

BGE 149 I 191

Bundesgericht (BGE), 2023-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_149 I 191](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_149_I_191)

FR: ATF 149 I 191

IT: DTF 149 I 191

Regeste

Regeste Art. 8 EMRK; Art. 10 Abs. 2 und Art. 36 BV; Art. 40 EpG; abstrakte Normenkontrolle von Art. 2 der Verordnung vom 14. September 2021 über die Covid-19-Zertifikatspflicht für den Studienbetrieb an Hochschulen des Kantons Freiburg. Rechtslage betreffend das COVID-19-Zertifikat im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung (E. 4). Das Erfordernis, ein gültiges COVID-19-Zertifikat vorzulegen, um an Präsenzveranstaltungen in Lehre und Forschung teilzunehmen, implizierte eine Impfung oder regelmässige Speichel- oder Nasen-Rachen-Tests und griff daher in die persönliche Freiheit der Studierenden ein. Die in der angefochtenen Verordnung vorgesehene Alternative des Fernunterrichts beseitigte diesen Eingriff nicht, da Online- und Präsenzunterricht nicht gleichwertig sind (E. 5). Der Eingriff beruhte auf einer hinreichenden Rechtsgrundlage und verfolgte ein öffentliches Interesse (E. 6). Die Pflicht zur Vorlage eines COVID-19-Zertifikats ohne Regelung der Übernahme der Testkosten, selbst für Studierende in prekärer finanzieller Lage, war mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht vereinbar (E. 7).

Erwägungen

E. 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: 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 BGE 149 I 191 S. 195 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: www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/no-vel-cov/information-fuer-die-aerzteschaft.html [consulté pour la dernière fois le 23 mars 2023]).

E. 5

Se prévalant notamment de l'art. 10 al. 2 Cst. et de l'art. 8 CEDH, les requérants 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.

E. 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; ATF 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 recoupent (cf. ATF 142 I 195 consid. 3.2). BGE 149 I 191 S. 196 Comme toute intervention médicale sur le corps humain, une vaccination, un frottis nasopharyngé, un prélèvement d'échantillon dans la cavité nasale ou encore un test salivaire constituent, sur le principe, des atteintes à la liberté personnelle et à la garantie de la sphère privée (cf. ATF 149 I 105 consid. 4.4.2, ATF 149 I 129 consid. 3.4.1; ATF 134 III 241 consid. 5.4.3; ATF 128 II 259 consid. 3.3; ATF 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, 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 contre République tchèque* du 8 avril 2021 [req. n° 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 ATF 149 I 129 consid. 3.4.1 à propos d'une obligation vaccinale exposant un militaire professionnel à un licenciement en cas de refus; DONZALLAZ, op. cit., p. 613).

E. 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 demeurait 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.

E. 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.

E. 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 BGE 149 I 191 S. 197 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.

E. 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. www.swissuniversities.ch/fr/themes/coronavirus [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.

E. 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.

E. 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 BGE 149 I 191 S. 198 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).

E. 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 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). 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 149 I 105 consid. 4.4.3.1; ATF 148 I 33 consid. 5.4; ATF 147 I 393 consid. 5.1.2, ATF 147 I 478 consid. 3.7, 450 consid. 3.2.2; arrêts 2C_429/2021 du 16 décembre 2021 consid. 5.1.2; 2C_183/2021 du 23 novembre 2021 consid. 3.4 et 3.7, non publiés in ATF 148 I 89). La liste de l'art. 40 al. 2 LEp n'est pas exhaustive (ATF 147 I 393 consid. 5.1.3, ATF 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; ATF 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 149 I 105 consid. 4.4.3.1; ATF 147 I 478 consid. 3.7 et 3.8.1). BGE 149 I 191 S. 199

E. 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. DONZALLAZ, op. cit., p. 611 n. 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 du 3 décembre 2010 concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, FF 2011 291, 360). L'administration d'un vaccin sous la contrainte est exclue (cf. art. 38 OEep).

E. 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 querellée 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 querellée, 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.

E. 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 BGE 149 I 191 S. 200 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 querellée: "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 querellée 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.

E. 7

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

E. 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; ATF 146 I 157 consid. 5.4 et les arrêts cités).

E. 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).
BGE 149 I 191 S. 201

E. 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 149 I 105 consid. 4.4.4.2; ATF 147 I 393 consid. 5.3.2 et les arrêts cités). 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).

E. 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.

E. 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, www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-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 BGE 149 I 191 S. 202 pression, 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.

E. 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 minime dans les jours qui ont précédé l'adoption de l'ordonnance BGE 149 I 191 S. 203 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, non publié in ATF 148 I 89). 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.

E. 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.

E. 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 BGE 149 I 191 S. 204 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 non publié 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.

E. 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 BGE 149 I 191 S. 205 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.

E. 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 BGE 149 I 191 S. 206 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.