

# **BGer 2F\_10/2023 vom 31. Juli 2023**

Bundesgericht, 2023-07-31, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2F\\_10\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2F_10_2023)

FR: TF 2F\_10/2023 du 31 juillet 2023

IT: TF 2F\_10/2023 del 31 luglio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

En vertu de l' art. 61 LTF , les arrêts du Tribunal fédéral acquièrent force de chose jugée le jour où ils sont prononcés. Ils sont définitifs et ne sont pas susceptibles d'un recours ordinaire sur le plan interne. Ils ne peuvent être modifiés que par la voie extraordinaire de la révision ( art. 121 ss LTF ).

#### **E. 1.1**

La présente demande de révision, fondée sur l' art. 121 let . d LTF , a été déposée en temps utile (cf. art. 124 al. 1 let. b LTF ). Le mémoire répond par ailleurs aux exigences de motivation découlant de l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , applicables à la procédure de révision (arrêt 4F\_2/2019 du 28 février 2019 consid. 1.1).

#### **E. 1.2**

La qualité pour former une demande de révision n'est pas explicitement réglée aux art. 121 ss LTF . Selon la jurisprudence, elle s'examine selon les mêmes conditions que la qualité pour recourir dans la procédure antérieure (cf. ATF 149 III 93 consid. 1.2.2; 138 V 161 consid. 2.5.2; arrêts 2F\_21/2020 du 15 octobre 2020 consid. 1.2 et 2F\_20/2020 du 15 octobre 2020 consid. 1.2 et 1.3). En l'occurrence, la procédure antérieure relevait du recours en matière de droit public. L' art. 89 LTF est donc applicable.

#### **E. 1.3**

La présente demande de révision, dirigée contre un arrêt du Tribunal fédéral constatant le caractère inconstitutionnel d'une disposition de droit cantonal, émane du Conseil d'Etat du canton de Fribourg, intimé dans la procédure antérieure.

La qualité pour recourir des collectivités publiques, et donc également celle pour former une demande de révision, est régie par l' art. 89 al. 2 LTF et, subsidiairement, par l' art. 89 al. 1 LTF (cf. ATF 140 I 90 consid. 1.1 et 1.2; pour une procédure de révision: arrêts 2F\_20/2020 du 15 octobre 2020 consid. 1; 2F\_3/2020 du 24 juin 2020 consid. 1.2).

Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a récemment indiqué que, contre un arrêt d'annulation d'un acte législatif émanant d'une Cour constitutionnelle cantonale, il était possible de recourir pour se plaindre de questions de nature procédurale, d'une violation d'une obligation de légiférer ou d'une violation de l'autonomie communale ( ATF 149 I 81 consid. 3.3.5-3.3.8).

Comme l' art. 121 LTF énonce quatre types de vices de procédure (cf. CHRISTIAN DENYS, commentaire de la LTF, 3e éd. 2022, n. 10 ad art. 121), la voie de la révision doit également être ouverte à l'encontre d'un arrêt du Tribunal fédéral qui annule un acte cantonal dans le cadre d'un contrôle abstrait. Reste le point de savoir si cette demande peut

émaner du canton dont l'acte a été annulé. On ne peut faire l'analogie avec le cas où un canton chercherait à recourir contre une décision de sa propre Cour constitutionnelle. En effet, dans un tel contexte, le recours du canton est en principe exclu, au motif qu'il n'appartient pas au Tribunal fédéral de se prononcer sur une situation de litige entre autorités exécutives et judiciaires suprêmes des cantons ( ATF 141 II 161 consid. 2.2; arrêt 2C\_381/2021 du 15 mars 2022 consid. 3.2.1). Or, un tel conflit n'existe pas lorsque c'est le Tribunal fédéral qui a statué en instance unique. On peut dès lors admettre, sous l'angle de l'art. 89 LTF, qu'un canton qui était partie à la procédure principale de contrôle abstrait devant le Tribunal fédéral a un intérêt digne de protection à faire valoir, par la voie de la révision, un vice de procédure dont serait entaché l'arrêt qui a annulé l'acte législatif dont il était l'auteur. Le Conseil d'Etat a donc qualité pour former la présente demande de révision.

## **E. 2**

Le Conseil d'Etat se prévaut du motif de révision de l'art. 121 let. d LTF. Il fait valoir que le Tribunal fédéral n'a pas tenu compte d'un fait décisif, à savoir que les hautes écoles du canton de Fribourg autres que l'Université de Fribourg (HES-SO et HEP-PH), avaient mis en place des tests salivaires gratuits pour leurs étudiants, ainsi qu'il l'avait allégué dans sa détermination sur effet suspensif du 9 novembre 2021. Le Conseil d'Etat reproche en particulier au Tribunal fédéral d'avoir écrit au consid. 7.7.1 de son arrêt du 31 mars 2023 que "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" et au consid. 7.2.2 que "pour les autres hautes écoles, le Conseil d'Etat n'a pas allégué qu'une prise en charge [financière] aurait été mise en place".

### **E. 2.1**

A teneur de l'art. 121 let. d LTF, la révision d'un arrêt peut être demandée lorsque, par inadvertance, le Tribunal fédéral n'a pas pris en considération des faits pertinents ressortant du dossier. Ce motif de révision vise le cas où le Tribunal fédéral a statué en se fondant sur un état de fait incomplet ou différent de celui qui résultait du dossier. L'inadvertance implique une erreur et consiste soit à méconnaître soit à déformer un fait ou une pièce. Elle doit se rapporter au contenu même du fait, à sa perception par le tribunal, mais non pas à son appréciation juridique ( ATF 122 II 17 consid. 3; 115 II 399 consid. 2a). Pour que l'on puisse parler d'inadvertance, il faut que le Tribunal fédéral ait dû prendre en considération le fait important dont l'auteur de la demande de révision lui reproche de ne pas avoir tenu compte ( ATF 115 II 399 consid. 2a; arrêts 6F\_5/2021 du 1er juin 2021 consid. 2.1; 6F\_16/2007 du 21 novembre 2007 consid. 1.2; 5C.166/2004 du 4 octobre 2004 consid. 2.1; 4C.305/2004 du 8 novembre 2004 consid. 2.1). La procédure de révision n'est en effet pas destinée à permettre au requérant de rattraper ses éventuelles omissions dans la procédure antérieure ou dans la motivation du recours au Tribunal fédéral (cf. arrêt 6F\_5/2021 du 1er juin 2021 consid. 2.1; ELISABETH ESCHER, in Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 3e éd. 2018, n. 10 ad art. 121 LTF). Par ailleurs, l'inadvertance doit porter sur un fait pertinent, c'est-à-dire susceptible d'entraîner une décision différente, plus favorable à la partie requérante (cf. ATF 122 II 17 consid. 3).

### **E. 2.2**

Dans le canton de Fribourg, les actes normatifs cantonaux ne peuvent faire l'objet d'un recours cantonal (cf. arrêt 2C\_810/2021 du 31 mars 2023 consid. 1.2, non publié). Le Tribunal fédéral a donc statué en instance unique dans la cause 2C\_810/2021.

Lorsque, faute de recours prévu sur le plan cantonal, le Tribunal fédéral statue, comme en l'espèce, en instance unique sur un recours formé contre un acte normatif cantonal dans le cadre d'un contrôle abstrait ( art. 87 al. 1 LTF ), il n'existe par définition pas d'état de fait établi par une autorité judiciaire 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) (arrêt 2C\_810/2021 du 31 mars 2023 consid. 3.3, non publié et les arrêts cités). 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 ; arrêt 2C\_810/2021 du 31 mars 2023 consid. 3.3, non publié et les arrêts cités).

### **E. 2.3**

En l'occurrence, le dossier de la cause était constitué des écritures et pièces produites par les parties devant le Tribunal fédéral. Comme le Conseil d'Etat reproche au Tribunal fédéral une inadvertance en lien avec la non-prise en compte d'un fait décisif allégué au stade de la détermination sur effet suspensif s'agissant du coût des tests, il n'est pas inutile de rappeler, d'une part, le déroulement de la procédure et, d'autre part, le contenu des pièces.

#### **E. 2.3.1**

Le 14 octobre 2021, les recourants ont déposé un mémoire de recours, accompagné d'annexes, et ont sollicité l'effet suspensif à l'encontre de l'ordonnance fribourgeoise du 14 septembre 2021 restriction d'accès. Dans leur mémoire, les recourants ont souligné le caractère invasif des tests nasopharyngés (par opposition à un simple test salivaire), ainsi que l'effort financier requis par les tests répétitifs à de multiples reprises (par ex. p. 8, 9, 12, 15, 21, 32, 36). Les recourants ont par exemple allégué qu'ils "

seraient de facto contraints de se faire vacciner s'ils ne souhaitent pas subir une atteinte fréquente et répétée à [leur] intégrité physique (test nasopharyngé à répéter tous les deux à trois jours) sans parler du fait qu'à compter du 11 octobre 2021 cela leur coûterait un prix conséquent et insoutenable à court et moyen terme " (p. 9 du recours).

#### **E. 2.3.2**

Par ordonnance présidentielle du 19 octobre 2021, le Tribunal fédéral a imparti un délai au Conseil d'Etat pour déposer son éventuelle réponse au recours. Il lui a en outre imparti un autre délai, plus court, pour se déterminer éventuellement sur la requête d'effet suspensif.

#### **E. 2.3.3**

Dans le délai, prolongé par le Tribunal fédéral à sa demande, le Conseil d'Etat a déposé, le 9 novembre 2021, une détermination sur l'effet suspensif, accompagnée de trois pièces, en concluant au rejet de la requête. Dans cette détermination, le Conseil d'Etat a indiqué, au sujet de la contrainte et des coûts des tests, que l'Université de Fribourg avait convenu d'une collaboration avec le Swiss integrative Center for Human Health, qui offrait 10 tests pour 300 fr., et que les étudiants se trouvant dans une situation financière difficile pouvaient s'adresser au Service social. Le Conseil d'Etat a aussi mentionné que la HES-SO FR avait mis en place des tests salivaires "

en pooling " gratuits et que la HEP-PH FR avait également organisé de tels tests salivaires "

en pooling " (p. 7 de la détermination). Il a produit à l'appui de cette détermination les directives du rectorat de l'Université de Fribourg, le Plan de protection de la HEP-PH FR pour lutter contre la propagation du COVID-19 et un courriel du directeur général de la HES-SO FR du 3 novembre 2021 intitulé "communication importante". Le plan de protection de la HEP-PH FR n'évoque pas le coût des tests ou l'organisation de tests salivaires gratuits. Le courriel du 3 novembre 2021 mentionne que des tests "

poolés " hebdomadaires ont été mis en place.

Par ordonnance présidentielle du 11 novembre 2021, le Tribunal fédéral a rejeté la requête d'effet suspensif.

#### **E. 2.3.4**

Le 14 décembre 2021, le Conseil d'Etat a déposé sa "détermination sur le recours (au fond) ". Il n'a pas produit d'autres pièces. Dans cette écriture de 56 pages, le Conseil d'Etat a fait référence à l'organisation des tests permettant d'obtenir le certificat COVID-19 et à leur coût à quatre reprises: premièrement, en page 16, sous un point 2.4 intitulé "absence de contrainte analogue à une obligation de vaccination", il a évoqué, dans une parenthèse, " l'organisation par ailleurs désormais simplifiée, et le budget que cela suppose " de présenter un certificat COVID-19. Il n'y a pas de renvoi ou d'explication plus étayée s'agissant de cette organisation ou de ce budget.

Deuxièmement, à la même page, le Conseil d'Etat a indiqué ce qui suit: "

En ce qui concerne le coût des tests, l'intimé rappelle que les étudiant-e-s bénéficient d'une offre préférentielle, grâce à la collaboration convenue entre l'Université et le Swiss intergrative Center for Human Health (SICHH), lequel offre 10 tests pour 300 francs. Compte tenu du coût unitaire de 30 francs par test, de la durée de validité d'un test, de l'horaire typique et de l'assiduité usuelle d'un-e étudiant-e, l'ordonnance querellée impose aux recourants une charge financière maximum - pour autant que l'étudiant-e opte pour suivre l'entier de sa formation en présentiel - de l'ordre de 840 francs par semestre ([2 x 30] x 14 semaines), soit un montant comparable à celui de leur taxe d'inscription à l'Université. Par ailleurs, les étudiant-e-s nécessiteux-euses bénéficient du soutien financier du Service social de l'Université (Uni-Social). L'ordonnance querellée n'impose donc à personne d'effort financier tel qu'il porterait indirectement atteinte à l'intégrité physique.

Par ailleurs, il est relevé qu'au moment de la finalisation de ces déterminations, les chambres fédérales envisagent de réintroduire la gratuité généralisée des tests. Si cela devait se confirmer, l'impact financier [pour les] recourants serait réduit à zéro

". Aucune référence n'est faite au régime applicable dans les autres hautes écoles du canton de Fribourg. Le Conseil d'Etat n'a ainsi fait aucune mention de l'existence de tests salivaires gratuits à la HEP-PH et la HES-SO dans le paragraphe spécifique de ses déterminations consacré aux coûts.

Troisièmement, le Conseil d'Etat a évoqué, en page 18, le "

nombre de tests auxquels les étudiant-e-s non vacciné-e-s sont éventuellement indirectement contraint-e-s de se soumettre ", sans préciser ce nombre ni indiquer le type de tests et leur coût dans les hautes écoles autres que l'Université de Fribourg. Enfin, en page 53, le Conseil d'Etat a allégué que "

contrairement à ce que les recourants avancent (p. 9), un test nasopharyngé est sans danger pour la santé ." Il n'est fait aucune mention du fait que les étudiants des hautes écoles pouvaient de toute façon bénéficier de tests salivaires gratuits.

Ainsi, sur 56 pages de déterminations sur le fond, le Conseil d'Etat n'a fait aucune mention qui aurait permis au Tribunal fédéral d'en tirer un indice de l'organisation par les hautes écoles du canton de Fribourg de tests salivaires gratuits. Il n'a fait état que d'une prise en charge financière, qui plus est partielle, des tests à l'Université de Fribourg.

#### **E. 2.3.5**

Il est au surplus relevé, ce qui n'est pas contesté, que la situation sur le plan juridique était claire, à savoir que l'ordonnance querellée du 14 septembre 2021 ne prévoyait rien au sujet de la prise en charge financière des tests, que ceux-ci sont devenus payants le 11 octobre 2021 (soit avant le dépôt du recours) et que l'ordonnance du 14 septembre 2021 n'a pas pour autant été adaptée.

#### **E. 2.4**

Sur cette base, on ne voit pas quelle inadvertance peut être reprochée au Tribunal fédéral dans l'établissement des faits pour ne pas avoir pris en compte le fait que des tests salivaires gratuits avaient été organisés à la HEP-PH et la HES-SO à un moment donné. Il appartenait au Conseil d'Etat, en réponse au recours, de faire valoir ce fait dans ses déterminations au fond. La Cour de céans n'avait ainsi aucune raison de retenir qu'un système de tests salivaires gratuits avait été mis en place en marge de l'ordonnance attaquée qui ne le prévoyait pas.

#### **E. 2.5**

Dans sa demande de révision, le Conseil d'Etat ne conteste pas qu'il n'a pas fait valoir l'existence de tests salivaires gratuits à la HEP-PH et la HES-SO dans sa détermination au fond, mais il expose avoir mentionné ce fait dans ses déterminations sur la requête d'effet suspensif du 9 novembre 2021 et avoir renvoyé à cette écriture en page 2 de sa détermination au fond.

Le renvoi général à la détermination sur l'effet suspensif est insuffisant pour attirer l'attention du Tribunal fédéral sur un fait considéré comme décisif par les parties, alors que la détermination sur le fond n'y fait aucune allusion. En effet, le Conseil d'Etat a pris position de manière circonstanciée, sur 56 pages, sur le recours. Dans ce cadre, il se devait, en réponse aux arguments des recourants qui se plaignaient de l'effort financier requis par les tests répétitifs à de multiples reprises (en particulier p. 8, 9, 21, 32) indiquer que ceux-ci étaient gratuits ou à tout le moins faire une allusion à cette gratuité. Comme on l'a vu, il n'a pourtant fait aucune mention de tests salivaires gratuits organisés dans les hautes écoles, mais s'est contenté d'exposer que les étudiants de l'Université de Fribourg pouvaient obtenir 10 tests pour 300 fr. et demander l'aide du Service social de l'Université (cf.

supra consid. 2.3.4). A

contrario , cela laissait entendre qu'il n'y avait aucun régime particulier dans les autres hautes écoles. Le Tribunal fédéral pouvait partant sans commettre d'inadvertance considérer que le Conseil d'Etat n'entendait pas faire valoir d'arguments relatifs à l'organisation des tests ou à leurs coûts pour les autres hautes écoles. Il n'a ainsi fait que prendre en compte dans son arrêt les explications données par le Conseil d'Etat lui-même dans ses déterminations sur le fond. Celui-ci fonde sa demande de révision sur la teneur de sa prise

de position sur effet suspensif, sans tenir compte de sa propre réponse au recours sur le fond. On ne saurait dans ces conditions reprocher au Tribunal fédéral une inadvertance.

### **E. 2.6**

Il résulte de ce qui précède que le motif de révision envisagé à l' art. 121 let . d LTF n'est pas réalisé.

### **E. 3**

Il s'ensuit que la demande de révision doit être rejetée. Le canton de Fribourg, qui défend un intérêt patrimonial, supportera les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 et 4 LTF ).

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