s'étant largement répandue ces dernières années en Suisse (cf. Office fédéral de la statistique, E-commerce des particuliers en Suisse, selon différentes caractéristiques socio-démographiques, tableau publié le 10 décembre 2019, www.bfs.admin.ch sous: Trouver des statistiques/Culture, médias, société de l'information, sport/Société de l'information/Ensemble des indicateurs/Ménages et population/E-commerce et e-banking) et encore

plus depuis le début de la pandémie. Par conséquent, force est de constater que la restriction en cause n'est que de faible intensité.

5. 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). En particulier, pour être conforme au principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.), une restriction d'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 137 I 167 consid. 3.6 et les références citées).

5.1

5.1.1 Comme on vient de le voir, toute restriction à un droit fondamental doit reposer sur une base légale (art. 36 al. 1 Cst.). Lorsque l'atteinte est grave, outre que la base légale doit être une loi au sens formel, celle-ci doit être claire et précise. Cette exigence résulte aussi du principe de la légalité, qui est posé de façon générale pour toute l'activité de l'Etat régie par le droit (art. 5 al. 1 Cst.). En d'autres termes, l'exigence d'une base légale ne concerne pas que le rang de la norme - à savoir celui d'une loi formelle en cas de restrictions graves (art. 36 al. 1, phrase 2, Cst.) -, mais s'étend à son contenu, qui doit être suffisamment clair et précis (ATF 140 I 168 consid. 4; ATF 119 la 362 consid. 3a; ATF 115 la 333 consid. 2a). Il faut que la base légale ait une densité normative suffisante pour que son application soit prévisible. Pour déterminer quel degré de précision l'on est en droit d'exiger de la loi, il faut tenir compte du cercle de ses

BGE 147 I 393 S. 397

destinataires et de la gravité des atteintes qu'elle autorise aux droits fondamentaux (ATF 138 I 378 consid. 7.2; ATF 131 II 13 consid. 6.5.1).

S'agissant de mesures de police ordonnées pour lutter contre des dangers difficilement prévisibles et qui doivent ainsi pouvoir être adaptées à des situations spécifiques, le législateur ne peut pas se passer d'utiliser des définitions générales, relativement vagues. Le degré de précision attendu ne se détermine donc pas de manière abstraite et il est dans la nature des choses d'accepter que la base légale soit moins précise. Dans le cas de normes indéterminées, le principe de proportionnalité revêt alors une importance particulière (cf. arrêt 2C_8/2021 du 25 juin 2021 consid. 3.1.2 et les références).

5.1.2 Dans le cas d'espèce, le recourant admet l'existence d'une base légale formelle, mais conteste sa densité normative. Le but de la loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (LEp; RS 818.101) est de prévenir et de combattre l'apparition et la propagation des maladies transmissibles (art. 2 al. 1 LEp). L'art. 19 al. 1 LEp prévoit que la Confédération et les cantons prennent les mesures visant à contrôler et à écarter ou atténuer les risques de transmission de maladies. Plus particulièrement, l'art. 40 al. 1 LEp dispose que 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. Elles coordonnent leur action. A teneur de l'art. 40 al. 2 LEp, elles peuvent en particulier prononcer l'interdiction totale ou partielle de manifestations (let. a), fermer des écoles, d'autres institutions publiques ou des entreprises privées, ou réglementer 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). L'art. 40 LEp constitue donc la base légale formelle permettant aux autorités cantonales de prendre des mesures en vue de lutter contre la propagation de la maladie à coronavirus 2019 (cf. arrêts 2C_8/2021 du 25 juin 2021 consid. 3.8.1; 2C_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.2.2). D'un point de vue cantonal, l'art. 31 al. 1 de la loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (LSan/FR; RSF 821.0.1) dispose lui aussi que l'Etat prend les mesures nécessaires pour prévenir et empêcher la propagation de maladies transmissibles, y compris les zoonoses. Il applique les dispositions du droit fédéral en la matière.

BGE 147 I 393 S. 398

5.1.3 Le recourant est toutefois d'avis que le but de la LEp est énoncé de manière extrêmement large, ce qui pourrait justifier des mesures de contraintes illimitées au titre de la lutte contre la propagation de maladies transmissibles. Il ajoute que rien n'indique que ces mesures seraient limitées dans le temps, estimant que le combat de la grippe saisonnière pourrait également conduire les autorités à exiger le maintien de celles-ci. Finalement, il constate qu'à aucun moment la LEp en général, et l'art. 40 LEp en particulier, ne prévoient le port du masque comme mesure pertinente. Le

recourant ne saurait être suivi. Tout d'abord, force est de relever que le point de savoir si les mesures prises sur la base de la LEp pourraient être illimitées, également dans le temps, constitue plus une question de proportionnalité de ces mesures que d'existence d'une base légale suffisante. Quant aux griefs du recourant relatifs à la densité normative, ils doivent également être écartés. On constate à ce propos que la LEp ne prévoit certes pas expressément le port du masque facial comme mesure permettant d'empêcher la propagation d'une maladie transmissible au sein de la population. Toutefois, comme l'a justement relevé le Conseil d'Etat dans sa détermination au Tribunal fédéral, le port du masque a expressément été mentionné dans le Message du Conseil fédéral du 3 décembre 2010 concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme comme étant une mesure permettant d'exclure ou à tout le moins de fortement diminuer les risques de contamination ou de transmission de la grippe (FF 2011 291 306). De plus, l'art. 40 al. 2 LEp, qui, comme on l'a vu contient une liste de mesures pouvant être prises par les autorités cantonales, dispose que celles-ci peuvent en particulier prendre les mesures proposées. Cela signifie bien que la liste de l'art. 40 al. 2 LEp n'est nullement exhaustive (cf. arrêt 2C_8/2021 du 25 juin 2021 consid. 3.7.2). En outre, comme l'a déjà jugé le Tribunal fédéral, dans la mesure où l'art. 40 al. 2 LEp prévoit la possibilité de fermer des écoles, d'autres institutions publiques ou des entreprises privées (art. 40 al. 2 let. b LEp), il est toujours possible de prononcer une mesure moins restrictive, comme par exemple le port du masque (cf. arrêt 2C_8/2021 du 25 juin 2021 consid. 3.8.1). Finalement, si les mesures évoquées dans la LEp ne sont pas formulées de manière précise, il convient de rappeler que la mesure en cause, c'est-à-dire le port du masque dans les commerces et supermarchés du canton de Fribourg pour les personnes de plus de 12 ans révolus, constitue une atteinte à la

BGE 147 I 393 S. 399

liberté personnelle légère n'exigeant pas une base légale précise. Il faut encore ajouter que cette 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 (cf. arrêt 2C_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.2.1 et 3.2.6). On doit donc conclure de ce qui précède que la restriction de la liberté personnelle alléguée par le recourant repose sur une base légale suffisante.

5.2 Il convient également d'admettre que l'obligation de port du masque facial dans les commerces et supermarchés du canton de Fribourg vise un intérêt public au sens de l'art. 36 al. 2 Cst (cf. arrêt 2C_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.3.1). En effet, le but de cette mesure est de prévenir et de combattre la propagation de la maladie à coronavirus 2019 (cf. art. 2 al. 1 LEp; cf. également Message précité, FF 2011 291, 372). Il s'agit là d'un but de santé publique tendant à éviter des contaminations et par conséquent les hospitalisations et décès qui peuvent en résulter. Le recourant fait certes valoir que cet intérêt n'existe pas s'il n'y a pas de danger sérieux pour la santé publique, faisant notamment référence à la vague annuelle de grippe qui ne conduit pas les autorités à ordonner le port du masque et au fait que le nombre de contaminations, d'hospitalisations et de morts dus à la maladie de coronavirus 2019 sont en baisse depuis le mois de juin. Il est douteux que cette question relève de l'intérêt public et pas de la proportionnalité. Force est néanmoins de constater que la maladie à coronavirus 2019, au contraire de la grippe saisonnière, a été qualifiée de pandémie le 11 mars 2020 par l'Organisation mondiale de la santé (ci-après: OMS; cf. www.who.int/fr/news/item/29-06-2020-covidtimeline). En outre, l'épidémie annuelle de grippe, si elle a certes malheureusement pour conséquence une mortalité non négligeable, ne conduit en principe pas à un engorgement massif des hôpitaux et, de ce fait, à de potentielles restrictions de prise en charge d'autres affections. Quant au nombre d'hospitalisations et de décès dus à la maladie à coronavirus 2019, on ne peut que donner tort au recourant. Certes, celui-ci a rédigé son recours le 23 septembre 2020, c'est-à-dire avant l'apparition de la deuxième vague d'infections. On constate cependant qu'entre le 28 septembre 2020 et le 19 mars 2021 (faits notoires pouvant

BGE 147 I 393 S. 400

être pris en compte; cf. ATF 143 IV 380 consid. 1.1.1 et les références; arrêt 5A_251/2016 du 15 août 2016 consid. 1.5), le nombre de décès dus à la maladie à coronavirus 2019 confirmés en laboratoire a atteint 7'688, soit 88,93 pour 100'000 habitants. En outre, sur la même période, les cas établis en laboratoire ont totalisé 527'806, c'est-à-dire 6'105,49 cas pour 100'000 habitants, alors que les hospitalisations étaient de 19'525, soit 225,86 pour 100'000 habitants (chiffres tirés du site de l'Office fédéral de la santé publique; www.covid19.admin.ch). Ainsi, il sied de constater que l'argument de l'absence de danger, respectivement de la létalité du virus tombe à faux. Les éléments qui précèdent justifient d'ordonner des mesures différentes pour lutter contre la maladie à coronavirus 2019 que celles généralement prises pour diminuer les effets de la grippe saisonnière (cf. arrêt 2C_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.2.3). Il convient ainsi d'admettre

l'existence d'un intérêt public à la restriction de la liberté personnelle du recourant.

5.3 Si la restriction de la liberté personnelle du recourant repose sur une base légale suffisante et est justifiée par un intérêt public (cf. art. 2 et 19 LEP), encore faut-il que cette restriction soit proportionnée au but d'intérêt public précité. Or, pour être conforme au principe de proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.), une restriction d'un droit fondamental doit être apte à atteindre le but visé (règle de l'aptitude; cf. consid. 5.3.3 ci-dessous), lequel ne peut pas être obtenu par une mesure moins incisive (règle de la nécessité; cf. consid. 5.3.4 ci-dessous); 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; cf. consid. 5.3.5 ci-dessous; ATF 146 I 157 consid. 5.4 et les références).

5.3.1 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. arrêt 2C_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.2.3, ATF 142 I 195 consid. 5.6-5.8; ATF 140 I 201 consid. 6.7 et 6.7.3 et les références). Ainsi, même s'il existe un devoir de protection de l'Etat contre les dangers pour la santé (ATF 140 II 315 consid. 4.8; arrêt 2C_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.2.3 et les

BGE 147 I 393 S. 401

références), 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. En principe, plus le risque est important et plus les mesures permettant de le réduire seront justifiées (arrêt 2C_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.2.3 et les références). Le principe de proportionnalité exige que les mesures ordonnées soient dans un rapport raisonnable avec les risques qu'elles visent à éviter (arrêt 2C_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.2.4 et les références). Dans la mesure du possible, ces risques doivent ainsi être quantifiés. Cela signifie qu'il ne faut pas uniquement prendre en compte le pire des scénarios, mais également la probabilité que celui-ci se produise (ATF 127 II 18 consid. 5d/aa; arrêt 2C_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.2.4). Dans cette pondération, les conséquences sociétales et économiques des mesures doivent aussi être considérées (arrêt 2C_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.2.4 et les références). Dans le contexte de la maladie à coronavirus 2019, il convient donc d'examiner avec quelle probabilité et intensité cette maladie peut toucher la population et si les mesures ordonnées sont aptes à en diminuer la propagation. Il faut également mettre en balance les conséquences négatives de la maladie avec celles des mesures ordonnées en se fondant sur l'état actuel des connaissances (arrêt 2C_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.2.4 et les références). Les mesures ordonnées ne doivent pas durer plus longtemps que nécessaire pour prévenir la propagation d'une maladie transmissible. En outre, les mesures doivent être réexaminées régulièrement (art. 40 al. 3 LEP).

5.3.2 Le Tribunal fédéral examine en principe librement si une mesure répond à l'intérêt public et respecte le principe de proportionnalité; il s'impose toutefois une certaine retenue lorsqu'il s'agit de tenir compte de circonstances locales ou de trancher de pures questions d'appréciation (ATF 142 I 76 consid. 3.3 et les références). Tant qu'aucune disposition légale ne définit le niveau de risque acceptable, la frontière entre risques admissibles et risques inadmissibles demeure indéterminée. Il appartient alors en premier lieu au pouvoir exécutif, par le biais d'ordonnances, et non au tribunaux de définir ce qu'est le risque acceptable. A défaut, cette tâche reviendra aux autorités judiciaires (arrêt 2C_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.2.5 et les références).

BGE 147 I 393 S. 402

A cela s'ajoute que 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 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 (arrêt 2C_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.2.6 et les références). Celles-ci ne peuvent toutefois invoquer cet état des connaissances pour prendre des mesures restrictives que si elles cherchent activement à actualiser ces connaissances. On ne saurait ainsi admettre qu'après une longue période de mesures restrictives, les autorités continuent de les maintenir en se fondant toujours sur l'état des connaissances qu'elles avaient lorsqu'elles les ont adoptées et en invoquant le principe de précaution. Plus les limitations de liberté durent longtemps, plus les exigences en matière de mise à jour de l'évaluation des risques augmentent. Ainsi, dès que les

connaissances évoluent, les mesures doivent être adaptées, ce que l'art. 31 al. 4 LEp prévoit expressément. Les mesures qui étaient considérées comme aptes à atteindre le but visé sur la base des connaissances au moment où elles ont été prises peuvent donc s'avérer inutiles postérieurement, en présence de nouvelles connaissances (cf. ATF 139 II 185 consid. 11.6.2). A l'inverse, des mesures qui s'avèreraient inefficaces pour lutter contre la propagation d'une dangereuse maladie pourraient être renforcées (cf. ATF 132 II 305 consid. 5.4.1; arrêt 2C_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.2.7 et les références). Cela a pour conséquence qu'une mesure ne peut pas être considérée comme étant illégitime du seul fait que, rétrospectivement et en présence de meilleures connaissances, elle n'apparaît pas comme étant optimale. Il peut ainsi 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 (arrêt 2C_941/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.2.7 et les références).

5.3.3 Quant à la mesure en cause, le recourant estime en premier lieu que celle-ci n'est pas apte à atteindre le but visé. Selon lui, l'efficacité de la mesure visant à porter le masque facial n'est pas établie, ces masques ayant été conçus pour le personnel médical. Le recourant affirme que l'efficacité du masque dans la prévention de la

BGE 147 I 393 S. 403

transmission des virus est limitée, le moyen adéquat étant de son avis un respirateur. Il ajoute que l'OMS n'a recommandé le port du masque chirurgical que dans les situations où la distance sanitaire ne peut pas être respectée, comme par exemple dans les transports publics, que porter le masque sans instruction préalable est contreproductif et que le manque d'efficacité du port du masque ressort de l'observation de l'évolution de la situation sanitaire dans un canton tiers, où les cas ont malgré tout augmenté, en dépit du port du masque obligatoire dans les commerces, nécessitant l'adoption d'autres mesures (fermetures des night-clubs et discothèques). En premier lieu, force est de constater que, comme l'a déjà jugé le Tribunal fédéral et ainsi que l'a justement relevé le Conseil d'Etat, lorsque l'évaluation d'une mesure dépend de connaissances techniques controversées, le Tribunal fédéral n'admet une violation du principe de proportionnalité que si l'inaptitude de cette mesure à atteindre le résultat recherché paraît manifeste (ATF 128 I 295 consid. 5b/cc). En l'occurrence, le port du masque facial en vue de diminuer la propagation de la maladie à coronavirus 2019 est expressément préconisé par l'Office fédéral de la santé publique qui explique que "porter un masque au quotidien permet surtout de protéger les autres personnes. Une personne infectée peut être contagieuse sans le savoir jusqu'à deux jours avant l'apparition des symptômes. Ainsi, si tout le monde porte un masque dans un espace étroit, chaque personne est protégée des autres. Les masques ne garantissent pas une protection à 100 %, mais ils peuvent contribuer à ce que le nouveau coronavirus se propage moins rapidement" (cf. www.ofsp.admin.ch sous: Maladies/Maladies infectieuses: flambées, épidémies, pandémies/Flambées et épidémies actuelles/Coronavirus/Masques). Cette mesure est également recommandée par l'OMS, qui retient que le port du masque doit être considéré comme normal lorsqu'on se trouve avec d'autres personnes. Cette organisation ajoute que pour que les masques soient aussi efficaces que possible, il est essentiel de les porter, de les ranger et de les laver ou de les jeter correctement (cf. www.who.int sous: Maladie à coronavirus/Protégez-vous). On peut donc en déduire que, fondée sur les connaissances du moment, la mesure en cause doit être considérée comme étant apte à atteindre le but visé, tendant à réduire la propagation de la maladie à coronavirus 2019. D'ailleurs, après la mesure prise fin août 2020 par le Conseil d'Etat du canton de Fribourg, le Conseil fédéral a lui-même ordonné le port

BGE 147 I 393 S. 404

du masque facial dans tous les espaces clos et extérieurs accessibles au public des installations et établissements de Suisse (art. 3b al. 1 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière). Certes, comme le relève le recourant, il n'est pas exclu qu'une mauvaise utilisation du masque puisse avoir des effets contreproductifs, voire donner un faux sentiment de sécurité. Cela n'implique toutefois pas que le port du masque constitue une mesure inapte à protéger les personnes de la transmission du virus, mais signifie bien plus qu'il faut expliquer à celles-ci de quelle manière se protéger efficacement, comme l'ont d'ailleurs fait l'Office fédéral de la santé publique et l'OMS sur leurs sites Internet respectifs (en préconisant par exemple de se laver les mains avec une solution hydroalcoolique ou à l'eau et au savon avant de toucher le masque, de vérifier que le masque n'est ni troué, ni déchiré, de s'assurer que la bande métallique se trouve vers le haut et que la face interne du masque soit portée à l'intérieur, de s'assurer que le nez, la bouche et le menton sont couverts, d'éviter de croiser les lanières). A tout le moins, sur la base des connaissances du moment, cette mesure n'est pas inadaptée à la situation.

Dans l'éventualité où il serait démontré que le port du masque n'aurait aucun effet sur la propagation

du virus, ou si cette propagation devenait inexistante avec le temps, les autorités cantonales seraient amenées à reconsidérer cette mesure. Il convient ainsi d'écarter le grief du recourant quant à la règle de l'aptitude.

5.3.4 Quant à la nécessité de la mesure, le recourant explique que celle-ci est indifférenciée, ne prévoyant en particulier aucune exception pour les personnes qui pourraient attester de raisons notamment médicales les dispensant de porter le masque. De son avis, le Conseil d'Etat a omis d'examiner s'il existait d'autres mesures moins incisives pour la liberté personnelle des clients de commerces, comme par exemple des limitations du nombre de clients, respectivement une obligation de porter le masque uniquement lorsque le commerce accueille plus de dix clients simultanément. Il ajoute que les mesures réellement efficaces telles que le lavage et la désinfection des mains, ainsi que la distance sanitaire peuvent être facilement respectées dans tous les commerces, le simple fait de croiser une personne à moins d'un mètre cinquante n'étant selon lui pas suffisant pour être exposé à un risque de transmission. Le recourant ajoute pour terminer que le port du masque peut toujours intervenir sur une base volontaire, ceci afin que les personnes à risque puissent se protéger.

BGE 147 I 393 S. 405

Force est tout d'abord de rappeler que la mesure litigieuse n'est pas particulièrement restrictive, puisqu'elle se limite à imposer le port du masque aux personnes qui se trouvent dans des commerces ou des supermarchés du canton de Fribourg. Le recourant estime qu'une limitation à dix personnes par commerce serait une mesure moins incisive. Cet argument tombe néanmoins à faux, car limiter l'entrée des commerces à dix personnes, sans autres considérations, notamment d'espace à disposition, pourrait avoir pour conséquence que des gens se trouveraient serrés dans des petits commerces, alors que des grands commerces offrant d'importantes surfaces de vente seraient pratiquement vides. En outre, cette mesure obligerait les personnes désirant se rendre dans les commerces à attendre à l'extérieur et prolongerait de ce fait la durée des contacts avec des tiers. Le port du masque, s'il n'exclut pas d'emblée une limitation de la quantité de personnes pouvant être admises à l'intérieur d'un espace distinct, permet toutefois de laisser plus d'individus dans un même espace. Additionné à d'autres mesures, telles que la distanciation sociale (étant ici rappelé qu'il y a un risque accru d'infection lorsque la distance de 1,5 mètre ne peut pas être respectée pendant plus de 15 minutes; cf. art. 1.1 annexe 1 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière) et la désinfection des mains (mais également la systématisation des tests et le traçage par exemple), le port du masque permet de réduire l'attente devant les magasins, respectivement d'augmenter le confort des consommateurs (cf. quant aux prescriptions relatives aux plans de protection pour l'ensemble des installations et des établissements accessibles au public qui peuvent rester ouverts: www.ofsp.admin.ch sous: Maladies/Maladies infectieuses: flambées, épidémies, pandémies/Flambées et épidémies actuelles/Coronavirus/Mesures et ordonnances/Plans de protection; cf. également art. 2.1 et 3.1 annexe 1 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière). Cette mesure permet surtout d'éviter de prendre des mesures plus incisives, comme par exemple la fermeture pure et simple des commerces qui ne seraient pas de première nécessité. Le recourant préconise en outre la fermeture des night-clubs et discothèques pour diminuer la propagation de la maladie à coronavirus 2019. Il faut reconnaître qu'il n'est pas exclu que cette mesure soit apte à limiter cette propagation (le Conseil fédéral ayant d'ailleurs ordonné la fermeture de ces établissements, cf. art. 5a al. 1 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière). Il ne faut toutefois pas perdre de vue que seule une infime partie de la population se

BGE 147 I 393 S. 406

rend dans de tels lieux et qu'il ne s'agit en principe pas des personnes vulnérables, c'est-à-dire en particulier les personnes âgées (cf. www.ofsp.admin.ch sous: Maladies/Maladies infectieuses: flambées, épidémies, pandémies/Flambées et épidémies actuelles/Coronavirus/Maladie, symptômes, traitement/Personnes vulnérables). Par conséquent, la fermeture des lieux cités par le recourant, qui constitue par ailleurs globalement une mesure plus restrictive que l'obligation du port du masque en cause, ne saurait permettre à elle seule d'atteindre le but d'intérêt public poursuivi. Au demeurant, l'éventuelle fermeture des night-clubs et discothèques n'exclut pas, en plus, l'obligation de porter le masque dans les commerces.

5.3.5 On mentionnera encore que les intérêts en présence permettent d'exclure toute violation du principe de proportionnalité. Le recourant fait en effet valoir à ce propos que son intérêt personnel réside notamment dans l'entrave à la communication avec autrui, expliquant que "pouvoir échanger un sourire avec son prochain, en faisant ses courses, est une joie toute simple mais nécessaire à l'épanouissement personnel". Cet intérêt personnel, s'il est bien réel, ne saurait en aucun cas l'emporter sur l'intérêt public à une limitation de la propagation de la maladie à coronavirus 2019 et, partant, à la limitation du nombre d'hospitalisations et du nombre de morts, ainsi qu'aux dangers

économiques liés à des complications de cette maladie, rencontrés par la collectivité.

5.4 Finalement, le recourant fait encore grief au Conseil d'Etat de ne pas avoir prévu d'exceptions à l'obligation du port du masque facial, notamment pour les personnes qui ne peuvent médicalement pas porter de tels masques. Force est ici de constater que rien n'indique qu'en dépit d'exceptions expressément prévues dans l'ordonnance fribourgeoise COVID-19, le Conseil d'Etat et les autorités compétentes auraient appliqué cette ordonnance de manière rigide, sans tolérer d'exception en cas d'attestations médicales par exemple, et en faisant ainsi fi du principe de proportionnalité. Dans le cadre d'un contrôle abstrait, cela ne suffit donc pas à qualifier la norme de disproportionnée (cf. consid. 2 non publié). Le Conseil d'Etat a d'ailleurs formalisé la prise en considération de ce principe en arrêtant, le 15 octobre 2020, le nouvel art. 5b de l'ordonnance fribourgeoise COVID-19 (ROF 2020_129).