

FR_GERICHTE 603 2020 155 vom 21. Dezember 2020

FR Kantonsgericht, 2020-12-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_603_2020_155

FR: FR_GERICHTE 603 2020 155 du 21 décembre 2020

IT: FR_GERICHTE 603 2020 155 del 21 dicembre 2020

Regeste

Arrêt de la IIIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Öffentliches Gesundheitswesen

Erwägungen

E. 1.1

En l'espèce, le recours est dirigé contre le courriel du 27 août 2020 contenant une directive du SEJ, attaquant selon les recourantes, et contre une simple information selon l'autorité, non susceptible de recours. Il y a dès lors lieu de trancher cette question, laquelle peut mettre fin, cas échéant, au présent litige.

E. 1.2

A titre liminaire, il y a lieu de constater que l'acte en question imposait le port du masque sans condition à tous les adultes et enfants de plus de 12 ans dans les structures d'accueil du canton. Le 25 septembre 2020, l'obligation du port du masque a été réaménagée et des exceptions ont été prévues. Les recourantes ont déclaré maintenir leur recours. L'obligation du port du masque a une nouvelle fois été modifiée le 16 novembre 2020, sans pour autant que ses aménagements n'aient été fondamentalement revus. Le recours porte ainsi désormais sur l'obligation du port du masque dans sa teneur au 16 novembre 2020 et les conclusions des recourantes qui portent sur l'annulation des versions précédentes, remplacées par cette dernière, sont irrecevables dans la mesure où elle ne sont pas sans objet.

E. 2

La première question à résoudre est celle de savoir si le port du masque constitue un objet susceptible d'être attaqué, en l'occurrence par la voie du recours direct auprès du Tribunal cantonal (en lieu et place de la Direction, dès lors qu'il a été déposé en application de l'art. 119 du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative [CPJA; RSF 150.1]), et si les autres conditions de recevabilité sont remplies.

E. 2.1

Selon l'art. 114 al. 1 let. a CPJA, le Tribunal cantonal connaît en dernière instance cantonale, à moins que la loi ne place l'affaire dans la compétence d'une autre autorité, des recours contre les décisions prises notamment par le Conseil d'Etat, ses Directions et la Chancellerie d'Etat, ainsi que les commissions administratives qui leur sont rattachées.

Tribunal cantonal TC Page 6 de 16 D'après l'art. 114 al. 2 let. b CPJA, le Tribunal cantonal connaît des recours dans les cas non visés à l'al. 1, notamment si le contrôle juridictionnel exigé par le droit fédéral ou international n'est pas déjà assuré par une autre autorité; le Tribunal cantonal est alors compétent même si la loi déclare que la décision est définitive.

E. 2.2.1

Pour être susceptibles d'un recours devant les instances cantonales, les actes attaqués doivent en principe être considérés comme des décisions. L'art. 4 CPJA définit les décisions comme étant des mesures de caractère obligatoire prises dans un cas d'espèce en application du droit public et qui ont pour objet de créer, modifier ou annuler des droits ou des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou le contenu des droits ou d'obligations (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (let. c). La décision a la particularité de toucher, par son contenu, la situation juridique du destinataire. Elle est un acte individuel et concret s'adressant à une ou plusieurs personnes déterminées dans un cas d'espèce. Vu sa portée, elle doit satisfaire à certaines exigences de forme. En principe, il faut accorder à l'administré le droit d'être entendu au préalable (art. 57ss CPJA). La décision doit revêtir la forme écrite (art. 68 CPJA), être désignée comme telle, être motivée et indiquer les voies de droit (art. 66 CPJA). Selon la jurisprudence, sont des décisions les actes de l'autorité qui règlent de manière unilatérale et contraignante un rapport juridique dans un cas particulier (ATF 137 II 409 consid. 6.1; 135 II 30 consid. 1.1; arrêt TF 2C_777/2009 du 21 avril 2010 consid. 2.2 in SJ 2010 I p. 516). Pour déterminer s'il y a ou non décision, il y a lieu de considérer les caractéristiques matérielles de l'acte, à savoir si, par son contenu, il en a le caractère, même s'il n'est pas intitulé comme tel et ne présente pas certains éléments formels typiques d'une décision, telle l'indication des voies de droit (arrêts TF 2C_282/2017 du 4 décembre 2017 consid. 2.1; 1C 532/2016 du 21 juin 2017 consid. 2.3.1; 2C 271/2012 du 14 août 2012 consid. 1.3, non publié in ATF 139 II 384) (cf. arrêt TF 2C_859/2016 du 31 juillet 2018 consid. 4.1).

E. 2.2.2

Cette notion s'oppose à celle d'actes normatifs cantonaux. Ces derniers comprennent toutes les lois et ordonnances édictées par les autorités cantonales et contiennent par définition des règles générales et abstraites destinées à s'appliquer à un nombre indéterminé de personnes qui rentreront ultérieurement dans leur champ d'application (arrêt TF 2C_589/2016 du 8 mars 2017, consid. 6.2.1 et les références citées).

E. 2.2.3

Entre ces deux notions se trouvent des actes administratifs hybrides, dont en particulier les décisions générales. Il s'agit d'actes qui, comme une décision particulière, régissent une situation déterminée, mais qui, à l'instar d'une norme légale, s'adressent à un nombre important de personnes qui ne sont individuellement pas déterminées. Ces actes ont vocation à s'appliquer directement à la majorité des intéressés potentiels en fonction d'une situation de fait suffisamment concrète, sans qu'il ne soit besoin de les mettre en œuvre au moyen d'un autre acte de l'autorité (arrêts TF 2C_589/2016 du 8 mars 2017 consid. 6.2.2 et les références citées; 5A_981/2014 du 12 mars 2015 consid. 5.1; 2A_609/2010 du 18 juin 2011 consid. 1.1.1). En ce sens, la décision générale peut être appliquée et exécutée sans autre mesure concrète et n'appelle pas une individualisation ultérieure (arrêt TF 8C_130/2014 du 22 janvier 2015 in SJ 2015 I p. 293). Les décisions collectives sont en principe soumises aux mêmes règles que les décisions individuelles (DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n. 895). Du point de vue de la

Tribunal cantonal TC Page 7 de 16 protection juridique en particulier, ces actes sont assimilés à des décisions (arrêts TF 8C_91/2015 du 16 décembre 2015 consid. 3.1;

5A_981/2014 du 12 mars 2015 consid. 5.1; ATF 125 I 313 consid. 2b; 112 Ib 249 consid. 2b).

E. 2.2.4

Selon la jurisprudence et la doctrine, il est encore envisageable, d'un point de vue pratique, qu'une décision générale soit englobée dans un acte normatif. D'après la doctrine, la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (Cst. FR; RSF 10.1) n'exclut a priori pas que des actes normatifs contiennent exceptionnellement, outre des dispositions normatives, des actes particuliers. Pourtant, du point de vue procédural, le traitement des décisions particulières et générales, qui ont été élaborées selon la procédure prévue pour des actes normatifs et qui ont été intégrées dans ces derniers, pose toujours des problèmes pratiques (WALDMANN/SCHMITT, La nature juridique controversée d'une ordonnance du Conseil d'Etat in RFJ 2009 p. 123 ss, 128; arrêt TF 2C_330/2013 du 10 septembre 2013 consid. 3.4.5 et les références citées). D'après le Tribunal fédéral, dans ce type de situation, dès que la cause, pour des raisons de sécurité juridique et d'économie de procédure, ne peut être traitée que sous un seul angle, respectivement en fonction d'une seule nature juridique, "[...] l'incorporation d'actes particuliers à un acte qui est, telle l'ordonnance, d'ordinaire classé parmi les actes normatifs crée, [...] l'apparence d'un texte normatif dans son ensemble" (arrêt TF 2C_330/2013 du 10 septembre 2013 consid. 3.4.5 et 3.4.8). Il s'agit là de la théorie de l'apparence.

E. 2.2.5

Par ailleurs, les ordonnances administratives sont des actes unilatéraux, généraux et abstraits dont les destinataires sont les agents de l'Etat et non, théoriquement, les administrés. Elles ne sont donc pas considérées comme des règles de droit. Partant, elles ne sont pas obligatoirement publiées, ne lient ni le juge ni l'administration en tant que telle, ni les administrés, auxquels elles ne peuvent ni imposer d'obligation ni octroyer de droits. Appelées directives, circulaires, instructions, ordres de service, règlements internes, mais aussi communications ou recommandations, les ordonnances administratives se divisent en prescriptions d'organisation et en directives d'interprétation (cf. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2e éd. 2018, n. 331 s. et les références citées; cf. ég. MOOR, Droit administratif, vol. I, Les fondements, 2012, p. 421 et 427). Ces règles ont incontestablement un caractère interne. Selon la jurisprudence, faute d'avoir des effets juridiques directs sur les particuliers, les ordonnances administratives, qui ne valent dès lors pas comme décision (ATF 128 I 167 consid. 4.2), ne peuvent faire l'objet d'un recours en tant que telles. Seules les décisions concrètes, prises le cas échéant conformément aux instructions internes, seront contrôlées (cf. TANQUEREL, n. 336). Cela étant, une ordonnance administrative peut exceptionnellement être attaquée lorsque, d'une part, elle déploie des effets externes, c'est-à-dire qu'elle porte atteinte au moins indirectement à la position juridique des administrés et que, d'autre part, son application ne peut pas se traduire dans une décision formelle contre laquelle l'administré pourrait recourir de manière efficace et raisonnable pour violation éventuelle de ses droits fondamentaux (arrêt TF 2C_613/2015 du

E. 2.2.6

De manière générale, est ainsi déterminante la question de savoir si des droits et des obligations avec effet obligatoire sont visés, en d'autres termes si l'acte attaqué touche la position juridique de chacun de quelque manière et l'astreint à faire, à subir ou à renoncer à un comportement ou fixe d'une autre manière sa relation juridique avec l'Etat. Ne

constitue en revanche pas un objet susceptible d'être attaqué l'acte administratif ou la pratique administrative générale sans conséquences juridiques concrètes (arrêt TF 2C_272/2012 du 9 juillet 2012 consid. 4.2 et les références citées). Pour répondre à la question de savoir si l'acte litigieux doit être qualifié d'acte d'autorité attaquable, il y a lieu d'examiner s'il est en mesure de porter atteinte à des droits fondamentaux ou à une autre situation juridique digne de protection. La possibilité de les attaquer dépend de la situation juridique matérielle et de la nécessité du contrôle judiciaire qui y est lié. Cela découle de l'art. 29a Cst., selon lequel, sous certaines réserves, chacun peut prétendre à faire appel au juge en cas de contestations juridiques. Cette garantie du contrôle judiciaire a des conséquences sur l'interprétation de la notion de décision, en ce sens que l'existence d'une contestation juridique au sens de l'art. 29a Cst. implique l'existence d'une décision, pour autant que la protection légale ne soit pas exclue d'une autre manière ou sur la base d'une disposition légale (arrêt TF 2C_272/2012 du 9 juillet 2012 consid. 4.3; ATF 128 I 167 consid. 4.5).

E. 2.3

En l'occurrence, le courriel litigieux émane du SEJ mais son contenu a été discuté dans la task-force présidée par la Conseillère d'Etat, Directrice de la santé et des affaires sociales, laquelle a estimé qu'il pouvait être tenu pour une injonction de nature hiérarchique l'ayant directement influencé.

E. 2.3.1

L'acte litigieux repose matériellement sur les compétences générales dévolues à la DSAS en matière de structures d'accueil, prévues à l'art. 1 al. 2 du règlement cantonal du 27 septembre 2011 sur les structures d'accueil extrafamilial de jour (RStE; RSF 835.11), qui autorisent celle-ci à émettre, après consultation des milieux concernés, des directives et des recommandations pour déterminer les conditions d'octroi d'autorisation et de prise en charge (let. a), alors que le Service surveille notamment les milieux d'accueil (art. 1 al. 3 let. b RStE). Par ailleurs, la Suisse se trouve en situation particulière au sens de la loi du 28 septembre 2012 sur les épidémies (LEp, RS 818.101; cf. ordonnance du 19 juin 2020 sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière, ordonnance COVID-19 situation particulière, RS 818.101.26). Dans ce contexte, les cantons demeurent compétents, sauf disposition contraire de la présente ordonnance, et ils peuvent prendre des mesures temporaires applicables régionalement si le nombre d'infections est élevé localement ou menace de le devenir (cf. art. 2 et 8 al. 2 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière en lien avec l'art. 40 LEp). Aux termes de l'art. 117 Cst. FR – intitulé "Compétences – Circonstances extraordinaires" –, le Conseil d'Etat prend les mesures nécessaires pour parer aux dangers sérieux, directs et imminents. Ces mesures cessent de produire effet une fois le danger disparu ou en l'absence d'approbation par le Grand Conseil dans le délai d'une année.

Tribunal cantonal TC Page 9 de 16 En vertu de l'ordonnance fribourgeoise du 17 août 2020 relative aux mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière (RSF 821.40.73), le Conseil d'Etat a délégué à la DSAS et à la Direction de la sécurité et de la justice la compétence de prendre les mesures urgentes sous forme de décisions ou de directives (art. 2 de l'ordonnance cantonale précitée). Selon son art. 3, la conduite sanitaire de la crise relative à l'épidémie de coronavirus (COVID-19) est confiée à une "task force" dirigée par la DSAS. La "task force" comprend des personnes représentant

la DSAS, les réseaux hospitaliers, la Conférence des préfets et l'Etablissement cantonal des assurances sociales. Ces dispositions ont été abrogées au 17 octobre 2020 puis partiellement réintroduites le 30 octobre 2020 par le biais de l'ordonnance cantonale du 28 octobre 2020 déclarant la situation extraordinaire à l'échelon cantonal (RSF 821.40.22) jusqu'au 30 novembre 2020; sa validité a été prolongée jusqu'au 19 janvier 2021. Depuis le 30 octobre 2020, l'état de situation extraordinaire a en effet été reconnu sur l'ensemble du territoire cantonal (cf. ordonnance fribourgeoise du 28 octobre 2020 précitée). Ainsi, à côté des compétences générales dévolues à la DSAS en la matière, des compétences spécifiques et temporaires ont été dévolues au Conseil d'Etat, respectivement à sa délégation, pour lutter contre la pandémie. Or, l'obligation litigieuse de porter le masque, adressée aux structures d'accueil de la petite enfance, a pour but de limiter la propagation du virus. L'on se trouve dès lors en présence d'un concours de compétences ou de compétences parallèles. Il n'y a toutefois pas de raison d'instaurer une préséance entre autorités, à tout le moins ici, dès lors que la Conseillère d'Etat, Directrice de la DSAS, est membre de la délégation du Conseil d'Etat compétente pour prendre les mesures que la pandémie exige, qu'elle présidait, lorsque la directive originale a été émise, l'ancienne "task force" chargée de conseiller et de faire des propositions pour y contribuer, et que la Conseillère d'Etat, Directrice de la DSAS, est l'autorité compétente en général pour émettre directives et recommandations au sein des structures d'accueil de la petite enfance. Les recourantes ne remettent d'ailleurs pas formellement en question les compétences de la DSAS quant à l'objet litigieux puisqu'elles ont souscrit à l'application de l'art. 119 CPJA.

E. 2.3.2

Sur le fond, l'acte attaqué impose le port obligatoire du masque aux adultes et aux jeunes de plus de 12 ans dans les structures d'accueil extrafamilial de jour préscolaire et extrascolaire, sous réserve de certaines exceptions. L'on est ainsi en présence d'une directive ou de recommandations au sens précité adressés en interne aux collaborateurs et collaboratrices des structures d'accueil, dès lors que le port du masque constitue une règle ayant trait à l'organisation du travail à l'intérieur de la structure et qu'elle impose notamment à ces derniers un comportement déterminé, dans le cadre de leur fonction (cf. TANQUEREL, n. 333; MOOR, p. 421 et 422). La dénomination figurant dans le courriel (information) n'est en revanche pas déterminante à cet égard, tout comme le support (courriel) qui a servi à sa transmission, dès lors que l'obligation a été portée à la connaissance de l'ensemble des usagers, au sens large du terme, des structures d'accueil. Au-delà des collaborateurs et collaboratrices de ces structures d'accueil directement touchés par l'obligation qui leur est faite, en effet, les tiers qui pénètrent dans les locaux sont aussi directement impactés puisqu'ils ont également l'obligation de porter le masque. La directive impose sans ambiguïté aux adultes et aux jeunes, quels qu'ils soient, un comportement déterminé dans les lieux précités, à savoir le port obligatoire du masque, pouvant entraver leurs droits fondamentaux, dont notamment leur liberté personnelle. Les enfants dont les collaborateurs et collaboratrices s'occupent ne sont pas tenus à

Tribunal cantonal TC Page 10 de 16 un comportement déterminé mais ils sont pour leur part confrontés obligatoirement au port du masque quand ils fréquentent les structures d'accueil. Cette obligation ne nécessite enfin aucune concrétisation ou individualisation spécifique par le biais d'une décision formelle, contrairement à ce que semblent prétendre les recourantes. Dans ces circonstances, force est d'admettre que la directive imposant le port du masque emporte les effets d'une décision au sens de l'art. 4 CPJA et peut être attaquée comme telle.

E. 2.4

S'agissant de la qualité pour recourir des recourantes, celle-ci peut être considérée comme donnée, que cela soit par celle d'entre elles qui travaille dans une crèche, confrontée tous les jours travaillés à l'obligation faite par la directive, ou encore par les mères des enfants qui fréquentent la crèche, pour elles-mêmes, lorsqu'elles les amènent ou viennent les rechercher, mais aussi en leur qualité de représentante légale de leurs enfants, dans ce cas contraints de subir ce qu'elles considèrent comme les conséquences néfastes du port du masque par les éducateurs et éducatrices. Par ailleurs, même si la directive a été modifiée à deux reprises depuis le 27 août 2020, le port du masque demeure la règle. L'intérêt au recours est ainsi encore actuel.

E. 2.5

Enfin, le recours a été déposé dans le délai et les formes légales.

E. 2.6

Partant, il sied d'entrer en matière sur le litige. 3. 3.1. D'après 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. Selon l'art. 11 Cst., les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement. Ils exercent eux-mêmes leurs droits dans la mesure où ils sont capables de discernement. En vertu de l'art. 36 al. 1 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale; les restrictions graves doivent être prévues par une loi; les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés. Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 36 al. 2 Cst.) et proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst.). L'essence des droits fondamentaux est inviolable (art. 36 al. 4 Cst.). Toute restriction doit être fondée sur une base légale suffisamment claire et précise, les restrictions graves devant être prévues par une loi au sens formel (ATF 146 I 11 consid. 3.1.2; 144 I 126 consid. 5.1; 139 I 280 consid. 5.1). L'exigence de précision est destinée à assurer la sécurité du droit et l'égalité de traitement. Dans cette mesure, les dispositions en cause doivent être formulées d'une manière suffisamment précise pour permettre aux individus d'adapter leur comportement et de prévoir les conséquences d'un comportement déterminé avec un degré de certitude approprié aux circonstances (ATF 146 I 11 consid. 3.1.2; 143 II 162 consid. 3.2.1; 139 I 280 consid. 5.1 et les références citées). Le principe de la légalité ne doit pas être vidé de sa substance ni, inversement, être appliqué avec une exagération telle qu'il entre en contradiction irréductible avec la réalité juridique et les exigences de la pratique (ATF 143 II 283 consid. 3.5; 143 I 220 consid. 5.1.2; 135 I 130 consid. 7.2 et les références citées). Le législateur ne peut pas éviter de recourir à des concepts généraux plus ou moins flous qui nécessitent d'être concrétisés par la

Tribunal cantonal TC Page 11 de 16 pratique. Le degré de précision nécessaire ne se prête pas à une définition abstraite. Il dépend notamment de la diversité des situations à évaluer, de la complexité et de la prévisibilité des décisions à prendre dans chaque cas d'espèce, des destinataires de la législation, de la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux et de la difficulté de choisir une solution appropriée avant qu'un cas d'application ne se présente concrètement (ATF 136 I 87 consid. 3 / JdT 2010 I 87). 3.2. En l'espèce, c'est sur la base de l'art. 6 LEp que le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance COVID-19 situation particulière. En outre, en vertu de l'art. 8 al. 2 de ladite ordonnance, en corrélation avec l'art. 40 LEp, les

cantons ont pour leur part la possibilité d'ordonner des mesures qui ont un caractère temporaire et une portée locale ou régionale, ce qu'a précisément fait le canton en ce qui concerne les structures d'accueil le 27 août 2020, via la DSAS et le SEJ. Force est ainsi d'admettre, qu'entre la base constitutionnelle et les bases légales et réglementaires rappelées ci-dessus, dont celles en lien avec les compétences générales de la DSAS en lien avec les structures d'accueil ainsi que les compétences spécifiques en matière de lutte contre le COVID, le port du masque pouvait être imposé dans les structures d'accueil extrafamilial. Depuis la fin octobre en outre, le canton de Fribourg se trouve en situation extraordinaire. Il appartient au Conseil d'Etat de prendre les mesures nécessaires pour parer aux dangers sérieux, directs et imminents induits par la pandémie (cf. art. 1 de l'ordonnance fribourgeoise du 28 octobre 2020). Dans ces circonstances, force est de constater que l'obligation du port du masque dans les structures d'accueil extra-familial repose d'autant plus sur une base légale suffisante. En outre, depuis le 10 novembre 2020, de telles structures restent ouvertes, moyennant un plan de protection, en vertu de l'art. 5 de l'ordonnance fribourgeoise au 10 novembre 2020 relative aux mesures cantonales pour freiner la propagation du coronavirus (RSF 821.40.73). Désormais, le canton a ainsi formellement transféré aux autorités compétentes en la matière, à savoir ici à tout le moins la DSAS, voire le SEJ, les compétences d'adopter des plans de protection pour lutter contre le virus. De plus, depuis le 19 octobre 2020, au niveau fédéral cette fois, toute personne se trouvant dans les espaces clos et extérieurs accessibles au public des installations et des établissements, y compris les marchés, ainsi que dans les zones d'attente des gares, des arrêts de bus et de tram, dans les gares, les aéroports ou d'autres zones d'accès aux transports publics doit porter un masque facial (art. 3b al. 1 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière). Selon l'art. 3b al. 3, abrogé au 29 octobre 2020, l'obligation visée à l'al. 1, s'agissant notamment des structures d'accueil extrafamilial (let. a), s'appliquait uniquement lorsqu'elle était prévue dans le plan de protection visé à l'art. 4. Depuis cette date, l'obligation du port du masque dans ces dernières n'est toutefois plus dépendante d'un quelconque plan de protection; en revanche, selon le nouvel art. 3b al. 2 let. c, les personnes dans les structures d'accueil sont exemptées du port du masque, dans la mesure où ce dernier complique considérablement la prise en charge. L'on peut se demander, dans ces circonstances, si les compétences pour prendre les mesures pour lutter contre la pandémie, notamment dans les structures d'accueil extrafamilial, reviennent encore aux cantons. Cette question peut toutefois souffrir de rester indécise dès lors que les exceptions au port du masque prévues dans la directive litigieuse, à compter du 25 septembre

Tribunal cantonal TC Page 12 de 16 2020, vont dans le sens de la récente disposition fédérale, respectivement doivent cas échéant être interprétées à sa lumière. Partant, on ne saurait remettre en doute le fait que la mesure litigieuse repose sur une base légale suffisante. 4. Il convient encore d'examiner si les autres conditions de l'art. 36 Cst. sont remplies. Une restriction à un droit fondamental doit en effet être justifiée par un intérêt public et être proportionnée au but visé sans violer l'essence du droit en question. 4.1. S'agissant de l'intérêt public, il ne saurait être sérieusement contesté qu'en raison de la pandémie COVID-19, il existe un intérêt public prépondérant manifeste, à savoir la protection de la santé de la population, lequel justifie une restriction des droits fondamentaux pour autant que celle-ci soit proportionnée. L'ordonnance COVID-19 situation particulière, tout comme les dispositions cantonales similaires, visent d'ailleurs expressément à prévenir la propagation du coronavirus, par exemple par le respect de distances interpersonnelles ou le port de masques de protection, et à interrompre les chaînes

de transmission (cf. arrêts TC FR 603 2020 167 du

E. 7

décembre 2020 consid. 4.1; TC JU Cst 8/2020 du 8 octobre 2020 consid. 7.1). A cet égard, il y a d'ailleurs lieu de souligner que le port du masque dans les crèches, auquel sont contraints les adultes et les jeunes de plus de douze ans, à l'exclusion des enfants, vise surtout à empêcher la propagation de la maladie entre adultes, en particulier parmi les éducateurs et éducatrices. La crainte de la transmission du virus ne provient ainsi pas de manière prépondérante des enfants qui fréquentent les structures d'accueil extra-familial, même s'il semblerait désormais, en l'état des connaissances, que, bien que peu symptomatiques, les enfants pourraient transmettre néanmoins le virus. Au-delà de la préservation de la santé des éducateurs et éducatrices mais aussi des parents, il s'agit aussi d'éviter que le personnel ne soit décimé, contraignant les structures à devoir fermer, avec les conséquences socio-économiques qui peuvent en résulter pour les parents et les enfants eux-mêmes. C'est en effet l'expérience malheureuse d'une telle structure d'accueil qui est à l'origine de la directive. Soulignons que l'institut MMI et kibesuisse ont évoqué la même problématique et parlé eux-mêmes de la menace qui pèse pour le maintien de l'offre en formation et accueil extrafamiliaux et pour toute la branche professionnelle (cf. pièce 6 bordereau autorité intimée). De ce point de vue également, contrairement à ce que semblent penser les recourantes, l'intérêt public justifie en soi la mesure litigieuse. 4.2. 4.2.1. Le principe de la proportionnalité exige pour sa part qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité); en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts; ATF 136 IV 97 consid. 5.2.2 et les arrêts cités). 4.2.2. Depuis le 6 juillet 2020, le Conseil fédéral a imposé à tous les voyageurs âgés de plus de

E. 12

ans le port du masque facial dans les transports publics (cf. art. 3a ordonnance COVID-19 situation particulière; RO 2020 2735 s.). L'art. 3 de cette ordonnance en vigueur depuis le 22 juin

Tribunal cantonal TC Page 13 de 16 2020 impose par ailleurs à chaque personne de respecter les recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et de conduite face à l'épidémie. Il fait référence aux règles d'hygiène et de conduite que cet office a édictées, actualisées et publiées sur son site internet depuis le début de l'épidémie de coronavirus en vertu de l'art. 9 al. 3 LEp. Elles portent sur les distances à respecter, le port du masque, le lavage des mains ou encore la manière de se saluer, de tousser ou d'éternuer. Ces règles sont expliquées à la population sur des affiches désormais connues de tous, sous la forme de pictogrammes accompagnés d'un texte court. S'agissant du masque, la Confédération recommande de manière générale de porter un masque lorsque la distance de 1,5 mètre avec les autres personnes ne peut pas être respectée et qu'il n'y a pas de protection physique (p. ex. parois de séparation). 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. Les masques ne garantissent pas une protection à 100%, mais ils peuvent contribuer à ce que le nouveau coronavirus se propage moins rapidement

(www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/masken.html, consulté la dernière fois le 17 décembre 2020) (cf. arrêts TC FR 603 2020 167 consid. 4.2.1; TC JU Cst 8/2020 du 8 octobre 2020 consid. 7.2.1). Depuis le 19 octobre 2020, la mesure a en outre été renforcée. Le port du masque est également obligatoire dans tous les espaces clos accessibles au public des installations et des établissements notamment, conformément à l'art. 3b de l'ordonnance COVID situation particulière, y compris dans les structures d'accueil extrafamilial, lorsque le plan de protection visé à l'art. 4 le prévoit (cf. art. 3b al. 3 ordonnance COVID situation particulière; RO 2020 4159 s.). Depuis le 29 octobre 2020, soit à peine dix jours plus tard, le Conseil fédéral ne fait plus dépendre le port du masque dans les structures d'accueil à son introduction dans un plan de protection mais l'impose désormais de manière générale, sauf s'il complique considérablement la prise en charge (cf. art. 3b al. 2 let. c ordonnance COVID situation particulière; RO 2020 4503 s.). En soi, il est ainsi établi, compte tenu des connaissances scientifiques actuelles, que le port du masque, associé à d'autres mesures, est apte à ralentir la propagation du virus. S'il est vrai que le Conseil fédéral n'avait, au printemps 2020, pas imposé le port du masque, il en est largement revenu. Les raisons de ce changement importent peu. Il n'appartient de toute manière pas au Tribunal cantonal, saisi d'un recours à l'encontre de mesures cantonales, de remettre en cause l'obligation du port du masque imposée désormais au niveau fédéral dans tous les espaces clos ouverts au public, y compris dans les structures d'accueil de la petite enfance. Cela étant, la mesure forme un tout avec les autres incitations faites aux citoyens, comme la distanciation sociale et le lavage des mains. Manifestement, il n'apparaît ainsi pas judicieux, pour le Conseil fédéral, de préférer l'une ou l'autre de ces mesures, respectivement de renoncer à l'une d'entre elles. Si le fait de porter un masque dans les crèches restreint certes la liberté individuelle, il paraît ainsi apte à garder ces structures ouvertes, indirectement aussi les autres espaces clos ouverts au public. A cet égard, il y a lieu de relever que, dans sa réponse donnée par courriel du 5 novembre 2020 à l'Association E. _____ et dont se prévalent les recourantes, l'OFSP indique que le port permanent de masques pendant la garde d'enfants, en particulier pour les jeunes enfants, ne semble pas adéquat. Il n'en demeure pas moins que l'ordonnance fédérale fait clairement du port du masque la règle, à laquelle il est possible de déroger, notamment dans les structures d'accueil, mais à la condition que la prise en charge en soit considérablement compliquée. Ainsi, tant au

Tribunal cantonal TC Page 14 de 16 niveau cantonal que fédéral, le port du masque a été imposé en raison de la situation sanitaire extraordinaire existante, y compris dans les structures d'accueil. Les recourantes se prévalent certes de nombreuses prises de position et d'articles scientifiques selon lesquels le port du masque serait dangereux pour le développement physique et psychique de l'enfant. De tels avis sur le sujet ne sont toutefois pas de nature à remettre en cause l'obligation du port du masque en général dès lors qu'ils ne constituent que de simples points de vue différents. Ils doivent même être appréciés avec prudence eu égard aux considérants qui précèdent, en particulier face à l'étendue toujours plus importante des mesures prises par le Conseil fédéral et le Conseil d'Etat pour freiner la propagation du virus, dont le port du masque dans les structures d'accueil. Il sied aussi de relever que le SEJ a sollicité et tenu compte des avis émanant d'organisations spécialisées dans la prise en charge des jeunes enfants reconnues au niveau suisse. Il s'est inspiré tout particulièrement, dans sa directive modifiée au 25 septembre 2020, des recommandations urgentes préconisées pour le canton de Zurich par le MMI et kibesuisse, le 7 septembre 2020 (pièce 6 bordereau SEJ), au titre desquelles figure la règle du port du masque. Les

recourantes, pour leur part, se réfèrent aux recommandations de ces mêmes organismes, mais hors situation urgente. Les différences tiennent au régime exceptionnel. Soulignons par ailleurs que s'il y avait situation urgente au mois d'août dans les crèches, il y a désormais situation extraordinaire en général dans le canton depuis la fin octobre. 4.2.3. Alors que l'ordonnance administrative du 27 août 2020 ne prévoyait aucune exception au port du masque, la directive actuelle a mis toutefois en place des aménagements. Ainsi, chaque enfant de moins de 24 mois peut être confié à un éducateur ou une éducatrice qui est en contact et parle avec l'enfant sans masque d'hygiène pendant une partie du temps d'accueil. Une réglementation spéciale est également prévue pendant la période d'adaptation d'un enfant, tout comme lors de l'accueil des enfants, de manière individuelle ou collective, permettant à l'adulte de faire connaissance sans et avec un masque, respectivement de montrer brièvement son visage sans masque. Par ailleurs, si une distance de 1,5 m peut être maintenue de façon continue dans des situations pédagogiques clés, il n'est pas nécessaire de porter un masque d'hygiène. De même, l'enfant de plus de deux ans, déstabilisé par le contact avec des personnes portant des masques, sera confié, de façon temporaire, à une personne de référence, à l'instar de ce qui est prévu pour les enfants plus jeunes. Ces nouveaux aménagements vont dans le droit sens des mesures moins incisives que les recourantes souhaitaient obtenir. Elles allègent toutefois que le port du masque demeure néanmoins la règle, les exceptions étant difficilement réalisables en raison des ressources limitées en personnel, voire selon l'interprétation stricte qui peut en être faite, notamment depuis l'incitation dans ce sens du SEJ du 16 novembre 2020. Il est vrai que les aménagements prévus requièrent à tout le moins organisation et souplesse. Toutefois, indépendamment de la situation sanitaire, les structures d'accueil de la petite enfance doivent de toute manière faire face à de nombreux impondérables, les contraignant à revoir leur planification. En outre, les enfants, confrontés également à leurs parents masqués dans d'autres endroits clos, ont certainement pour une bonne partie d'entre eux pu s'adapter à ces nouvelles contraintes, ce que l'article produit par les recourantes (pce 20) vient d'ailleurs confirmer. Ils ne sont de plus pas obligés de faire face, jour après jour, au port continu du masque par les adultes les côtoyant. Et pour ceux à qui cela pose en revanche un problème, les éducateurs peuvent désormais renoncer au port du masque. Cela étant, la règle qui prévaut est bien celle du port du masque, n'en déplaît aux recourantes, et les aménagements ne constituent que le régime d'exception. Le rôle du Tribunal cantonal se borne ici

Tribunal cantonal TC Page 15 de 16 à vérifier que la solution préconisée respecte les conditions précitées et la Cour n'a pas à substituer sa propre appréciation à celle des autorités qui en sont à l'origine. S'agissant des masques transparents que réclament les recourantes, il n'appartient pas non plus au Tribunal cantonal de s'exprimer à ce sujet. Le port d'un tel masque ou d'un tel autre tient de l'exécution des directives et pourrait cas échéant faire l'objet de décisions particulières, de la compétence de la DSAS, voire du SEJ. On remarque cependant que son utilisation devra en premier lieu dépendre de son homologation quant à son efficacité en terme de protection contre le virus. Il y a lieu à cet égard de souligner que l'OFSP indique que les masques en plastique transparent ne sont indiqués qu'exceptionnellement, pour faciliter la communication en permettant la lecture labiale (www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/masken.html, consulté la dernière fois le

E. 17

décembre 2020); ils ne sont dès lors à ce stade pas considérés comme éprouvés, au contraire des masques opaques en papier. Enfin, le fait que d'autres cantons aient instauré des mesures moins incisives ou autorisé le masque transparent ne saurait lier les autorités fribourgeoises. 4.2.4. De plus, les entraves dans la liberté personnelle et la contrainte que pourraient subir certains enfants demeurent dans un rapport raisonnable avec le but de santé publique poursuivi en situation de situation extraordinaire, malgré l'art. 3 CDE. Dans la pesée des intérêts à réaliser, surtout en situation extraordinaire, il y a lieu d'admettre que l'intérêt bien compris des petits enfants ne peut pas s'opposer à l'intérêt public des citoyens en général et au but de santé publique poursuivi par la mesure pour faire barrière au port du masque dans les structures d'accueil. Comme déjà évoqué, les enfants ont déjà su s'adapter au port du masque, même les plus petits, et, pour les cas problématiques, des alternatives existent. Soulignons que, comme le passé récent l'a démontré, les mesures prises font l'objet d'adaptations régulières, pour tenir compte de l'avancée des connaissances scientifiques et des expériences réalisées. Les autorités se sont engagées à poursuivre dans cette dynamique et le Tribunal de céans ne peut que les inviter formellement à y veiller, de manière à demeurer en conformité avec l'art. 40 al. 3 LEp. Ces directives n'excluent cependant pas le prononcé de décisions individuelles pour régler des situations particulières, si nécessaire. 4.2.5. Force est ainsi d'admettre que, compte tenu de la situation sanitaire extraordinaire, le port du masque dans les structures d'accueil - avec les exceptions aménagées - repose sur des bases légales suffisantes et qu'il constitue une mesure apte à contribuer à lutter contre la propagation du virus; cette mesure est en outre nécessaire, associée à d'autres mesures, pour atteindre le but visé, et elle demeure dans un rapport raisonnable entre celui-ci et l'intérêt public en général mais aussi avec l'intérêt des petits enfants. 5. Il s'ensuit le rejet du recours, dans la mesure où il n'est pas irrecevable, voire sans objet. La requête (603 2020 156) de mesures provisionnelles devient sans objet. Les frais de justice sont mis solidairement à la charge des recourantes qui succombent, conformément à l'art. 131 CPJA et aux art. 1 et 2 du tarif fribourgeois du 17 décembre 1991 sur les frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (RSF 150.12). Il n'y a pas lieu de renoncer à cela, contrairement à ce que souhaitent les recourantes, quand bien même

Tribunal cantonal TC Page 16 de 16 il faudrait admettre que c'est leur intervention qui a fait évoluer les directives, dès lors que celles-ci posent toujours comme principe l'obligation du port du masque. La Cour arrête : I. Le recours (601 2020 155) est rejeté, dans la mesure où il n'est pas irrecevable, voire sans objet. II. Les frais de justice, fixes à CHF 1'500.-, sont mis solidairement à la charge des recourantes et sont compensés avec l'avance de frais. III. La requête (601 2020 156) de mesures provisionnelles, devenue sans objet, est rayée du rôle. IV. Notification. Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification. La fixation du montant des frais de procédure peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA). Fribourg, le 21 décembre 2020/ape La Présidente : Le Greffier-stagiaire :

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