L'obligation du port du masque dans les commerces comme restriction à la liberté personnelle

Auteur : Ariane Legler

Date : 20 août 2021

[TF, 08.07.2021, 2C 793/2020*](#)

L'obligation du port du masque dans les commerces et supermarchés est compatible avec la liberté personnelle. Il s'agit d'une mesure proportionnée au but de santé publique visé, soit de réduire la propagation du COVID-19.

Faits

Fin août 2020, le Conseil d'État du canton de Fribourg adopte une [ordonnance](#) rendant **obligatoire le port du masque** pour les personnes dès 12 ans **dans les supermarchés et les commerces**.

Une personne domiciliée dans le canton de Fribourg forme un recours en matière de droit public contre l'ordonnance susmentionnée et demande son **annulation**.

Le Tribunal fédéral est amené à déterminer si la disposition de cet acte prévoyant **l'obligation du port du masque dans les commerces** est compatible avec la **liberté personnelle** ([art. 7](#) et [10 al. 2 Cst.](#); [art. 8 par. 1 CEDH](#)).

Droit

En principe, la **qualité pour recourir** auprès du Tribunal fédéral suppose un **intérêt actuel et pratique** à l'annulation de l'acte attaqué ([art. 89 al. 1 LTF](#)). Celui-ci doit exister tant lors du dépôt du recours qu'au moment où l'arrêt est rendu ([ATF 142 I 135](#)).

En l'espèce, l'ordonnance contestée a été **abrogée** (le port du masque obligatoire étant désormais réglé au niveau fédéral), de sorte que le recourant n'a plus d'intérêt actuel au recours. Toutefois, il s'agit d'une question qui **pourrait se poser à nouveau** et qui revêt un **intérêt public**. Par conséquent, le Tribunal fédéral **renonce** à l'exigence d'un intérêt actuel, conformément à sa jurisprudence, et déclare le recours **recevable**.

À titre préliminaire, le Tribunal fédéral constate que l'obligation du port du masque dans les commerces est une **atteinte légère** à la liberté personnelle. En effet, elle ne concerne que des lieux clos qui ne sont visités que **quelques heures** par personne et par semaine. En outre, rien n'empêche les récalcitrants de faire des **achats sur internet**.

Le Tribunal fédéral analyse ensuite la restriction à la liberté personnelle que constituerait l'obligation du port du masque dans les commerces **sous l'angle de l'art. 36 Cst.**

Premièrement, le recourant admet que l'[art. 40 LEp](#) constitue une base légale formelle, mais conteste sa **densité normative** ([art. 36 al. 1 Cst.](#)), au motif que cette disposition ne prévoirait pas le port du masque comme mesure pertinente.

L'[art. 40 al. 2 LEp](#) permet **notamment** aux autorités de cantonales de:

- prononcer l'interdiction totale ou partielle de manifestations;

- fermer des écoles, d'autres institutions publiques ou des entreprises privées, ou réglementer leur fonctionnement;
- interdire ou limiter l'entrée et la sortie de certains bâtiments ou zones, ou certaines activités se déroulant dans des endroits définis.

Le Tribunal fédéral souligne qu'il s'agit d'une **liste non exhaustive**, autorisant par ailleurs des mesures bien **plus restrictives** que le port du masque. En outre, le port du masque est expressément mentionné dans le Message du Conseil fédéral concernant la révision de la LEp ([FF 2011 306](#)). Enfin, la mesure contestée constitue une **atteinte légère** à la liberté personnelle, ne nécessitant **pas une base légale précise**.

Deuxièmement, le recourant soutient que la restriction à la liberté personnelle – soit l'obligation du port du masque dans les commerces - serait dépourvue d'**intérêt public** car il n'y aurait pas de danger sérieux pour la santé publique.

Le Tribunal fédéral **dément ces affirmations** en se fondant sur le nombre de décès et d'hospitalisations dus à la maladie du COVID-19 recensés par l'OFSP. À la différence de l'épidémie annuelle de grippe, cette maladie peut conduire à un **engorgement massif des hôpitaux**, au détriment de la prise en charge d'autres affections. La mesure contestée vise donc un **but de santé publique** ([art. 36 al. 2 Cst.](#)), soit celui de **prévenir et de combattre la propagation du COVID-19** ([art. 2 al. 1](#) et [art. 19 LEp](#)).

Troisièmement, le recourant estime que l'obligation du port du masque dans les commerces n'est pas une mesure **apte** à diminuer la propagation du COVID-19 ([art. 36 al. 3 Cst.](#)). Selon lui, **l'efficacité** de cette mesure n'aurait **pas été démontrée**. Dans certains cantons, les cas auraient même augmenté malgré la mise en œuvre d'une telle mesure, nécessitant l'adoption de mesures plus incisives, telles que la fermeture des discothèques.

Le principe de proportionnalité est primordial lorsqu'il s'agit de trouver un équilibre entre la protection de la santé publique et les restrictions à des libertés ordonnées dans ce but. Un risque zéro n'existe pas, de sorte que les mesures imposées doivent être dans un **rapport raisonnable** avec les risques qu'elles visent à éviter. Il incombe toutefois au **pouvoir exécutif** et non aux tribunaux de définir ce qu'est le risque acceptable en **quantifiant les risques**. Dans le contexte du COVID-19, il convient donc d'examiner **avec quelle probabilité et intensité** cette maladie peut toucher la population et **l'aptitude** des mesures ordonnées à diminuer la propagation de la maladie.

Les conséquences négatives de la maladie et celles des mesures ordonnées doivent être mises en balance **selon l'état actuel des connaissances**. Lorsque celles-ci sont 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](#)).

Or en l'occurrence, le port du masque est recommandé tant par l'OMS que par l'OFSP **afin de protéger les autres personnes**. En effet, une personne infectée peut être contagieuse sans le savoir jusqu'à deux jours avant l'apparition de symptômes. Ainsi, à moins que l'inefficacité du port du masque sur la propagation du virus soit démontrée ou que cette propagation cesse, la mesure est **apte, sur la base des connaissances du moment, à diminuer la propagation du COVID-19**.

Concernant la **nécessité** de l'obligation du port du masque dans les commerces, le recourant est d'avis que des **mesures moins incisives** pour la liberté personnelle auraient pu être prises (p.ex. une limitation du nombre de clients par commerce).

Selon le Tribunal fédéral, cette alternative ne prend pas en compte la différence d'espace à

disposition entre les grands et les petits commerces. Les clients de petits commerces devraient attendre à l'extérieur et la durée des contacts avec des tiers serait prolongée. Or l'obligation du port du masque dans les commerces permet justement de **laisser plus d'individus dans un même espace et d'éviter des mesures plus incisives, comme la fermeture des commerces.**

En définitive, le Tribunal fédéral souligne que les intérêts en présence permettent d'exclure toute violation du principe de proportionnalité. L'intérêt personnel du recourant **ne saurait prévaloir sur l'intérêt public** à la limitation de la propagation du COVID-19 ainsi que des conséquences de santé publique et économiques qui en découlent.

Ainsi, le Tribunal fédéral **rejette** le recours.