

A1 22 25

**ARRÊT DU 27 OCTOBRE 2022**

**Tribunal cantonal du Valais  
Cour de droit public**

Composition : Christophe Joris, président ; Thomas Brunner et Dr. Thierry Schnyder, juges ; Léna Jordan, greffière *ad hoc*

**en la cause**

**X** \_\_\_\_\_, **Y** \_\_\_\_\_, **Z** \_\_\_\_\_ **et W** \_\_\_\_\_ **V** \_\_\_\_\_, agissant par leurs parents, **U** \_\_\_\_\_ **et T** \_\_\_\_\_ **V** \_\_\_\_\_, **A** \_\_\_\_\_, recourants, représentés par Maître Xavier Panchaud, avocat, 1951 Sion

**contre**

**CONSEIL D'ETAT DU VALAIS**, 1951 Sion, autorité attaquée

(mesures de lutte contre le coronavirus ; port obligatoire du masque dès la 5H)

recours de droit administratif contre la décision du 19 janvier 2022

## Faits

**A.** Dans le contexte de la cinquième vague de la pandémie de COVID-19, est parue, au Bulletin Officiel (B.O) n° 3 du 21 janvier 2022, une décision du Conseil d'Etat du 19 janvier 2022, approuvant les plans de protection datés du 10 janvier 2022 destinés à l'école obligatoire et au secondaire II général. Ces plans prévoyaient, notamment, que le port du masque facial était obligatoire dans les écoles à partir du 10 janvier 2022 dès la 5<sup>ème</sup> année Harnos (ci-après : 5H). Cette mesure était applicable jusqu'au 4 février 2022. L'effet suspensif était retiré à tout recours contre ladite décision pour des motifs de santé publique.

**B.** U \_\_\_\_\_ et T \_\_\_\_\_ V \_\_\_\_\_ sont les parents de Z \_\_\_\_\_, né le xxx 2010, X \_\_\_\_\_ et Y \_\_\_\_\_, nées le xxx 2012, et W \_\_\_\_\_, né le xxx 2013. Les enfants V \_\_\_\_\_ sont tous scolarisés à l'école primaire de A \_\_\_\_\_.

**C.** Le 26 janvier 2022, U \_\_\_\_\_ et T \_\_\_\_\_ V \_\_\_\_\_, pour leurs enfants, ont interjeté recours de droit administratif à l'encontre de la décision du Conseil d'Etat parue le 21 janvier 2022 dans le B.O. Ils ont pris les conclusions suivantes :

1. *Le recours est admis.*
2. *La décision du Conseil d'Etat publiée dans le Bulletin Officiel du 21 janvier 2022 (obligation du port du masque facial dès la 5H dans les écoles) est annulée.*
3. *Partant, les plans de protection du Service de l'enseignement sont modifiés de telle sorte que le port du masque facial ne soit plus obligatoire pour les élèves des écoles valaisU \_\_\_\_\_s.*
4. *Subsidiairement, les plans de protection du Service de l'enseignement sont modifiés de telle sorte que le port du masque facial ne soit plus obligatoire durant les périodes d'éducation physique en salle.*
5. *Subsidiairement, les plans de protection du Service de l'enseignement sont modifiés de telle sorte que le port du masque facial ne soit plus obligatoire pour les élèves de l'école primaire (5H à 8H).*
6. *Plus subsidiairement, des masques adaptés pour les enfants sont fournis gratuitement aux élèves par l'Etat.*
7. *Les frais de procédure sont mis à la charge de l'Etat.*
8. *Une équitable indemnité est allouée aux recourants à titre de dépens.*

A l'appui de leurs conclusions, les recourants ont invoqué, dans un premier grief au fond, une atteinte à la liberté personnelle et à la protection des enfants (art. 7, 10 al. 2 et 11 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst. ; RS 101] et art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales conclue à Rome le 4 novembre 1950 [CEDH ; RS 0.101]). A les écouter,

les mesures prises par le Conseil d'Etat avaient pour conséquence de provoquer une restriction notable de la liberté personnelle des enfants V \_\_\_\_\_, puisque leur école était soumise à l'obligation du port du masque facial. Or, les conditions de l'art. 36 Cst., permettant de restreindre les droits fondamentaux, n'étaient pas remplies. En effet, au contraire des arrêts déjà rendus par le Tribunal fédéral sur le sujet, la situation sanitaire, au moment de la décision du Conseil d'Etat, était différente de celle qui prévalait à l'automne 2020. En janvier 2022, date approximative de la décision entreprise, 95 personnes positives au Covid-19 étaient hospitalisées, dont 11 aux soins intensifs. A l'automne 2020, on dénombrait 156 personnes hospitalisées, dont 22 en soins intensifs. Le nombre de décès était également très différent, puisqu'il y en avait eu 40 lors de la semaine du 30 novembre au 6 décembre 2020, alors qu'on en dénombrait aucun selon la statistique « situation quotidienne » du 6 janvier 2022. Ainsi, il n'y avait pas d'intérêt public évident à limiter la propagation de la maladie, en janvier 2022, puisque les hôpitaux n'étaient pas engorgés. De ce point de vue, la décision attaquée était donc disproportionnée et contraire à l'art. 36 al. 2 Cst. Les recourants estimaient encore que la mesure du port du masque facial ne remplissait pas les critères d'aptitude, ni de proportionnalité au sens étroit de l'art. 36 al. 3 Cst. Selon une série d'études publiées au 20 décembre 2021, les masques ne permettraient pas de contrôler le virus et pouvaient être dangereux, en particulier pour les enfants. Ainsi, en l'état des connaissances qui prévalait en janvier 2022, le Conseil d'Etat aurait dû renoncer à cette mesure, puisqu'il devait chercher, selon la jurisprudence topique, à actualiser ses connaissances avant de prendre des mesures sanitaires.

Dans un second grief, la famille V \_\_\_\_\_ se plaignait plus spécifiquement de l'obligation du port du masque durant les périodes d'éducation physique à l'intérieur. A cet égard, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) indiquait, sur son site internet, que les enfants ne devraient pas porter de masques lorsqu'ils font du sport ou pratiquent une activité physique, afin de ne pas gêner leur respiration. Or, l'autorité intimée avait choisi d'ignorer ces aspects négatifs sur la santé des enfants dans la décision entreprise. Les recourants estimaient également que le Conseil d'Etat n'avait, à tort, pas utilisé la méthode recommandée par l'OMS et l'UNICEF, qui préconisait une approche basée sur le risque et prenant en compte divers éléments, tels que l'intensité de la transmission dans la zone où se trouvait l'enfant, l'environnement social et culturel, la capacité de l'enfant à utiliser correctement le masque et les incidences potentielles sur l'apprentissage et le développement psycho-social. En refusant de tenir compte des critères susmentionnés, le Conseil d'Etat aurait violé les art. 11 Cst. et 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, conclue à New York le 20 novembre 1989 (CDE ; RS

0.107). Enfin, les mesures prises par les autorités cantonales auraient également violé le droit à un enseignement de base suffisant et gratuit (art. 19 Cst.), dans la mesure où l'achat des masques aurait dû être pris en charge par l'Etat et non être financé par les parents.

**D.** Par décision du 26 janvier 2022, publiée au B.O n° 5 du 4 février 2022, le Conseil d'Etat a autorisé, pour l'ensemble des élèves de la scolarité obligatoire, les cours d'éducation physique en intérieur sans masque facial dès le 31 janvier 2022, au matin. L'obligation du port du masque en classe était abolie, également dès le 31 janvier 2022, pour les élèves des degrés 5H à 8H, et dès le 7 février pour le cycle d'orientation. Les mesures de protection applicables au personnel enseignant étaient maintenues et seraient réévaluées à la fin du mois de février 2022.

**E.** Le 23 février 2022, le Conseil d'Etat s'est déterminé sur le recours de la famille V \_\_\_\_\_. Il a proposé son classement, ce dernier étant devenu sans objet suite à sa décision du 26 janvier 2022.

Par écriture du 14 avril 2022, les recourants ont maintenu leurs conclusions et ont argué qu'ils disposaient toujours d'un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit annulée ou modifiée. D'une part, ils ont expliqué que des sanctions avaient été prononcées par l'inspection de la scolarité obligatoire en référence à la décision entreprise, à l'encontre de parents dont les enfants ne s'étaient pas rendus masqués à l'école, ce qui fondait l'existence d'un intérêt actuel. D'autre part, si la Cour devait ne pas retenir leur premier argument, ils ont estimé que leur recours soulevait une question d'importance qui pourrait à nouveau se poser dans des termes semblables, dans le futur. Il se justifiait donc de déroger à la règle de l'intérêt actuel. Ils ont encore produit deux études portant sur l'utilité et les conséquences du port du masque facial dans un milieu scolaire.

Les parties ne se sont plus exprimées par la suite.

### **Considérant en droit**

**1.1** Les enfants V \_\_\_\_\_, tous âgés de moins de 12 ans et scolarisés à l'école primaire de A \_\_\_\_\_, étaient spécialement atteints par la décision du Conseil d'Etat prescrivant l'obligation du port du masque dès la 5H. Ils ont agi, par l'intermédiaire de leurs

représentants légaux, dans les délais. Le recours est donc recevable, sous les réserves émises ci-après (art. 72, 78 let. a, 80 al. 1 let. a-c, 44 al. 1 let. a, 46 et 48 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA ; RS/VS 172.6]).

**1.2** La qualité pour recourir s'examine d'office (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 3 LPJA). Possède cette qualité quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 let. a LPJA). La notion d'intérêt digne de protection suppose que le recourant possède un intérêt actuel, ceci non seulement au moment du dépôt du recours, mais également lors du prononcé de la décision sur recours (ATF 142 I 135 consid. 1.3.1 et 128 II 34 consid. 1b). Cette exigence vise à garantir que le Tribunal se prononce sur des questions concrètes et non pas simplement théoriques. Aussi l'intérêt actuel requis fera-t-il défaut lorsque la décision attaquée a été exécutée ou est devenue sans objet (ATF 120 Ia 165 consid. 1a).

Le recourant doit, en règle générale, justifier d'un intérêt actuel, c'est-à-dire qui existe déjà et subsiste au moment du dépôt du recours. La recevabilité d'un moyen de droit suppose que le jugement soit de nature à procurer au recourant l'avantage qu'il recherche. Le juge n'a pas à statuer sur un recours dont l'éventuelle admission ne procurerait aucun avantage concret au plaideur (cf. ATF 140 III 92 consid. 1.1; 136 I 274 consid. 1.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_304/2018 du 23 octobre 2018 consid. 3.2.1, non publié in ATF 145 III 42). Il y a lieu toutefois de faire abstraction des réquisits de l'intérêt pratique et actuel lorsque la mesure attaquée soulève une question de principe qui peut se poser en tout temps dans des circonstances identiques ou semblables et qui, en raison de la trop courte durée de la procédure, ne pourrait jamais être tranchée si le recours était déclaré irrecevable (intérêt virtuel ; cf. ATF 146 II 335 consid. 1.3 ; 140 III 92 consid. 1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_429/2021 du 16 décembre 2021). Dans ce cas, l'examen se limite cependant aux questions litigieuses susceptibles de se poser avec une certaine vraisemblance dans le futur, tandis que les particularités du litige obsolètes sont laissées de côté (ATF 131 II 670 consid. 1.2 ; ACDP A1 21 260 du 29 juillet 2022 consid. 1.2 et A1 20 183 du 8 février 2021 consid. 2.1 ; Isabelle Häner in : Christoph Auer/ Markus Müller/ Benjamin Schindler [éd.], VVVG, 2e éd. 2019, n° 23 ad art. 48).

**1.3** En l'occurrence, la décision du Conseil d'Etat ordonnait, notamment, l'obligation du port du masque à l'école dès la 5H. Ayant été prise début janvier 2022 et publiée au B.O du 21 janvier 2022, elle a été exécutée avant même sa publication, dès le 10 janvier 2022 et jusqu'au 31 janvier 2022. Elle a donc aujourd'hui cessé de produire ses effets.

En conséquence, les recourants ne disposent manifestement plus d'un intérêt actuel et pratique à l'annulation de la décision. Toutefois, l'obligation n'étant restée en vigueur que durant trois semaines, il n'était guère possible de trancher la contestation soulevée avant qu'elle ne devienne plus d'actualité. En outre, il est notoire que la pandémie de COVID-19 n'a pas encore été éradiquée. Le nombre de cas positifs est d'ailleurs actuellement en train de remonter (cf. statistiques hebdomadaires de l'état du Valais, <https://www.vs.ch/web/coronavirus/statistiques-hebdomadaires> consultés le 18 octobre 2022). Il est donc possible que le Conseil d'Etat soit amené à réintroduire bientôt de nouvelles restrictions du même ordre, en particulier le port du masque.

Il convient donc d'entrer en matière, malgré l'absence d'intérêt digne de protection actuel des recourants (cf. arrêts du Tribunal fédéral 2C\_183/2021 du 23 novembre 2021 consid. 1.2 et 2C\_83/2022 du 22 mai 2022 consid. 1.4.3 ; ACDP A1 21 260 précité, consid. 1.3 et A1 20 189 du 8 février 2021, consid. 2.4).

**2.1** A titre de moyens de preuve (cf. art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA), les recourants ont réclamé l'édition, par le Conseil d'Etat, des procès-verbaux ou autres documents attestant que ladite autorité a réévalué et adapté les plans de protection en fonction de la situation épidémiologique.

**2.2** Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou, à tout le moins, de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 148 II 73 consid. 7.3.1 et 143 V 71 consid. 4.1).

Selon la jurisprudence, l'autorité peut se livrer à une appréciation anticipée de l'utilité des moyens de preuve offerts et renoncer à les administrer lorsque le fait dont les parties veulent établir la réalité n'est pas important pour la solution du cas, lorsque sa preuve résulte déjà de constatations versées au dossier ou lorsqu'elle arrive à la conclusion que ces preuves ne sont pas décisives pour la solution du litige, voire qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 146 IV 218 consid. 3.1.1; cf. art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA).

**2.3** En l'occurrence, les documents réclamés par les recourants s'avèrent inutiles, au vu de la seconde décision prise par le Conseil d'Etat, le 26 janvier 2022, soit moins de trois semaines après la première, qui suffit à prouver que l'autorité attaquée a réévalué

la situation rapidement en fonction de la situation épidémiologique. Pour le surplus, la cause peut être tranchée en l'état du dossier.

**3.** Au fond, la famille V \_\_\_\_\_ soutient que la décision prise par le Conseil d'Etat de rendre le port du masque obligatoire pour les élèves dès la 5H constituait une atteinte disproportionnée à la liberté personnelle (art. 7 et 10 al. 2 Cst.) ainsi qu'à la protection particulière due à l'intégrité des enfants (art. 11 Cst. féd et art. 3 CDE). Ils estiment tout d'abord que le danger pour la santé publique que représentait la pandémie de COVID-19 en janvier 2022 était moindre. Selon eux, le port du masque n'était pas non plus apte à atteindre le but souhaité, ce qui serait prouvé par diverses études. Enfin, cette mesure aurait été prise en violation des recommandations de l'OMS et de l'UNICEF concernant les enfants, notamment en relation avec les pratiques sportives.

**3.1** Le droit à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.), garantie dont la dignité humaine (art. 7 Cst.) et le droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH) sont des composantes (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 1C\_443/2017 du 29 août 2018 consid. 4.5), n'est pas absolu et peut être restreint aux conditions posées par l'article 36 Cst. (cf. p. ex. ATF 147 I 393 consid. 5 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_228/2021 du 23 novembre 2021 consid. 4.3 ; Maya Hertig Randall / Julien Marquis *in* : Vincent Martenet / Jacques Dubey [édit.], Commentaire romand de la Constitution fédérale, 2021, n° 45 et n° 62 ad art. 10 Cst.).

D'après l'art. 11 al. 1 Cst., les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement, qui porte notamment sur leur intégrité corporelle et psychique. Cette protection constitutionnelle doit assurer aux enfants et aux jeunes une égalité de traitement et une égalité des chances et oblige l'État à les protéger de toute forme de violence ou de traitement dégradant, leur développement émotionnel, psychique, corporel et social devant être protégé de manière appropriée, indépendamment de leur âge (ATF 144 II 233 consid. 8.2.1 ; 126 II 377 consid. 5b et 5d). L'art. 11 Cst. ayant été adopté dans le but d'intégrer les droits consacrés par la CDE dans la Constitution fédérale, il doit être interprété d'après celle-ci (ATF 144 II 233 consid. 8.2.1). Selon l'art. 3 ch. 1 CDE, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

Les critiques des recourants relatives à une absence de prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, au sens des art. 11 Cst. et 3 CDE, se recourent avec l'examen de la proportionnalité de la mesure et seront donc examinées sous le même angle.

**3.2** Conformément à l'art. 36 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit reposer sur une base légale qui doit être une loi au sens formel en cas de restriction grave (al. 1); elle doit en outre être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) et proportionnée au but visé (al. 3), sans violer l'essence du droit en question (al. 4). En particulier, pour être conforme au principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.), une restriction d'un droit fondamental doit être apte à atteindre le but visé, lequel ne doit pas pouvoir être obtenu par une mesure moins incisive; il faut en outre qu'il existe un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la situation de la personne visée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 146 I 157 consid. 5.4 et les références ; ATF 137 I 167 consid. 3.6).

**3.3** Le but de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 (LEp ; RS 818.101) est de prévenir et de combattre l'apparition et la propagation des maladies transmissibles (art. 2 al. 1 LEp). L'art. 19 al. 1 LEp prévoit que la Confédération et les cantons prennent les mesures visant à contrôler et à écarter ou atténuer les risques de transmission de maladies.

Aux termes de l'art. 40 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. Elles coordonnent leur action (al. 1). Elles peuvent en particulier prendre les mesures suivantes : prononcer l'interdiction totale ou partielle de manifestations (al. 2 let. a) ; fermer des écoles, d'autres institutions publiques ou des entreprises privées, ou réglementer leur fonctionnement (al. 2 let. b) ; interdire ou limiter l'entrée et la sortie de certains bâtiments ou zones, ou certaines activités se déroulant dans des endroits définis (al. 2 let. c).

Selon l'art. 40 al. 3 LEp, les mesures ordonnées ne doivent pas durer plus longtemps qu'il n'est nécessaire pour prévenir la propagation d'une maladie transmissible. Les mesures sont réexaminées régulièrement.

**3.4** L'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière du 23 juin 2021, en vigueur jusqu'au 17 février 2022 (ordonnance COVID-19 situation particulière ; RS 818.101.26) prévoyait, à son art. 2 al. 2, que l'obligation de porter un masque facial prévue à l'art. 6 s'appliquait dans les écoles du degré secondaire II. Par ailleurs, les mesures concernant le domaine de l'école obligatoire et du degré secondaire II étaient de la compétence des cantons.

Au niveau cantonal, la loi sur la santé du 12 mars 2020 (LS ; RS/VS 800.1) prévoit, à son art. 124 al. 1, que l'Etat organise la prévention des maladies transmissibles et

infectieuses. Selon l'al. 2, il soutient les mesures d'information concernant ces maladies et encourage, suivant les cas, leur prévention par des vaccinations.

Par l'intermédiaire du médecin cantonal et du Service de la santé publique, le département est chargé de l'application de la législation fédérale relative à la lutte contre les maladies transmissibles (art. 129 al. 1 LS). Le Conseil d'Etat précise, par voie d'ordonnance, les modalités d'application de la législation fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles, notamment les compétences du médecin cantonal, du Service de la santé publique, des communes, des médecins de districts et des institutions sanitaires (art. 129 al. 3 LS).

**3.5** En l'espèce, le Conseil d'Etat a décidé, par décision du 19 janvier 2022, publiée le 21 janvier 2022, d'approuver le plan de protection du 6 janvier 2022 qui prévoyait d'étendre l'obligation du port du masque dans les écoles aux élèves dès la 5H.

Cette décision a été prise conjointement à d'autres mesures, afin de lutter contre la cinquième vague de coronavirus (cf. notamment les chiffres du nombre de cas de COVID-19 confirmés entre octobre 2021 et janvier 2022, décrits au consid. 3.6.2 ci-après) et de protéger la santé de la population, laquelle est un bien fondamental. Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de constater, dans plusieurs arrêts, que l'objectif de limiter la propagation du coronavirus était d'intérêt public (ATF 148 I 89 consid. 7, 148 I 33 consid. 6.5 et 147 I 393 consid. 5.2), si bien que l'on peut également retenir ici que les mesures prises par le Conseil d'Etat et basées sur l'évolution de la pandémie étaient justifiées par un intérêt public, au sens de l'art. 36 al. 2 Cst.

Le caractère suffisant des bases légales (art. 36 al. 1 Cst.) sur lesquelles sont fondées les mesures n'ayant, à juste titre, pas été contesté par les recourants, il n'est pas nécessaire d'examiner ce point plus avant.

Enfin, la décision attaquée étant manifestement justifiée par un intérêt public, il convient encore d'examiner si elle respectait le principe de proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst), c'est-à-dire l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens étroit (cf. *supra* consid. 3.3).

**3.6.1** Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que le principe de proportionnalité revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de procéder à une harmonisation de principes constitutionnels entrant en conflit, tels que 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 450 consid. 3.2.3 ; 142 I 195 consid. 5.6-5.8). Ainsi, même s'il existe un devoir de

protection de l'Etat contre les dangers pour la santé, les mesures que celui-ci peut adopter en vue d'éviter la transmission de maladies doivent demeurer raisonnables. Un risque zéro ne saurait être attendu, même s'il s'agit d'éviter des dangers hautement préjudiciables pour la population. Il faut viser un risque acceptable en procédant à la pondération de l'ensemble des intérêts concernés. En principe, plus le risque est important, plus les mesures permettant de le réduire seront justifiées (ATF 147 I 450 précité consid. 3.2.3 et les références ; ATF 147 I 393 consid. 5.3.1). Le principe de proportionnalité exige que les mesures ordonnées soient dans un rapport raisonnable avec les risques qu'elles visent à éviter. Dans la mesure du possible, ces risques doivent ainsi être quantifiés. Cela signifie qu'il ne faut pas uniquement prendre en compte le pire des scénarios, mais également la probabilité que celui-ci se produise (ATF 147 I 450 précité consid. 3.2.4 ; 127 II 18 consid. 5d/aa). Dans cette pondération, les conséquences sociétales et économiques des mesures doivent aussi être considérées (ATF 147 I 450 précité consid. 3.2.4 et les références). Dans le contexte d'épidémie de COVID-19, notre Haute Cour a examiné avec quelle probabilité et intensité cette maladie peut toucher la population et si les mesures ordonnées étaient aptes à en diminuer la propagation. Le Tribunal fédéral a ajouté qu'il fallait également mettre en balance les conséquences négatives de la maladie avec celles des mesures ordonnées en se fondant sur l'état actuel des connaissances (ATF 147 I 450 précité consid. 3.2.4 et les références ; ATF 147 I 393 précité consid. 5.3.1). Les mesures ordonnées ne doivent pas durer plus longtemps que nécessaire pour prévenir la propagation d'une maladie transmissible. En outre, les mesures doivent être réexaminées régulièrement (art. 40 al. 3 LEp).

En particulier, l'arrivée de nouvelles maladies infectieuses a pour corollaire une grande insécurité quant au choix des mesures adéquates. Cela signifie que ces mesures ne peuvent pas être prévues par le législateur, mais doivent être prises en tenant compte de l'état généralement incomplet des connaissances du moment, ce qui laisse également une certaine marge de manœuvre aux autorités (ATF 147 I 393 précité consid. 5.3.2 et 147 I 450 précité consid. 3.2.6).

**3.6.2** En l'occurrence, il faut donc se baser sur les connaissances qui étaient à disposition du Conseil d'Etat au moment de l'adoption des mesures litigieuses, soit en janvier 2022.

Selon les données de l'Office fédéral de la santé publique, concernant le nombre de cas de coronavirus recensés (<https://www.covid19.admin.ch/fr/epidemiologic/case>, consulté le 14 octobre 2022), les valeurs journalières des cas confirmés en laboratoire n'ont fait

qu'augmenter entre octobre 2021 et janvier 2022. Le 14 octobre 2021, le nombre de cas pour 100'000 habitants, se montait à 11.05 et la moyenne sur sept jours s'élevait à 10.59. Quant aux hospitalisations confirmées, elles se montaient, à la même date, à 0.23 cas pour 100'000 habitants. Deux mois plus tard, le 14 décembre 2021, ces chiffres avaient augmenté à 121.52 cas confirmés pour 100'000 habitants, et 100.33 de moyenne sur sept jours. Les hospitalisations étaient alors de 1.33 cas pour 100'000 habitants. Au 6 janvier 2022, le nombre avait encore grimpé pour atteindre 300.65 cas confirmés pour 100'000 habitants, avec une moyenne sur sept jours de 297.45 et 1.69 cas hospitalisés pour 100'000 habitants.

En parallèle, le Conseil fédéral a renforcé les mesures de lutte contre la pandémie. En particulier, dès le lundi 6 décembre 2021, l'obligation du port du masque a été étendue dans tous les espaces intérieurs où le certificat sanitaire était également requis. Ces mesures ont été prises sur la base de la forte augmentation des infections, et notamment à la suite de l'apparition de foyers locaux dans des écoles et des EMS (cf. communiqué de presse du Conseil fédéral du 3 décembre 2021). Le 17 décembre 2021, le Conseil fédéral a adopté des mesures supplémentaires, en vigueur dès le 20 décembre 2021. En particulier, il a rendu obligatoire le port du masque au degré secondaire II. Il était ajouté ce qui suit : « *avec les tests répétés, le port du masque est une mesure centrale pour réduire la circulation du virus dans les écoles. Il est donc désormais obligatoire au secondaire II. Le Conseil fédéral recommande en outre instamment aux cantons de le prescrire aussi aux niveaux inférieurs, ce que bon nombre d'entre eux ont déjà fait. Le Conseil fédéral leur recommande en outre de pratiquer des tests répétés dans les écoles afin de casser rapidement les chaînes de transmission* » (cf. communiqué de presse du Conseil fédéral du 17 décembre 2021).

Selon les données valaisU \_\_\_\_\_s, consultées le 14 octobre 2022, et accessibles sur le site de l'état du Valais au lien suivant : [https://www.vs.ch/web/coronavirus/statistiques-hebdomadaires?p\\_p\\_id=com\\_liferay\\_asset\\_publisher\\_web\\_portlet\\_AssetPublisherPortlet\\_INSTANCE\\_2polf7gdM9SS&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_com\\_liferay\\_asset\\_publisher\\_web\\_portlet\\_AssetPublisherPortlet\\_INSTANCE\\_2polf7gdM9SS\\_delta=20&p\\_r\\_p\\_resetCur=false&\\_com\\_liferay\\_asset\\_publisher\\_web\\_portlet\\_AssetPublisherPortlet\\_INSTANCE\\_2polf7gdM9SS\\_cur=4](https://www.vs.ch/web/coronavirus/statistiques-hebdomadaires?p_p_id=com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_2polf7gdM9SS&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_2polf7gdM9SS_delta=20&p_r_p_resetCur=false&_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_2polf7gdM9SS_cur=4), durant la dernière semaine de l'année 2021, 7'391 nouveaux cas positifs ont été recensés en Valais, ainsi que quatre nouveaux décès. A la fin de la semaine, 89 patients étaient hospitalisés, dont 10 en soins intensifs et 8 sous respirateurs. Durant la première semaine de l'année 2022, 12'072 nouveaux cas ont été

comptabilisés, ainsi qu'un nouveau décès. A la fin de la semaine, 118 patients étaient hospitalisés dont 11 en soins intensifs, incluant 7 personnes sous respirateur.

Selon un communiqué de presse du 25 novembre 2021 émanant de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS), l'assemblée plénière de cette autorité a estimé qu'il fallait consolider les mesures visant à endiguer le coronavirus. Les cantons pouvaient, entre autres, élargir le port du masque obligatoire et renforcer les mesures dans les écoles, par exemple ajouter une obligation de porter un masque et instaurer des tests répétitifs (<https://www.gdk-cds.ch/fr/la-cds/communiqués-de-presse/detail/assemblee-pleniere-de-la-cds-des-mesures-supplementaires-sont-necessaires-pour-endiguer-le-covid-19> consulté le 14 octobre 2022).

En décembre 2021 est parue une étude conduite par des chercheurs de l'Université de Göttingen et de l'Université de Cornell, dans la revue scientifique « PNAS », démontrant qu'en termes de réduction du risque d'infection en intérieur, le port du masque, en particulier de type FFP2, était sans commune mesure avec la simple distanciation sociale et ce même s'il ne s'adaptait pas parfaitement au visage (<https://www.letemps.ch/sciences/une-nouvelle-etude-prouve-lefficacite-masque-contre-aerosols>, consulté le 14 octobre 2022).

Le 6 janvier 2022, la Conférence intercantonale de l'instruction publique de la Suisse romande et du Tessin (CIIP) a également fait paraître un communiqué de presse, indiquant que, face à la forte progression et contagiosité du variant Omicron, les cantons membres de la CIIP avaient décidé conjointement de nouvelles mesures afin de proposer un cadre sanitaire strict au sein des établissements de la scolarité obligatoire et post-obligatoire, dans le respect des recommandations de la Confédération et des autorités sanitaires cantonales. Il était notamment indiqué que, pour assurer une rentrée en présentiel le 10 janvier 2022 tout en renforçant la sécurité des élèves et du personnel des établissements scolaires, les cantons allaient imposer le port du masque pour les élèves dès la 5H.

Selon un document établi par l'UNICEF, le 14 janvier 2022, et traitant des connaissances sur le variant Omicron (<https://www.unicef.org/fr/coronavirus/ce-que-nous-savons-du-variant-omicron#children>), cette forme de la maladie était la plus transmissible à ce jour pour tous les groupes d'âges, y compris pour les adultes et les enfants. A la question « *comment me protéger et protéger ma famille contre le variant Omicron ?* », la première recommandation donnée était la suivante : « *porter un masque recouvrant le nez et la bouche* ».

En outre, l'OMS et l'UNICEF ont établi, en août 2020, une liste de conseils concernant le port du masque par les enfants. Pour les enfants âgés de 6 à 11 ans, la décision d'utiliser le masque devrait être basée sur les facteurs suivants : une transmission intense dans la zone où réside l'enfant ; la capacité de l'enfant à utiliser un masque correctement et en toute sécurité ; l'accès aux masques ainsi que la possibilité de les laver ou de les remplacer dans certains contextes ; une supervision adéquate par un adulte et des instructions données à l'enfant sur le port et le retrait du masque en toute sécurité ; les incidences potentielles du port du masque sur l'apprentissage et le développement psychosocial, en consultation avec les enseignants, les parents/aidants et/ou les prestataires de santé ; les contextes spécifiques ou les interactions particulières de l'enfant avec d'autres personnes exposées à un risque élevé de développer une maladie grave, telles que les personnes âgées et celles souffrant d'autres affections préexistantes.

Il sied également de relever que la task force scientifique de la Confédération a conduit une étude dont les résultats ont été publiés le 27 avril 2021, déterminant plus précisément le rôle des enfants et adolescents dans l'épidémie de COVID-19 (<https://sciencetaskforce.ch/fr/policy-brief/le-role-des-enfants-et-adolescents-dans-lepidemie-de-covid-19/>, consulté le 19 octobre 2022). On y lit, en particulier, que bien que la littérature scientifique à ce sujet doive encore être étoffée, les enfants peuvent être infectés par le virus et peuvent le transmettre. La task force conseillait que des mesures de préventions appropriées soient appliquées de manière systématique dans les écoles. Selon l'évaluation de la situation épidémiologique, effectuée par la task force et publiée le 3 janvier 2022 (<https://sciencetaskforce.ch/fr/evaluation-de-la-situation-epidemiologique-3-janvier-2021/>, consulté le 19 octobre 2022), le port systématique et permanent de masques à l'intérieur des bâtiments était réputé réduire très efficacement le nombre de nouvelles infections.

Enfin, dans une étude publiée le 17 janvier 2022 et ciblée sur les enfants de 5 à 11 ans (<https://sciencetaskforce.ch/fr/policy-brief/comparatif-entre-des-enfants-de-5-a-11-ans-infectes-par-le-covid-19-et-des-enfants-du-meme-groupe-dage-vaccines-avec-un-vaccin-a-arnm/>, consulté le 19 octobre 2022), la task force scientifique a estimé qu'étant donné les variants en circulation au moment de l'étude, la probabilité que des enfants infectés transmettent le virus à leur entourage (famille, amis) était très élevée.

**3.7** Dans un premier temps, il doit être examiné si la mesure contestée était apte à atteindre le but visé, ce que contestent les recourants, qui estiment, en substance, que le port du masque est inefficace pour les enfants.

En l'occurrence, selon les données à disposition de l'autorité au moment de sa prise de décision (cf. *supra* consid. 3.6.2), on constate que le nombre de cas positifs au coronavirus était en augmentation manifeste. Par ailleurs, plusieurs foyers de contagions s'étaient déclarés, notamment dans des écoles. Il ressort également des diverses études précitées que les enfants pouvaient être infectés par le virus, en particulier par le variant OMICRON, qui était le plus transmissible pour tous les groupes d'âges. Enfin, selon les recommandations de l'OMS, de l'OFSP, de la task force de la Confédération et du Conseil fédéral, le port du masque était fortement conseillé, y compris pour les enfants. Le Conseil fédéral a d'ailleurs explicitement laissé la tâche aux cantons d'étendre le port du masque aux enfants des niveaux inférieurs, après avoir lui-même rendu obligatoire cette mesure pour les élèves du secondaire II. Les diverses études scientifiques que l'on retrouve sur les différents sites des autorités et des organisations reconnues de la santé, telles que l'OFSP, l'OMS, l'UNICEF et la task force scientifique de la Confédération indiquaient toutes que le port du masque était une mesure permettant de réduire efficacement le nombre de contaminations, y compris dans une population d'enfants.

Les études produites par les recourant ne changent rien aux considérations qui précèdent. En effet, l'une d'entre elles n'est pas encore parue (cf. pièce n° 6) et n'était donc pas à disposition des autorités au moment de la décision entreprise. La seconde étude (pièce n° 7), publiée le 18 août 2021, a été menée par un éducateur d'une école primaire et non par un scientifique ou un médecin. Elle relève, en réalité, le simple point de vue de l'auteur sur le port du masque par les enfants et sur les « traumatismes » qui en résulteraient, selon lui, et ne porte aucunement sur l'efficacité du port de masque par les enfants, en lien avec la propagation du virus. Elle n'est donc d'aucune utilité dans le présent cas. Enfin, l'étude citée dans le mémoire de recours, publiée sur le site [www.brownstone.org](http://www.brownstone.org) en décembre 2021, n'emporte pas plus la conviction. En effet, le site en question est celui d'une organisation de recherche auto-proclamée et créée au début de la pandémie, et non d'une autorité scientifique reconnue en matière de santé publique.

Les conseils de l'UNICEF et de l'OMS sur le processus de prise de décision quant au port du masque chez les enfants seront examinées dans le cadre de la proportionnalité au sens étroit (cf. *infra* consid 3.9).

Par conséquent, force est de constater que, sur la base des informations à disposition du Conseil d'Etat au moment de sa décision, en janvier 2022, la mesure choisie, à savoir le port du masque pour les élèves dès la 5H, était apte à atteindre le but poursuivi, soit diminuer au maximum le nombre de personnes contaminées par le virus COVID-19.

**3.8** Dans un second temps, la question de la nécessité de la mesure doit être analysée. Ce point n'est pas explicitement contesté par les recourants, qui ne proposent d'ailleurs pas d'éventuelles mesures alternatives et moins incisives, hormis l'abolition pure et simple du port du masque chez les enfants.

Comme cela ressort, notamment de l'étude citée au consid. 3.6.2, parue en décembre 2021 et conduite par les chercheurs des Universités de Göttingen et de Cornell, le port du masque est d'une efficacité sans commune mesure avec la simple distanciation sociale et ce même s'il ne s'adapte pas parfaitement au visage. En ce sens, le port du masque était donc nécessaire pour atteindre le but recherché.

De plus, il s'agissait de la mesure la moins incisive, compte tenu du fait qu'il est notoire que les écoles auraient pu être purement et simplement fermées, comme cela avait été le cas au printemps 2020 (cf. par exemple : <https://www.rts.ch/info/11162216-ecoles-fermees-reunions-de-plus-de-100-personnes-interdites-la-suisse-durcit-ses-mesures.html>, consulté le 19 octobre 2022). Le plan de protection lui-même indique explicitement que les mesures qui y sont fixées ont pour but de garantir un enseignement en présentiel et de réduire les situations de quarantaine. Enfin, concernant plus particulièrement les périodes d'éducation physique, rien au dossier ne prouve que les enseignants de ces matières ne pouvaient pas adapter leurs cours à l'obligation de porter un masque, en prévoyant, par exemple, des activités différentes qui ne nécessitaient pas de courir ou de pratiquer une activité physique intense. Les recourants se gardent d'ailleurs bien de donner des exemples concrets démontrant que leurs enfants auraient été gênés par le masque lors de ce type de cours. Ainsi, les enseignants pouvaient tout à fait respecter les recommandations de l'OMS et ajuster leurs programmes afin de veiller au bien-être des enfants, et rien ne prouve qu'ils ne l'aient pas fait.

**3.9** En dernier lieu, le principe de la proportionnalité au sens étroit doit être examiné. Selon les recourants, les aspects négatifs sur la santé des enfants du port du masque étaient manifestement disproportionnés par rapport aux résultats espérés. La mesure aurait des effets néfastes sur les plan pédagogique, physique et sanitaire, mais également sur la capacité des enfants à pouvoir communiquer avec autrui sans entrave. Enfin, la famille V \_\_\_\_\_ reproche au Conseil d'Etat d'avoir ignoré les critères préconisés par l'UNICEF et l'OMS quant aux mesures applicables aux enfants. En particulier, l'autorité intimée n'aurait pas adopté une approche fondée sur le risque.

En l'occurrence, il est constant que le plan de protection du 6 janvier 2022, approuvé par le Conseil d'Etat le 19 janvier 2022, avait pour but de maintenir le taux des nouveaux cas à un niveau faible, malgré la présence de nouveaux variants, et visait au déroulement d'une année scolaire aussi normale que possible (cf. chiffres 1 et 2 dudit plan). Ainsi que le relèvent les recourants, il est notoire que le port du masque comporte un certain nombre d'effets indésirables. Les diverses études citées ci-dessus (cf. *supra* consid. 3.6.2) le considèrent toutefois comme une mesure nécessaire et efficace, y compris en présence d'enfants. A cet égard, les recommandations de l'OMS et de l'UNICEF auxquelles se réfèrent les recourants préconisent que les décisions concernant les enfants soient basées sur divers critères, qui ont été pris en compte dans la décision du Conseil d'Etat. En effet, cette dernière indique qu'elle est basée, notamment, sur la situation épidémiologique préoccupante, sur le préavis du médecin cantonal ainsi que sur le rapport du service de l'enseignement du 11 janvier 2022. Les recommandations des professionnels de la santé et de l'éducation ont donc correctement été retenues dans le cadre de la décision entreprise. En outre, l'intérêt pour les enfants de pouvoir être présents en classe et de bénéficier de cours donnés « *en présentiel* » l'emporte sur leur intérêt à se mouvoir librement et à éviter toute contrainte. En effet, le port du masque, bien qu'évidemment contraignant et désagréable pour les enfants, leur permet de diminuer le risque de contagion et ainsi de fermeture de l'école. Cette dernière hypothèse, qui impliquerait la mise en place de leçons à distance, comme durant les premiers épisodes de la pandémie, constitue une mesure qui a créé des inégalités manifestes entre les enfants, en fonction de leurs situations sociales respectives et qui doit être évitée, sauf en dernier recours.

Ainsi, l'intérêt des enfants à la liberté personnelle et à l'absence de contrainte ne peut l'emporter sur l'intérêt public à la limitation de la propagation du coronavirus et sur l'intérêt des enfants eux-mêmes à assister à des cours en présentiel et à côtoyer leurs camarades.

Force est également de constater que la mesure était initialement prévue pour une durée très courte (du 10 janvier 2022 au 4 février 2022), soit moins d'un mois. Il ressort du dossier qu'elle a été réexaminée avant l'échéance du premier délai fixé et qu'elle a été abolie, par décision prise le 26 janvier 2022, dès le 31 janvier 2022. L'obligation du port du masque pour les enfants dès le 5H est donc restée en vigueur moins de trois semaines.

Par conséquent, la mesure ordonnée par le Conseil d'Etat doit être considérée comme respectant le principe de proportionnalité au sens étroit, quoi qu'en disent les recourants. Ce grief est ainsi écarté.

**4.1** Dans un ultime grief, la famille V \_\_\_\_\_ estime que la décision entreprise viole le droit à un enseignement de base gratuit (cf. art. 19 Cst. et 13 al. 2 de la Constitution du canton du Valais [Cst. cant. ; RS/VS 101.1]), dans la mesure où l'achat des masques était laissé à la charge des parents. Selon elle, les masques ne font pas partie des effets et équipements personnels des élèves, au sens de l'art. 2 al. 2 du règlement concernant la prise en charge des frais pour les fournitures scolaires et les activités culturelles et sportives relatifs à la scolarité obligatoire du 17 avril 2019 (RS/VS 400.101).

**4.2** Le droit à un enseignement de base gratuit constitue également un droit fondamental, qui peut donc être restreint aux conditions de l'art. 36 Cst. (cf. *supra* consid. 3.2).

**4.3** En l'espèce, la Cour de céans a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le sujet. Dans l'arrêt ACDP A1 20 244 précité, il a été constaté que les masques ne constituaient pas du matériel scolaire susceptible d'être fourni gratuitement. Cette position a, par ailleurs, été confirmée par le Tribunal fédéral, dans l'arrêt 2C\_429/2021 du 16 décembre 2021, consid. 7, lequel précise que l'art. 2 al. 2 du règlement précité prévoit que les effets et équipements personnels des élèves à la charge de leurs représentants légaux sont ceux figurant à l'Annexe 1 dudit règlement. Or, s'il est, certes, douteux que les masques puissent être considérés comme des vêtements adaptés aux activités scolaires au sens de l'Annexe, il n'en demeure pas moins que cette dernière inclut expressément les articles d'hygiène dans le matériel particulier des élèves devant être fourni par leurs représentants légaux.

Ce grief tombe donc à faux, ce d'autant plus que, comme relevé ci-dessus, l'obligation du port du masque a été effective pour une durée extrêmement limitée. Or, au moment de la décision entreprise, on se trouvait dans le courant de la cinquième vague de coronavirus, de sorte qu'il est possible de considérer que l'immense majorité des ménages suisses étaient déjà équipés de masques, cette mesure ayant été ordonnée plusieurs fois au préalable, dans le cadre de la lutte contre la pandémie.

**5.** Au vu des considérants qui précèdent, le recours est rejeté (art. 80 al. 1 et 60 al. 1 LPJA).

**6.** Vu l'issue du litige, les recourants supporteront, solidairement entre eux, un émolument de justice, arrêté notamment au vu des principes de couverture des frais et d'équivalence des prestations, à 1500 fr. (art. 88 al. 2 et 89 al. 1 LPJA ; art. 3 al. 3, 11, 13 al. 1 et 25 de la loi du 11 février 2009 fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives - LTar ; RS/VS 173.8). Ils n'ont pas droit à des dépens (art. 91 al. 1 a contrario LPJA).

**Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce**

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais, par 1500 fr., sont mis à la charge de U \_\_\_\_\_ et T \_\_\_\_\_  
V \_\_\_\_\_, solidairement entre eux.
3. Il n'est pas alloué de dépens.
4. Le présent arrêt est communiqué à Maître Xavier Panchaud, avocat à Sion, pour les recourants, et au Conseil d'Etat, à Sion.

Sion, le 27 octobre 2022