

Jean-Luc Addor
Ancien juge d'instruction
Avocat au Barreau du Valais
addor@addor-kunzi.ch

Stéphanie Künzi
Avocate au Barreau du Valais
kunzi@addor-kunzi.ch

Xavier Panchaud
Avocat au Barreau du Valais
panchaud@addor-kunzi.ch

Recommandé
Tribunal cantonal
Cour de droit public
Palais de Justice
1950 Sion 2

Sion, le 5 octobre 2020

N/réf. XP 1905

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges cantonaux,

Agissant au nom de M. **A**, tant en son nom personnel que pour le compte de son magasin **A** et de M. **B**, en son nom personnel et pour le compte du **Salon de coiffure B**, je suis chargé de vous adresser un

RECOURS
de
DROIT ADMINISTRATIF

contre la décision du **Conseil d'Etat** publiée dans le Bulletin officiel du 4 septembre 2020 ordonnant le port du masque dans les commerces.

I. Faits

1. A exploite le magasin A.
2. B exploite le Salon de coiffure B sous la forme d'une entreprise individuelle.
3. Par décision publiée en page 2635 du Bulletin officiel (BO) no 36 du 4 septembre 2020, le Conseil d'Etat a décidé :

1. d'ordonner le port du masque et la mise à disposition des clients de solutions hydro-alcooliques dans tous les magasins et commerces intérieurs fermés y.c. kiosques fermés, shops de stations-service, pharmacies et drogueries, offices et agences de poste, banques, points de vente des opérateurs de télécommunication, agences immobilières, espaces fermés des gares et autres infrastructures de transports publics, autres commerces, à l'exception des établissements publics soumis à la loi sur l'hébergement, la restauration et le commerce de détail de boissons alcoolisées (LHR).
2. L'obligation du port du masque vaut également pour le personnel des commerces susmentionnés s'il n'est pas protégé par un dispositif vitré ou équivalent.
Sont exemptés de l'obligation du masque:
 - les enfants avant leur douzième anniversaire,
 - les personnes qui ne peuvent pas porter de masque facial pour des raisons particulières, notamment médicales.
3. de rappeler que les prescriptions sur la distanciation sociale et l'hygiène, ainsi que sur les plans de protection, doivent être strictement respectées;
4. de dire que la présente décision entrera en vigueur le 31 août 2020 pour une durée aussi longue que nécessaire, mais au plus pour 6 mois;
5. de retirer l'effet suspensif à un éventuel recours.
6. de dire que la présente décision et les autres mesures prises en lien avec la lutte contre le coronavirus (Covid-19) sont publiées dans le Bulletin officiel.
(pièce 2)

4. B est indigent (pièces à produire).

II. Moyens de preuve

1. Pièces déposées
2. Pièces à produire en lien avec la situation financier de B
3. Autres moyens réservés

III. Droit

1. Procédure

A teneur de l'art. 72 LPJA, sous réserve de dispositions légales contraires, le Tribunal cantonal connaît des recours de droit administratif formés contre les décisions rendues en dernière instance par les autorités administratives (art. 3) dans les affaires administratives (art. 4 et 5).

En l'espèce, l'acte juridique querellé a été édicté par le Conseil d'Etat. Cette autorité a qualifié par deux fois son acte de « *décision* » (décision dont est recours chiffres 4 et 6). Par ailleurs, le gouvernement utilise le verbe « *décider* » avant de lister ces prescriptions. De plus, sur le site internet de l'Etat, la décision intimée est accessible sous un onglet intitulé « *Décision* » (cf. <https://www.vs.ch/web/coronavirus>).

Il s'agit donc bien là, quand bien même elle présente quelques lacunes formelles – à commencer par sa date erronée et par l'absence de mention des voies et du délai de recours – d'une décision administrative susceptible de recours au Tribunal cantonal (art. 72 LPJA).

Touchés par une décision qui impose l'obligation du port du masque dans leur commerce pour eux-mêmes, pour leur personnel et pour leurs clients, les recourants sont directement atteints par la décision attaquée et ont manifestement un intérêt digne de protection à l'annulation de celle-ci (art. 80 al. 1 let. a et art. 44 al. 1 let. a LPJA). Ils ont donc la qualité pour recourir.

La décision attaquée a été publiée au BO no 36 du 4 septembre 2020. Remise à la Poste aujourd'hui, la présente écriture respecte ainsi le délai de 30 jours prescrit par la loi (art. 80 al. 1 let. b et 46 al. 1 LPJA).

Elle respecte en outre les exigences formelles posées par la loi (art. 80 al. 1 let. c et 48 LPJA).

Elle est ainsi recevable à la forme.

2. Assistance judiciaire

Conformément à l'art 29 al. 3 Cst. féd., toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire gratuite. Elle a en outre droit à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert.

En l'occurrence, B est indigent. Depuis l'apparition du coronavirus, les gains qu'il effectue avec son salon de coiffure sont extrêmement bas, alors que son loyer et ses autres charges ne diminuent pas. Il demande donc d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire totale dans cette procédure et que le soussigné soit désigné son conseil juridique.

Il convient par ailleurs de renoncer à requérir une avance de frais et de percevoir d'éventuels émoluments dans la mesure où les recourants ne disposent que de

très peu de moyens et que la présente procédure soulève des questions fondamentales qui concernent l'ensemble de la population valaisanne (art. 14 al. 2 LTar).

3. Sur le fond

A teneur de l'art. 78 let. a LPJA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation et la constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents.

En l'espèce, le recourant reproche au Conseil d'Etat d'avoir violé la Constitution fédérale (art. 5 al. 2, 7, 8, 10, 27, 94 al. 4 et 95), la Constitution du canton du Valais (art. 3, 4 al. 1 et 10 al. 1) ainsi que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 8 et 14).

A. Violation des principes d'égalité et de la libre concurrence

Tous les êtres humains sont égaux devant la loi (art. 8 al. 1 Cst. féd). Il n'y a, en Valais, aucun privilège de lieu, de naissance, de personnes ou de familles (art. 3 al. 2 Cst. cant.).

Selon le Tribunal fédéral, une décision viole le principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst. féd.) lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 129 I 113 consid. 5.1).

En l'occurrence, la décision intimée impose des obligations aux recourants (l'obligation du port du masque dans leur commerce pour eux-mêmes, pour leur personnel et pour leurs clients, la mise à disposition des clients de solutions hydro-alcooliques) qui exploitent des commerces stationnaires alors que les commerces en ligne ne sont pas touchés par ces obligations.

De plus, dans la mesure où certains cantons frontaliers du Valais ne connaissent pas d'obligation du port du masque dans les petits magasins, en particulier le canton de Vaud, les commerçants valaisans sont discriminés par rapport au à leurs concurrents des cantons voisins. Cette situation semble en outre contraire aux art. 94 al. 4 et 95 al. 2 *in initio* Cst. féd.

Les recourants estiment dès lors qu'ils subissent une inégalité de traitement infondée (art. 14 CEDH). De plus, cette mesure étatique provoque une distorsion de la concurrence inadmissible étant donné qu'elle n'est pas prévue par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons (art. 94 al. 4 Cst. féd.).

B. Atteinte à la liberté personnelle

La liberté personnelle est un droit constitutionnel codifié aux art. 7 et 10 al. 2 Cst. féd.; de manière générale, il garantit toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine et que devrait posséder tout être humain, afin que la dignité humaine ne soit pas atteinte par le biais de mesures étatiques (ATF 133 I 110 consid. 5.2). Selon le Tribunal fédéral, il est difficile de définir de manière générale la portée de la liberté personnelle et qu'il faut plutôt la concrétiser de cas en cas, en appréciant le but des libertés invoquées et l'intensité de l'atteinte portée, par une pesée et une coordination appropriée (ATF 133 I 110 consid. 5.2.2, 5.2.3 et 5.2.4).

La liberté personnelle est également protégée par le droit au respect de la vie privée selon l'art. 8 CEDH, lequel assure à l'individu un espace de liberté, dans lequel il peut développer et réaliser sa personnalité. Chacun doit être en mesure de disposer de sa propre personne et d'organiser sa vie dans le cadre de la sphère privée sans l'intervention de l'Etat ; la protection de la vie privée englobe l'intégrité physique et psychique, ainsi que les aspects de l'identité sociale de l'être humain ; l'art. 8 CEDH protège en outre le droit au développement personnel, ainsi que celui de pouvoir cultiver et entretenir des relations personnelles avec d'autres êtres humains ainsi qu'avec son environnement (ATF 133 I 58 traduit au Journal des tribunaux 2008 I 349, consid. 6.1).

En l'occurrence, l'obligation générale de porter le masque dans les commerces n'est pas anodine. Elle entrave gravement l'expression non verbale des sentiments et des émotions. Elle rend également plus difficile l'expression verbale, en étouffant les sons. L'obligation de porter le masque peut entraîner transpiration et sensation d'étouffement, ainsi que d'autres risques pour la santé, comme des maux de tête, des difficultés respiratoires et le développement de lésions ou de maladies cutanées. Elle est problématique pour les asthmatiques. Ces difficultés sont reconnues par l'Organisation Mondiale de la Santé (ci-après : OMS ; pièce 3, p. 9-10) et par des médecins (pièce 4, p. 2).

Pour les recourants, la première atteinte à leur liberté personnelle réside dans l'entrave à la communication avec autrui. On sait que le caractère social de l'être humain lui rend l'isolement insupportable. Pouvoir échanger un sourire avec son prochain, en faisant ses courses, est une joie toute simple mais nécessaire à

l'épanouissement personnel. L'expression du visage est la manière la plus fondamentale de communiquer pour l'être humain ; c'est la toute première qu'un bébé apprend. Porter le masque, pour un commerçant, c'est en quelque sorte recevoir ses clients de manière inhumaine.

Par ailleurs et surtout la mesure ordonnée par le Conseil d'Etat donne des obligations aux recourants. En effet, ils doivent eux-mêmes contraindre leur personnel et leurs clients de porter le masque. L'acte juridique dont est recours contraint les recourants à exiger à leur personnel et à leurs clients à subir, ce qu'ils estiment être une violation de leur liberté personnelle. Ils sont ainsi en quelque sorte transformés en policiers contre leur gré.

Dès lors, les recourants estiment que la décision intimée viole leur liberté personnelle.

C. Atteinte à la liberté économique et à la liberté du commerce

Le droit de libre établissement, d'association et de réunion, le libre exercice des professions libérales, la liberté du commerce et de l'industrie sont garantis (art. 10 al. 1 Cst. cant).

Invocable tant par les personnes physiques que morales, la liberté économique (art. 27 Cst. féd.) protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst. féd.; ATF 143 I 403 consid. 5.6.1).

La liberté économique a avant tout une portée négative : elle protège les particuliers contre les ingérences injustifiées de l'Etat dans leur activité économique (Jean-François AUBERT/Pascal MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, 2003, ad. art. 27 N. 9 et les références citées).

En l'espèce, il est évident que la mesure du Conseil d'Etat contestée cause une perte financière pour les commerçants stationnaires valaisans. Il se trouve en effet que des consommateurs renoncent à faire certains achats si on leur oblige de porter le masque ou bien ils se tournent vers le commerce en ligne.

La *Swiss Retail Federation* (Association des moyennes et grandes entreprises du commerce de détail suisse), qui fédère les commerçants de Suisse a d'ailleurs tenté d'alerter les pouvoirs publics sur les effets négatifs pour le commerce de détail de l'obligation du port du masque dans les magasins (pièces 6 et 7).

Les pertes subies par les commerçants varient évidemment en fonction des branches et des lieux, mais elles sont constatées partout (pièces 6 et 7).

Pour l'anecdote, une commerçante dont le siège est dans le Chablais valaisan nous a expliqué qu'elle savait que certains de ses clients habituels vont maintenant faire leurs achats de l'autre côté du Rhône, en Pays de Vaud où le masque n'est pas obligatoire dans les petits commerces concurrents.

Partant, les recourants considèrent que le port obligatoire du masque dans leur établissement est une ingérence de l'Etat dans leur activité économique qui leur causent des pertes financières. Ils estiment ainsi que la décision dont est recours leur cause une atteinte à leur liberté de commerce.

D. Restrictions des droits fondamentaux

Conformément à l'art. 36 Cst. féd, toute restriction d'un droit fondamental doit reposer sur une base légale qui doit être de rang législatif 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, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire et adéquat à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (al. 3), sans violer l'essence du droit en question (al. 4 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_862/2015 consid. 4.2 du 7 juin 2016).

En l'occurrence, on a vu que la mesure incriminée atteint plusieurs libertés fondamentales des recourants. Voyons maintenant si ces restrictions sont admissibles au regard de l'art. 36 Cst. féd.

a. *Base légale*

La loi fédérale du 28 septembre 2012 sur les épidémies (LEp) a pour but de prévenir et combattre l'apparition et la propagation des maladies transmissibles (art. 1). La Confédération et les cantons prennent les mesures nécessaires pour prévenir et limiter à temps les dangers et les atteintes à la santé publique (mesures préparatoires). L'art. 12 al. 4 impose aux autorités cantonales compétentes de déclarer à l'office fédéral de la santé publique (OFSP) les observations révélant la présence d'un danger pour la santé publique, en particulier les observations relatives aux maladies transmissibles susceptibles d'avoir des conséquences graves (art. 12 al. 6 let. b).

De manière générale, l'art. 19 al. 1 LEp donne à la Confédération et aux cantons la compétence de prendre les mesures visant à contrôler et à écarter ou atténuer les risques de transmission de maladies. Le Conseil fédéral peut notamment

donner des directives aux hôpitaux, organisateurs de manifestations et institutions dans le domaine de l'éducation et de la santé.

Selon l'art. 22 LEp, les cantons peuvent déclarer obligatoires des vaccinations pour les groupes à risques, pour les personnes particulièrement exposées et pour les personnes exerçant certaines activités, pour autant qu'un danger sérieux soit établi.

Le chapitre 5 (art. 30ss) de la LEp décrit les mesures de lutte. Dans la section 1 (mesures visant des individus), l'art. 30 rappelle d'abord le principe de proportionnalité : les mesures (...) ne peuvent être ordonnées que si des mesures moins contraignantes ne sont pas de nature à prévenir la propagation d'une maladie transmissible ou n'y suffisent pas et si la mesure concernée permet de prévenir un risque sérieux pour la santé d'autrui ; la mesure ordonnée doit être nécessaire et raisonnable.

Dans la section 2 (mesures visant la population ou certains groupes de personnes), l'art. 40 prévoit que 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 (al. 1); elles peuvent en particulier prononcer l'interdiction totale ou partielle de manifestations ; fermer des écoles ou d'autres institutions, 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 (al. 2). 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 (al. 3).

Ce qui précède appelle plusieurs remarques. Premièrement, le but de la loi est énoncé de manière extrêmement large et pourrait justifier des mesures de contraintes illimitées au titre de la lutte contre la propagation de maladies transmissibles, lesquelles ont toujours existé et, en l'état de la science, ne pourront jamais disparaître complètement, même si certaines maladies ont été éradiquées. L'on comprend cependant que la lutte contre la propagation n'est pas un but en soi justifiant toutes les mesures : celles-ci n'interviennent que si elles permettent de parer à un danger sérieux pour la santé publique.

C'est pourquoi il importe que les tribunaux accordent une attention toute particulière à la protection des droits fondamentaux dans le domaine de la lutte contre les épidémies.

Deuxièmement, dans toutes les mesures de lutte prévues par la LEp, en particulier dans l'art. 40 prévoyant des mesures concernant l'ensemble de la

population, jamais le port obligatoire du masque n'est mentionné. Cela s'explique par le fait que l'efficacité de cette mesure est douteuse (voir *infra*).

Mais cela signifie aussi qu'il convient de se montrer particulièrement strict dans l'appréciation des autres conditions (intérêt public et proportionnalité) justifiant la constitutionnalité d'une mesure qui n'a pas été expressément prévue par le législateur, contrairement aux autres mesures de lutte (vaccination, quarantaine, isolement, surveillance médicale).

Finalement, l'on relève surtout que la mesure incriminée, laquelle restreint plusieurs libertés fondamentales des recourants, ce qui constitue une restriction manifestement grave, est fondée sur une décision de l'exécutif cantonal. Pourtant, les restrictions des droits fondamentaux doivent être prévues par une règle de droit, générale et abstraite, qui assure la prévisibilité et la sécurité du droit, ainsi que l'égalité de traitement (Jean-François AUBERT/Pascal MAHON, ad. art. 36 N. 7 et les références citées).

Dès lors la décision dont est recours doit être annulée pour ce premier motif, dans la mesure où elle n'est pas fondée sur une base légale au sens de l'art. 36 al. 1 Cst. féd.

b. *Intérêt public*

A la lumière de ce qui précède, l'intérêt public nécessaire pour justifier l'obligation de porter le masque dans les commerces ne peut pas se réduire à la seule lutte contre la propagation du coronavirus : l'autorité intimée doit justifier l'existence d'un danger sérieux pour la santé publique, sans quoi on ouvre la porte à de nombreux abus.

Si l'on consulte les statistiques de l'Etat du Valais relatives à l'évolution du coronavirus depuis la fin du mois de février, on constate que les courbes du nombre de cas, d'hospitalisations et de décès étaient quasiment les mêmes au début de l'épidémie (pièce 5, p. 3). A ce moment, il y avait donc un intérêt public évident à limiter la propagation de la maladie, du point de vue de la santé publique, afin d'éviter un engorgement des hôpitaux et de nombreux décès.

En revanche, les courbes évoluent de manière différente depuis la fin du mois de juin : celle des contaminations augmente faiblement mais régulièrement, alors que celles des hospitalisations et des décès restent quasiment plates (pièce 5, p. 3). Comment peut-on dès lors affirmer qu'il y a actuellement un grave danger, imminent et sérieux ?

D'un point de vue juridique, l'autorité intimée doit démontrer l'existence d'un danger imminent et sérieux pour la santé publique en Valais. Des prédictions alarmistes ne suffisent pas si elles ne sont pas étayées, sachant que la gravité d'une épidémie se mesure à sa létalité.

Les recourants estiment donc que la mesure décidée par le Conseil d'Etat n'est actuellement pas justifiée par un intérêt public (art. 36 al. 2 Cst. féd.). Par conséquent, la décision querellée doit être annulée pour ce second motif.

c. Proportionnalité

Pour être conforme au principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst. féd.), une restriction d'un droit fondamental doit être apte à atteindre le but visé, lequel ne peut pas 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 137 I 167 consid. 3.6 ; ATF 136 I 197 consid. 4.4.4; ATF 134 I 214 consid. 5.7).

Nous allons maintenant examiner de manière classique, en trois temps, la conformité de la mesure contestée au principe de la proportionnalité.

Adéquation de la mesure

L'obligation générale – hormis les enfants jusqu'à douze ans ou pour des raisons particulières, notamment d'ordre médical – de porter le masque dans tous les commerces n'est pas une mesure adéquate pour lutter contre la propagation du coronavirus ou d'autres maladies transmissibles.

Comme on l'a déjà vu, le législateur fédéral n'a pas retenu le port du masque médical jetable (masque chirurgical) dans les mesures de lutte contre la propagation des virus (voir *supra*), car l'efficacité de cette mesure n'est pas établie.

Sous l'angle de l'aptitude, nous remarquons déjà que, lors du pic de la pandémie, l'OFSP ne recommandait par le port du masque. Maintenant que la pandémie a largement diminué et que la virulence du virus est manifestement moins dangereuse qu'auparavant – en tout cas selon certains médecins – l'OFSP recommande le port du masque. Ce revirement de l'autorité sanitaire fédérale est étonnant. Il faut aussi dire qu'il n'y avait pas de masque disponible pendant la pire phase du COVID-19. Actuellement la Suisse dispose de grand stock, semble-t-il. Ce revirement ébranle assurément la crédibilité de l'OFSP et de tout l'édifice politique sanitaire suisse dans le cadre de la lutte contre le coronavirus.

Ceci posé, on rappelle que la mesure contestée est appliquée depuis le 31 août 2020 (décision dont est recours, ch. 4) ; elle est donc effective depuis plus d'un mois. Il y a 4 semaines, le Valais a déploré 72 nouveaux cas de personnes positives au COVID-19, il y a trois semaines : 65, il y a deux semaines : 96 et la semaine dernière : 75 (pièce 6, p. 4).

La consultation des statistiques officielles nous apprend donc que l'obligation du port du masque dans les magasins n'a pas freiné la propagation du virus, tant s'en faut. Au contraire, on déplore une légère augmentation de la courbe épidémique des cas durant le mois durant lequel le port du masque a été rendu obligatoire en Valais.

L'on a ainsi démontré que cette mesure étatique n'est pas adéquate étant donné qu'elle n'atteint pas le but visé, qui est d'interrompre la propagation de la COVID-19 en Valais.

La décision attaquée doit être annulée pour ce motif également.

Nécessité de la mesure

A titre liminaire, l'on note que le gouvernement a omis d'examiner s'il existe d'autres mesures moins incisives pour les libertés des commerçants, de leur personnel et de leurs clients (à supposer que le port du masque soit efficace, ce qui est contesté).

Il convient de rappeler que l'art. 40 al. 2 LEP donne la possibilité aux autorités cantonales compétentes d'interdire ou limiter l'entrée et la sortie de certains bâtiments. Ainsi, il est possible de prévoir un plan de protection limitant le nombre de clients en fonction des espaces disponibles dans l'espace de vente. Cette mesure a d'ailleurs été pratiquée efficacement ce printemps, quand il y avait une véritable urgence sanitaire.

Les mesures réellement efficaces (lavage/désinfection des mains, distance sanitaire) peuvent au surplus être respectées sans aucun problème dans tous les commerces. Contrairement à une opinion répandue, il n'est en effet pas suffisant de croiser brièvement une personne à moins d'un mètre cinquante pour être significativement exposé à un risque de transmission (passive ou active) du virus ; il faut au contraire que le contact à moins d'un mètre cinquante se prolonge. A cela s'ajoute que la protection passive des personnes à risque peut toujours intervenir sur une base volontaire : personne ne parle en effet d'interdire le port du masque.

Cette réflexion a fait défaut à l'autorité intimée. C'est ainsi qu'on a imposé une mesure inefficace et contre-productive, sans examiner s'il existait des mesures plus efficaces et moins incisives pour les libertés fondamentales des commerçants.

Il est ainsi que la condition de la nécessité fait maintenant défaut. Par conséquent et conformément au chiffre 4 de la décision querellée, il convient de mettre fin à ladite mesure.

Finalement, l'on note que dans le canton voisin de Vaud, les autorités n'imposent pas le port du masque pour les commerces accueillant jusqu'à dix clients à la fois.

Dès lors, à titre subsidiaire, nous concluons à ce que ce régime soit instauré en Valais en lieu de l'obligation générale valaisanne.

Proportionnalité au sens étroit

Il sied maintenant d'aborder frontalement, sur le plan de la politique sanitaire, la question des effets indésirables, inconvénients et des risques de l'obligation générale du port du masque.

Selon l'OMS :

« Dans le grand public, le port du masque par des personnes en bonne santé peut notamment présenter les désavantages suivants :

- risque potentiellement accru d'autocontamination dû au fait de manipuler un masque facial puis de se toucher les yeux avec des mains contaminées ; (48, 49)*
- autocontamination possible si un masque non médical humide ou sale n'est pas remplacé, favorisant ainsi la prolifération de microorganismes ;*
- mal de tête et/ou difficultés respiratoires possibles selon le type de masque utilisé ;*
- lésions cutanées faciales, dermite irritative ou aggravation de l'acné en cas de port fréquent et prolongé du masque ; (50)*
- difficulté de communiquer clairement ;*
- sensation possible d'inconfort ; (41, 51)*
- fausse impression de sécurité pouvant conduire à un respect moins scrupuleux des mesures préventives qui ont fait leurs preuves comme la distanciation physique et l'hygiène des mains ;*
- port du masque mal supporté, notamment par le jeune enfant ;*
- problèmes liés à la gestion des déchets ; l'élimination sauvage des masques peut entraîner une augmentation du volume des déchets dans les lieux publics, présentant un risque de contamination des préposés au nettoyage des rues et des risques pour l'environnement ;*
- difficultés de communiquer en cas de surdité et de dépendance de la lecture labiale ;*
- désavantages et difficultés liés au port du masque éprouvés par les enfants, les personnes atteintes de troubles mentaux ou de déficiences développementales, les personnes âgées atteintes de déficiences cognitives, les asthmatiques ou les personnes souffrant d'affections respiratoires chroniques, les personnes ayant récemment subi un traumatisme facial ou une intervention chirurgicale orale ou*

maxillofaciale, ainsi que celles qui vivent dans un environnement chaud et humide. »
(pièce 3, pp. 9-10).

Par ailleurs, un médecin alémanique expose les craintes suivantes : « *Le port du masque hors de l'environnement chirurgical est manifestement malsain tant au niveau corporel que psychique (arythmie, problème de concentration et autres effets sur le cerveau, bactéries, virus et attaques fongiques en augmentations). Il s'agit d'un matériel présentant un danger réel, avec des effets psychologiques dommageables, dont le soi-disant effet protecteur est très éloigné des promesses officielles.* » (pièce 4, p. 2).

Force est d'abord de constater que les inconvénients de l'obligation généralisée du port du masque dans les magasins n'ont pas été pris en compte par l'autorité intimée.

Or nous avons par ailleurs déjà vu que la mesure contestée n'est ni adéquate au but visé ni nécessaire vu la situation sanitaire valaisanne actuelle.

Au surplus, nous voyons maintenant que la mesure présentement contestée n'est pas acceptable étant donné que les moyens prescrits par le Conseil d'Etat comportent des aspects indubitablement néfastes pour la population valaisanne qui ne sont manifestement pas pris en considération par l'autorité intimée. Et ces aspects négatifs sont manifestement disproportionnés par rapport aux résultats obtenus quant à l'objectif visé, d'autant plus qu'après un mois d'expérience nous savons que le but n'est pas atteint (cf. *supra*).

Ainsi donc, la décision intimée doit être annulée pour cette raison encore.

IV. Conclusions

Plaise au Tribunal cantonal dire et prononcer :

A titre préjudiciel :

1. B est mis au bénéfice de l'assistance judiciaire totale.

Au fond :

2. Le recours est admis.

3. La décision du Conseil d'Etat publiée le 4 septembre 2020 en page 2635 du Bulletin officiel est annulée.
4. Subsidiairement, il est constaté que l'obligation du port du masque dans les magasins valaisans n'est plus nécessaire au sens du chiffre 4 de la décision intimée.
5. Plus subsidiairement, la décision du Conseil d'Etat publiée le 4 septembre 2020 en page 2635 du Bulletin officiel est modifiée de telle sorte que les autorités n'imposent plus le port du masque pour les commerces accueillant jusqu'à dix clients à la fois, le cas échéant d'un autre nombre raisonnable de clients à déterminer.
6. Les frais de la procédure sont mis à la charge de l'Etat.
7. Une équitable indemnité est allouée aux recourants à titre de dépens.

Pour les recourants
Xavier Panchaud, av.

Annexe : bordereau des pièces

BORDEREAU DES PIECES

1. Procurations
2. Décision du Conseil d'Etat publiée en page 2635 du Bulletin officiel no 36 du 4 septembre 2020.
3. Conseils sur le port du masque dans le cadre de la COVID-19 de l'OMS
4. Lettre ouverte du Dr. Med. Christian Zürcher, Président de l'Association Santé Suisse
5. Situation épidémiologique Valais, semaine 39, fait le 29 septembre 2020 par l'Etat du Valais
6. Communiqué de presse de *Swiss Retail Federation* du 25 août 2020
7. Communiqué de presse de *Swiss Retail Federation* du 23 septembre 2020