

ETUDE MABILLARD AVOCATS ET NOTAIRES

Avocats au barreau du Valais
Membres de la Fédération Suisse des Avocats - Membres de la Fédération Suisse des Notaires

MARC-ANDRE MABILLARD
Avocat et Notaire

FLORIANE MABILLARD
Avocate et Notaire

MICHEL MABILLARD
Avocat et Notaire honoraire

CCP 14-177267-9
TVA CHE-140.949.187

RECOMMANDE

Tribunal fédéral
Avenue du Tribunal-Fédéral 29
1000 Lausanne 14

Leytron, le 11 novembre 2020

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les Juges fédéraux,

Agissant au nom de à Sion, à Sion, à Savièse et à Saxon (pièces 1 à 4), je me dois de déposer le présent

RECOURS EN MATIERE DE DROIT PUBLIC

contre la décision du **Tribunal cantonal du canton du Valais du 6 novembre 2020** (pièce 5) rejetant la requête de restitution de l'effet suspensif au recours déposé contre la décision du Conseil d'Etat valaisan du 21.10.2020 (pièce 6).

*** **

I. PROCEDURE

1. Voie de droit / compétence

La décision attaquée a été rendue par une autorité cantonale de dernière instance statuant dans une cause de droit public (art. 82 let. a et 86 al. 1 let. d LTF). La voie du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral est donc ouverte.

2. Décision incidente

La décision attaquée, qui refuse de restituer l'effet suspensif, ne met pas fin à la procédure. Il s'agit donc d'une décision incidente qui ne peut faire l'objet d'un recours qu'aux conditions de l'art. 93 LTF, ce qui suppose l'existence d'un préjudice irréparable. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un préjudice ne peut être qualifié d'irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF que s'il cause un inconvénient de nature juridique. Tel est le cas lorsqu'une décision finale, même favorable à la partie recourante, ne le ferait pas disparaître entièrement (cf. arrêts 2C_316/2018 et 2C_1161/2013 et les références).

En l'occurrence, le préjudice irréparable ressort de manière claire de la décision entreprise, laquelle interdit aux recourants de participer librement aux cultes pendant la durée de la procédure cantonale. La décision entreprise porte ainsi manifestement atteinte à leur liberté de culte, atteinte à laquelle il ne sera plus possible de remédier, même si une décision ultérieure favorable devait être rendue.

3. Intérêt actuel

L'interdiction des manifestations et activités de plus de 10 personnes dans l'espace public et privé devrait prendre fin au **30 novembre 2020**, comme prévu au chiffre 14 de la décision du Conseil d'Etat valaisan du 21.10.2020.

Il suffit toutefois de consulter les médias pour se rendre compte que ces mesures devraient perdurer, à tout le moins jusqu'à Noël, les Autorités indiquant à chaque fois vouloir « sauver les fêtes de Noël ».

Par ailleurs, même si ces mesures devaient ne plus être en vigueur à la fin de ce mois, une restriction des manifestations et activités à un nombre restreint de personnes – et donc une restriction à la liberté de culte équivalant dans les faits à une interdiction –, peut se reproduire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues : une recrudescence des cas d'infections au COVID-19 ne peut raisonnablement être exclue ces prochains mois, la « deuxième vague » ayant prouvé que la situation était loin d'être maîtrisée.

De plus, en raison de sa portée de principe, il existe un intérêt public suffisamment important à la solution de la question litigieuse, qui consiste à savoir si la liberté de culte peut être restreinte au point d'être vidée de son sens pour des motifs de santé publique.

4. Autres conditions de recevabilité

Les recourants, destinataires de la décision attaquée, sont particulièrement atteints par le rejet de leur requête de restitution de l'effet suspensif et ont un intérêt digne de protection à son annulation. Ils ont donc la qualité pour recourir au sens de l'art. 89 al. 1 LTF.

Au surplus, déposé en temps utile (art. 100 LTF) et dans les formes prévues par la loi (art. 42, 98 et 106 al. 2 LTF), le présent recours est recevable et le Tribunal fédéral doit entrer en matière.

II. RESUME DES FAITS DE LA PROCEDURE

1. Décision initiale

Au chiffre 4 de sa décision du 21 octobre 2020, le Conseil d'Etat a interdit les manifestations et activités de plus de 10 personnes dans l'espace public et privé, tout en réservant des exceptions prononcées en raison d'un intérêt public prépondérant. Au chiffre 16 de dite décision, l'effet suspensif à un éventuel recours a été retiré, pour des motifs de santé publique.

2. Recours auprès du Tribunal cantonal – requête de restitution de l'effet suspensif

Dans leur recours de droit administratif du 28 octobre 2020 au Tribunal cantonal, les recourants concluent à ce que le chiffre 4 précité ne s'applique pas aux cultes publics, subsidiairement que le nombre de participants aux cultes publics soit limité en fonction de l'espace disponible.

Ils requièrent au surplus la restitution de l'effet suspensif.

Dans leur motivation, ils font valoir que la décision du Conseil d'Etat porte atteinte au libre exercice du culte, tel qu'il est garanti par les Constitutions fédérale (art. 15 Cst.) et cantonale (art. 2 al. 1 Cst./VS), et que le refus de restituer l'effet suspensif leur causerait un dommage irréparable.

3. **Décision entreprise**

Pour justifier le refus de la restitution de l'effet suspensif, le Tribunal cantonal évoque, dans la décision attaquée, l'évolution négative de la situation épidémiologique du COVID-19 en Suisse et notamment en Valais. Un endiguement des nouvelles contaminations étant nécessaire afin d'assurer la sécurité de la population, les biens juridiques de police – vie et santé – en péril ne pourraient être préservés que par une exécution anticipée de la décision litigieuse.

Le retrait de l'effet suspensif reposerait donc sur un motif d'intérêt public très important, qui l'emporterait sur l'intérêt des recourants à voir la limitation des manifestations de plus de 10 personnes immédiatement levée.

En outre, selon le Tribunal cantonal, le principe de la proportionnalité ne serait pas violé puisque les cérémonies religieuses en tant que telles ne sont pas interdites, seul le nombre de participants étant limité.

4. **Autres faits importants pour l'appréciation de la situation**

Comme le Tribunal cantonal se devait d'apprécier de manière consciencieuse les circonstances de la cause (cf. Tribunal fédéral, arrêt 1C_435/2008, du 6 fév. 2009, consid. 2.3), les recourants rappellent les faits suivants, qui étaient tous connus des juges cantonaux, car rappelés dans une détermination spontanée des recourants du 4 novembre à la Cour de droit public du Tribunal cantonal valaisan (pièce n°15) :

- Par décision du 24.10.2020 (pièces n° 7 et 8), le Conseil d'Etat a autorisé les **assemblées plénières de la Constituante** ainsi que les **séances de commission et de groupes politiques** (ch. 1) ainsi que les **sessions du Grand Conseil** (ch. 2), sur la base du chiffre 4 de sa décision du 21.10.2020, moyennant respect des recommandations de l'OFSP et des prescriptions de l'ordonnance COVID-19 ;
- Par décision du 04.11.2020 (pièce n° 11), le Conseil d'Etat a ordonné la fermeture des établissements de restauration, sous réserve des marchés pour lesquels la consommation sur place est interdite.
- Par décision du 30 octobre 2020 (pièces n° 9 et 10), le Conseil d'Etat a refusé une demande d'exception émanant des recourants pour une messe en particulier.

III. **MOTIVATION**

1. **Introduction aux griefs**

1.1. Nous sommes en présence d'une décision incidente. S'il est admissible que les juges cantonaux statuent sans avoir en mains tous les arguments, ils ne peuvent toutefois faire l'économie d'une appréciation consciencieuse des circonstances de la cause : à défaut, ils procèdent à un abus de leur pouvoir d'appréciation (cf. ch. III/2 *infra*).

1.2. Le Tribunal cantonal, comme nous le démontrerons ensuite, méconnaît le fait que la liberté de culte constitue un intérêt public manifeste, ce qui est déjà constitutif d'une violation de la liberté religieuse (cf. ch. III/3 *infra*).

Son appréciation de la restriction est également contraire à l'art. 36 Cst, violant de manière particulièrement manifeste le principe de la proportionnalité (cf. ch. III/4 *infra*).

Finalement, la décision attaquée est contraire aux principes de l'égalité de traitement et à ceux de la protection contre l'arbitraire et de la protection de la bonne foi (cf. ch. III/5 *infra*).

2. **Abus du pouvoir d'appréciation / absence de motivation de la décision attaquée**

2.1. Selon l'arrêt 1C_435/2008 cité par le Tribunal cantonal dans la décision attaquée, le retrait de l'effet suspensif (et *a fortiori* le refus de restituer l'effet suspensif) ne peut être ordonné qu'après une appréciation consciencieuse des circonstances de la cause. Si la décision du Conseil d'Etat du 21.10.2020 a été rendue de manière générale et abstraite (sorte de « décision normative »), ce n'est pas le cas de la décision dont est recours, qui a été rendue à propos d'un cas particulier, à savoir l'assistance aux cultes publics.

2.2. A lire la décision attaquée, les juges cantonaux n'ont toutefois procédé à aucune pesée des intérêts en présence. Ils n'ont même pas pris la peine de mettre les divers intérêts évoqués en balance (liberté de culte *versus* santé publique), se contentant d'affirmer que le retrait de l'effet suspensif reposait sur un intérêt public très important (protection de biens juridiques de police) ayant le pas sur l'intérêt privé des recourants (cf. ch. III/3 *infra*). Le Tribunal cantonal n'a donc pas pesé les intérêts respectifs des parties ; de ce fait, il s'est abstenu de procéder à une appréciation consciencieuse des

circonstances concrètes, ce qui équivaut à un abus du pouvoir d'appréciation. Sa décision sur l'effet suspensif doit déjà être cassée pour ce motif.

- 2.3. Au demeurant, les recourants s'étant prévalu d'une liberté fondamentale, les juges étaient tenus d'examiner s'il existait des moyens de la sauvegarder, déjà à titre provisionnel, sauf à vider les droits constitutionnels de leur substance. En pratiquant ainsi, il faut encore relever que les juges cantonaux ont violé le droit des recourants à obtenir du tribunal un examen sérieux de leur demande (violation des art. 72 ss LPJA ; 86 al. 2 LTF et 29a Cst. féd. s'agissant de la garantie d'accès au juge).
- 2.4. **Ce premier motif est déjà suffisant pour conclure à l'annulation du prononcé attaqué.** Si l'on devait toutefois retenir que la motivation du Tribunal cantonal constitue une pesée des intérêts, ce qui est, de bonne foi, impossible à démontrer, il apparaît que celle-ci est insoutenable, en raison des griefs suivant (cf. ch. III/3 à 5 *infra*).

3. Liberté de culte / intérêt public

3.1. Introduction

Le fait de classer les cérémonies religieuses au rang de toutes les autres manifestations est incompatible avec le respect de la liberté de culte, laquelle est prévue dans le droit international et fait l'objet d'articles spécifiques dans les Constitutions cantonales et fédérale.

Même si cela ne va pas de soi, il faut en effet noter qu'en Valais, les cérémonies sont classées dans la catégorie « manifestation », comme le relève le site de l'Etat du Valais (https://www.vs.ch/web/coronavirus#ancree_mesures). Les recourants l'ont appris au hasard d'une intervention publique du Président du Conseil d'Etat en lien avec les ensevelissements : le site internet a aussitôt été mis à jour et permet de fonder le fait que cette définition doit être retenue.

Le Tribunal cantonal, s'il définit brièvement la liberté religieuse, omet de se référer au droit international et de retenir le fait que la liberté religieuse constitue un intérêt public, la confondant avec un simple intérêt privé des recourants.

Nous allons démontrer l'étendue de cette liberté, manifestée, entre autres, par le droit international d'une part et sa prise en compte par les autorités cantonales qui nous sont proches d'autre part (cf. ch. III/3.2 et 3.3 *infra*). Nous constaterons ensuite la place de cette liberté en droit valaisan et l'absence d'égard que lui montre le Tribunal cantonal (cf. III/3.4 et 3.5 *infra*)

3.2. Droit international – étendue du droit

La liberté de culte va bien plus loin que la liberté de croyance, visant justement à défendre le droit des croyants à se réunir pour rendre, ensemble, un culte à Dieu. Cette définition de la liberté de culte ressort également très clairement de l’art. 9 CEDH : son commentaire indique qu’elle implique le droit de pratiquer sa religion en communauté (Cf. [https://www.echr.coe.int/librarydocs/dg2/hrfiles/dg2-fr-hrfiles-20\(2004\).pdf](https://www.echr.coe.int/librarydocs/dg2/hrfiles/dg2-fr-hrfiles-20(2004).pdf)).

Au niveau du droit international, contraignant pour la Suisse, la protection de la liberté de religion est renforcée par rapport aux autres libertés. Ainsi que le précise l’article 4 a. 2 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques (cf. <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19660262/index.html>), « aucune dérogation » n’est permise au respect de son article 18 garantissant la liberté de religion, même « [d]ans le cas où un danger public exceptionnel menace l’existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, (...) ». Cela signifie que les autorités nationales ne peuvent pas invoquer des circonstances exceptionnelles pour suspendre de façon générale et absolue l’exercice de cette liberté, mais doivent conserver une approche mesurée et proportionnée aux circonstances, notamment de santé publique. En outre, le droit international précise que la liberté de religion implique celle de « manifester » sa religion « en commun » – « en public » – par « le culte » et « l’accomplissement des rites ».

3.3. Appréciation de la liberté de culte dans les cantons de Vaud, Neuchâtel, Jura et Tessin

L’ordonnance du Conseil d’Etat vaudois traite séparément les célébrations publiques des autres manifestations, démontrant ainsi sa prise en considération de ce droit constitutionnel (cf. [https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/accueil/coronavirus/CP-30-10-2020/Directive_DSAS_DEIS - 30 octobre 2020.pdf](https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/accueil/coronavirus/CP-30-10-2020/Directive_DSAS_DEIS_-_30_octobre_2020.pdf)).

Face à la propagation du coronavirus, les cantons de Neuchâtel et du Jura ont restreint le nombre de personnes autorisées à se réunir en commun. Toutefois, ces deux cantons ont également réservé une exception aux célébrations publiques, laissant la limite fédérale en vigueur pour elles (cf. <https://www.jura.ch/CHA/SIC/Centre-medias/Communiqués-2020/COVID-19-des-mesures-indispensables-pour-endiguer-le-nombre-exponentiel-et-inquietant-des-contaminations-et-des-hospitalisations.html> pour le canton du Jura et cf. <https://www.ne.ch/medias/Pages/20203010-renforcement-mesures.aspx> pour le canton de Neuchâtel).

Ce dernier week-end, le canton du Tessin a également pris des mesures limitant les manifestations. Il a toutefois pris des mesures différentes pour les cultes, rehaussant la limitation du nombre de personnes admises :

(cf. <https://www.ticino.ch/fr/plan/coronavirus.html>).

3.4. Situation du Valais / intérêt public

En vertu de l'art. 2 al. 3 Cst./VS, l'Eglise catholique romaine (comme l'Eglise évangélique réformée) jouit du statut de personne juridique de droit public, à l'inverse des "autres confessions", lesquelles demeurent des sujets de pur droit privé. Il est en effet tenu compte de « l'importance sur le plan cantonal » de l'Eglise catholique romaine (comme de l'Eglise évangélique réformée) (art. 2 al. 3, 2^{ème} phr. *in fine* Cst. cant.). Il en découle qu'en Valais, l'activité de l'Eglise catholique romaine – à tout le moins son activité spécifique – relève de l'intérêt public. Or, il est notoire que cette activité remplit une fonction d'ordre spirituel et non pas (*seulement*) temporel, d'une part, et qu'elle a pour cœur la célébration des messes, en particulier dominicales, d'autre part. **En droit public valaisan, la célébration des messes et la fonction spirituelle qu'elle remplit sont jugées d'intérêt public.**

Ainsi, pour toutes les personnes que la liberté de culte concerne concrètement, à savoir les catholiques pratiquants, cet intérêt public est par définition *prépondérant* sur tout autre intérêt public puisqu'il est le seul à concerner directement l'ordre spirituel. Loin d'être une spécificité valaisanne, cette prépondérance de la liberté de culte ressort déjà, comme vu ci-dessus, du droit international, et plus exactement de l'article 4 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques.

Les restrictions, telles que décidées, ont pour conséquence que l'Eglise catholique valaisanne n'est pas en mesure de permettre justement aux paroissiens de jouir de leurs droits découlant de dispositions constitutionnelles strictes. Il faut en effet noter ici que chaque citoyen peut se prévaloir de la liberté de culte : **aussi, le onzième paroissien exclu du culte, ne peut tout simplement pas exercer son droit.** Une telle situation pourrait seulement être tempérée par un accès plus large aux cultes, tant il est vrai qu'un prêtre pourrait célébrer deux messes réunissant chacune 50 fidèles, selon les limitations fédérales (et permettre ainsi l'assistance jusqu'à 100 fidèles, soit en bien des lieux la totalité des paroissiens).

3.5. Violation de la liberté de culte

En ne considérant par la liberté de religion, en Valais, comme relevant d'un intérêt public, les juges cantonaux ont violé les normes constitutionnelles et internationales applicables. Les juges cantonaux ont en effet, par une erreur aux graves conséquences, estimé que la liberté invoquée par les recourants devait être assimilée à un simple intérêt privé (cf. 2^{ème} § de la page 4 : « intérêt des recourants »).

En retenant que la décision du gouvernement respectait la liberté de culte du simple fait que les cérémonies religieuses n'étaient pas interdites en tant que telle, **les juges cantonaux ont violé la liberté de culte**, la confondant avec la liberté de croyance des ministres du culte encore autorisés à les célébrer.

4. Violation du principe de la proportionnalité

4.1. Introduction

Si le Tribunal cantonal omet de considérer que la liberté de culte dépasse l'intérêt privé des recourants et constitue également un intérêt public (cf. ch. III/3 *supra*), il omet totalement d'apprécier le fait que ces deux intérêts publics ne s'excluent pas forcément et qu'il serait tout à fait possible de les concilier, **en aménageant diverses mesures comme l'ont proposé les recourants dans leur argumentaire au fond.**

En l'occurrence, le refus de restituer l'effet suspensif ne respecte pas le principe de la proportionnalité, dans la mesure où les critères de l'aptitude et de la nécessité de la mesure incriminée ne sont pas remplis.

4.2. Critère de l'aptitude

« La règle de l'aptitude veut qu'une mesure choisie soit propre à atteindre le but visé. Il faut que le moyen mis en œuvre par l'autorité puisse effectivement permettre de réaliser l'objectif d'intérêt public qu'elle s'est fixé » (AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II, 3^{ème} édition, n°230).

Le Tribunal cantonal, comme le Conseil d'Etat préalablement, n'a donné aucune motivation stricte à ce sujet, ne fondant pas sa décision sur des données scientifiques. La seule possibilité pour les recourants de comprendre la motivation scientifique (même très simple) de cette restriction consiste à lire les déclarations des membres du Gouvernement faites à la Presse, de manière parfaitement non coordonnées. On serait ainsi tenter de croire que – sans en avoir aucune certitude – que l'aptitude de la mesure réside à éviter des contacts. Or, il est de notoriété publique que les contacts ne sont absolument pas les mêmes entre les personnes d'un groupe réuni de manière sauvage ou au sein d'un groupe dont la réunion est coordonnées et surveillée.

En France, le Code de la santé publique, dans sa version en vigueur au 7 novembre 2020, précise qu'« En cas de déclaration de l'état d'urgence sanitaire, il réunit sans délai un comité de scientifiques » (...) « Le comité rend périodiquement des avis sur l'état de la catastrophe sanitaire, les connaissances scientifiques qui s'y rapportent et les mesures propres à y mettre un terme, (...) ». Ce Code a été adopté par l'assemblée nationale, pour que l'état d'urgence ne permette pas une activité n'étant pas certifiée par les scientifiques (cf. pièce n°12).

La note d'alerte du Conseil scientifique COVID-19 fonctionnant conformément au Code de la santé publique tel que mentionné *supra*, rendue le 22 septembre 2020, se fonde sur **une étude réalisée aux Etats-Unis**, de manière concrète, s'agissant de la définition des lieux d'infection. Cette étude déclare que les **« magasins, transports en commun, salles de gym et églises n'étaient pas retrouvés parmi les lieux à risque d'infection**

(FISCHER ET al. MMWR 2020, *in* note d'alerte du Conseil scientifique COVID-19 du 22 septembre 2020 / pièce n°13).

Cette étude américaine est d'une importance capitale, pour les principaux motifs suivants :

- Tout d'abord, elle est la seule étude scientifique consultable ;
- Ensuite, se fondant sur des cas « témoins », elle peut être interprétée directement. De plus, il faut noter que l'Amérique est un pays qui a vu un fort taux d'infections, de nombreuses personnes se montrant très critiques, voire virulentes, à l'encontre du Gouvernement du Président Trump.
- Dans ce pays encore, aucune mesure concrète de prévention n'a ainsi été prise et les personnes déambulaient librement, dans les différents lieux, sans mesure de protection quelconque.

Il est donc patent que l'interdiction des cultes catholiques n'est pas apte à endiguer l'épidémie. A cet égard, les recourants se doivent de préciser que les catholiques pratiquants se rendent à la messe principalement le dimanche, c'est-à-dire une fois par semaine. Il n'est donc pas sérieux de prétendre qu'une autorisation du Conseil d'Etat, permettant aux catholiques d'exercer leur liberté de culte le dimanche, entraînerait une recrudescence des cas de contamination.

Ce défaut d'aptitude peut encore être mis en exergue par le maintien de l'ouverture des magasins de Brico-loisirs (dans lesquels il est patent que les mesures de protection sont moins bien appliquées - les clients touchent forcément beaucoup d'articles non consommés), par le maintien des ateliers recevant plus de dix personnes dans des lieux bien moins aérés que nos grands édifices religieux.

Le défaut d'aptitude est encore patent quand on considère que le Tribunal cantonal n'a pas distingué le cas de la messe dans une cathédrale ou une grande église de village, de celle tenant lieu dans une petite chapelle de vallée latérale.

Il résulte de ce défaut d'aptitude que, s'agissant en particulier de la célébration des cultes publics, **on ne saurait affirmer que la limitation à 10 personnes est indispensable à préserver les biens juridiques essentiels** de police que sont la vie et la santé. Or c'est très précisément sur cette affirmation que le Tribunal cantonal a fondé son refus de restituer l'effet suspensif (décision dont recours, p. 3 *in fine* et p. 4 *in initio*).

A fortiori, on ne saurait soutenir que l'importance à l'exécution immédiate de la limitation à 10 personnes l'emporte sur l'importance, pour l'exercice de la liberté de culte, à ce que l'exécution de ladite limitation soit différée. Or, selon le Tribunal fédéral, l'effet suspensif ne peut être retiré par l'autorité de recours que « *si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution.* » (Tribunal fédéral, arrêt 1C_435/2008, 6 fév. 2009, consid. 2.3).

Les recourants insistent finalement encore sur le fait que l'existence d'aucun cluster n'a pu être mis en évidence au sein des églises valaisannes.

4.3. Critère de la nécessité

« La règle de la nécessité introduit un élément supplémentaire, qui porte sur la comparaison des divers moyens disponibles ou envisageables. Non seulement la mesure restrictive doit elle être apte à produire le résultat escompté, mais encore faut-il qu'elle soit la seule à même de le faire, c'est-à-dire qu'il n'y en ait pas d'autres, plus respectueuses des libertés, qui soient aussi efficaces. » (AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, *op. cit.*, n°232).

Le fait que les messes ne sont pas interdites est insignifiant à cet égard, dans la mesure où nous ne recourons pas pour faire valoir la liberté de croyance des célébrants. Réduire l'assistance à une messe à 10 personnes rend impossible l'exercice du culte dominical pour les familles valaisannes.

Tant le Tribunal cantonal que le Conseil d'Etat sont totalement muets à propos de l'application de ce critère, qui n'a absolument pas été apprécié.

Malgré le mutisme du Conseil d'Etat, le Tribunal cantonal aurait dû impérativement apprécier si d'autres mesures moins incisives étaient également aptes à viser le but poursuivi, ce qui n'a pas été fait.

Les exceptions accordées par le Gouvernement pour d'autres activités (Constituante, Grand-Conseil, marchés valaisans) permettent de démontrer que des mesures, tout aussi aptes à poursuivre le but visé (éviter la propagation) sont possibles et peuvent être mises en place.

Pourtant, les églises ont démontré, depuis la fin du confinement printanier, avoir trouvé et mis en place certaines solutions pour apporter les sacrements aux paroissiens (condamnation d'un banc sur deux, présence de gel hydro alcoolique et d'une « service d'ordre »).

La limitation de 10 personnes pour tous les cultes, sans tenir compte de l'espace, est arbitraire et insoutenable, justement de par sa violation de ce principe de nécessité. Comment en effet comprendre qu'une célébration ne puisse pas réunir plus de 10 personnes dans la cathédrale de Sion, ou dans une église de village ?

4.4. Critère de la proportionnalité au sens étroit

« La règle de la proportionnalité au sens étroit veut que la restriction, tout apte et nécessaire qu'elle soit, pèse effectivement plus lourd, dans le cas particulier, que le respect de la liberté. Allant plus loin que la simple comparaison, elle implique l'idée de balance, d'évaluation, de pesée des intérêts en présence. ». (AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, *op. cit.*, n°234).

Nous renvoyons ici à notre chiffre III/2 *supra*. Une pesée des intérêts en présence, même succincte, aurait forcément dû amener les juges cantonaux à réaliser que

l'autorisation ainsi demandée par les recourants ne met pas en péril la santé des valaisans et qu'il aurait été tout à fait possible de ménager ET la liberté de culte ET la santé des valaisans.

Il est évident, dans d'autres dossiers connus du Tribunal cantonal, que le Conseil d'Etat a pondéré certaines mesures grâce à ce critère.

Ainsi, quand il a dû décider d'interdire ou non certaines activités, comme celle de la restauration dans un premier temps, ou celle de l'industrie privée actuellement, il a clairement fait preuve de proportion, ce qu'il a omis de faire dans le cadre des restrictions imposées aux cultes.

Les recourants relèvent à cet effet, ce qui est de notoriété publique, que les usines sont toujours ouvertes, de même que les ateliers de fabrication ou autres centres de travail en milieux fermés, dans lesquels bien plus de dix personnes sont réunies. Certaines de ces entreprises accueillent une centaine d'employés, dans deux ou trois pièces, chaque jour. Si le critère de l'aptitude des mesures de restrictions résidait à éviter les contacts, on voit bien que le Conseil d'Etat a tenu compte, pour ces entreprises, du critère de la nécessité, et de la proportionnalité au sens étroit, en arrêtant des mesures moins strictes et contraignantes pour la liberté économique. Le Conseil d'Etat a ainsi privilégié des mesures de substitution, bien moins dures que la réduction des réunions, pouvant assurer aux travailleurs le fait que ces mesures moins coercitives sauvegardent l'intérêt public de l'endigement du virus, tout en permettant à leurs employeurs et à eux-mêmes de sauvegarder leur liberté économique !

Les recourants remarquent d'ailleurs qu'il semblerait que le Conseil d'Etat ait procédé à une pesée des intérêts **pour les ensevelissements, autorisant leurs tenues en présence de 30 personnes. Cette exception n'est justifiée par aucun motif concret et ne fait d'ailleurs l'objet d'aucune décision concrète,** mais d'une communication à travers les médias et sur le site officiel du Canton du Valais (https://www.vs.ch/web/coronavirus#ancree_mesures).

Cela étant, le Tribunal cantonal devait effectuer une **pondération entre les différents intérêts publics**, en adaptant ainsi les mesures au strict nécessaire. Ne le faisant pas dans notre affaire, il démontre ne pas avoir saisi le fait qu'il restreignait une liberté relevant d'un intérêt public, lui aussi prépondérant.

4.5. Violation concrète

En s'exonérant d'une analyse concrète des critères pratiques susmentionnés, le Tribunal cantonal a gravement violé le principe intangible de la proportionnalité.

5. Violation du principe de l'égalité de traitement

5.1. Introduction

Il est déterminant pour le Tribunal fédéral de considérer que le Conseil d'Etat a procédé à une analyse de la proportionnalité des mesures de restriction pour différents autres domaines d'activité. Ne le faisant pas dans le cadre de l'appréciation de la liberté de culte, l'autorité a démontré une violation claire du principe d'égalité de traitement (art. 8 Cst), discriminant les personnes se prévalant de la liberté de culte de celles se revendiquant d'autres libertés, dont celle de commerce. De plus, elle a mis en valeur le fait qu'elle n'appliquait pas le principe de la bonne foi auquel elle doit impérativement se soumettre (art. 9 Cst).

5.2. Rassemblements autorisés pour le Grand Conseil et la Constituante

Dans une décision du 24.10.2020, le Conseil d'Etat valaisan a accordé des dérogations pour les séances du Grand Conseil et de la Constituante. Il s'agit de rassemblements comportant plus de 10 personnes qui, selon l'appréciation du Conseil d'Etat, peuvent se dérouler sans mettre en danger la santé publique (pour autant évidemment que les diverses prescriptions de l'OFSP soient respectées).

Un refus d'aménager une dérogation pour des cultes constitue dès lors clairement une inégalité de traitement, en présence de deux situations comparables (assemblées gérées par une hiérarchie / personnes assises la plupart du temps et regardant dans la même direction / assemblées tenues dans des locaux vastes, etc.).

Il est encore intéressant de constater que le Conseil d'Etat parle ici d'un intérêt public prépondérant, alors même qu'il n'a jamais parlé d'intérêt public pour les cérémonies religieuses, malgré la motivation pourtant limpide de la demande d'exception déposée par les recourants (cf. pièces n°9 et 10).

5.3. Rassemblements autorisés pour les marchés

En date du 4 novembre 2020, le Conseil d'Etat rend une nouvelle décision, exclusivement motivée par la constatation selon laquelle les mesures prises le 21 octobre (*limitation à 10 personnes pour les manifestations*) ne suffisent pas pour endiguer la pandémie (cf. pièces n°11 et 12 – communiqué de presse). **Le Conseil d'Etat communique donc sur le fait qu'il doit procéder à la fermeture des restaurants. De manière parfaitement incompatible avec le principe de la bonne foi, le Conseil d'Etat « profite » de cette décision de restriction pour décider de la réouverture des marchés valaisans.**

En plus du fait que la décision ne comporte aucune motivation à ce sujet (*rien en effet ne permet de relever qu'il est possible d'alléger la règle interdisant le nombre de personnes pour les manifestations*), le Conseil d'Etat, par un tour de magie, incorpore les « *marchés pour lesquels la consommation sur place est interdite* » aux

« établissements de restauration », seuls établissements effectivement visés par cette décision !

De fait, le Conseil d'Etat accorde une exception à la limitation du nombre de personnes pour ce type précis de manifestation (*comme il l'a fait pour la Constituante notamment*) par le biais d'une décision qui ne concerne absolument pas les marchés, sans avoir ainsi à se justifier !

Depuis quand une autorité peut-elle soumettre un marché à la définition d'« établissement de restauration », d'autant plus quand ce dernier ne peut pas proposer de restauration ?

En date du 21 octobre (pièce n°6) le Conseil d'Etat n'englobait pas à la définition d'établissements publics les marchés. Ainsi, au chiffre 4 de son prononcé, bien logiquement, il n'appréhendait que les « locaux » aux établissements publics, conformant son analyse à la Loi valaisanne sur l'hébergement, la restauration et le commerce de détail de boissons alcoolisées (LHR) (RS-VS RS 935.3). Les exposants aux marchés valaisans ne sont d'ailleurs pas soumis à autorisation au sens de la LHR pour ouvrir un stand, même permanent, comme le décrit par ailleurs particulièrement bien le règlement du marché de la ville de Sion

(cf. <https://www.mvvsion.ch/documents/reglementmvvsion.pdf>).

A noter encore que, sur le site officiel du Valais, les marchés sont toujours classés sous l'onglet « manifestation »

(https://www.vs.ch/web/coronavirus#ancre_manifestations). Ce n'est que depuis la décision du 4 novembre qu'on en trouve une trace sous l'onglet « mesures / établissements publics » (https://www.vs.ch/web/coronavirus#ancre_mesures).

Se conformant au bon sens et au droit, les marchés avaient donc arrêté leurs activités, les reprenant aussitôt cette curieuse réadaptation aménagée par le Conseil d'Etat (cf. <https://www.lenouvelliste.ch/dossiers/coronavirus/articles/valais-les-marches-reinvestissent-les-coeurs-des-villes-1003292>).

Cette absurdité devait, à elle seule, entraîner la restitution de l'effet suspensif, démontrant aisément l'arbitraire de la décision !

En effet, pour quelle raison le Conseil d'Etat n'aurait-il pas pu faire entrer, sous la notion d'« établissement de restauration » les églises offrant des cérémonies publiques, la « consommation sur place » étant également interdite au sein de celles-ci !

5.4. Violation concrète de ces principes

Le Tribunal cantonal avait connaissance de ces faits concrets, ces derniers étant notoires et portés à sa connaissance par les recourants.

En n'appréciant pas ces violations présentées par les recourants, les juges cantonaux, en plus d'abuser de leur pouvoir d'appréciation, ont violé la liberté de culte ainsi que le droit à être traité de manière égale et de bonne foi.

6. Conclusion de notre motivation

Il s'ensuit que le refus de restituer l'effet suspensif constitue une restriction inadmissible à la liberté de culte des recourants. Cette décision ne respecte pas les principes de la proportionnalité, de l'égalité de traitement et de la bonne foi, le Tribunal cantonal ayant abusé de son pouvoir d'appréciation. La décision doit par conséquent être annulée et l'effet suspensif restitué. Subsidiairement, la cause doit être renvoyée au Tribunal cantonal pour qu'il procède à une nouvelle pesée intérêt, suivie d'une nouvelle décision.

Les recourants sont conscients du fait qu'il y a un intérêt public de santé publique à restreinte certains droits. Cela ne peut pas néanmoins entraîner, en droit suisse, la marginalisation totale de certains droits constitutionnels.

***** ****

IV. **CONCLUSIONS**

Plaise au Tribunal fédéral dire et prononcer :

1. Le recours est admis.
2. La décision du Tribunal cantonal du 6 novembre 2020 est annulée. L'effet suspensif du recours déposé sur le plan cantonal par les recourants contre la décision du Conseil d'Etat du 21 octobre 2020 est restitué.
3. Subsidiairement, la cause est renvoyée au Tribunal cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
4. Les frais de la procédure sont mis à la charge de l'Etat du Valais.
5. Une équitable indemnité est allouée aux recourants à titre de dépens.

Pour les recourants :

Marc-André MABILLARD, avocat

Floriane MABILLARD, avocat

En remplacement :

Marc-André MABILLARD, avocat

Annexes

Pièces selon bordereau

Edité en deux exemplaires pour notification

BORDEREAU DES PIÈCES DÉPOSÉES

Recours

Xavier Panchaud et csts <> Tribunal cantonal du Valais

- Pièce n°1 : Procuration .
- Pièce n°2 : Procuration .
- Pièce n°3 : Procuration .
- Pièce n°4 : Procuration .
- Pièce n°5 : Décision du Tribunal cantonal du 6 novembre 2020
- Pièce n°6 : Décision du Conseil d'Etat du 21 octobre 2020
- Pièce n°7 : Demande d'exception de la Constituante
- Pièce n°8 : Décision du Conseil d'Etat du 24 octobre 2020 (Constituante)
- Pièce n°9 : Demande d'exception des recourants
- Pièce n°10 : Décision du Conseil d'Etat du 30 octobre 2020 (exception des recourants)
- Pièce n°11 : Décision du Conseil d'Etat du 4 novembre 2020 (restaurants – marchés)
- Pièce n°12 : Communiqué de presse lié à la décision du 4 novembre
- Pièce n°13 : Reproduction de l'article topique du Code de Santé publique
- Pièce n°14 : Note d'alerte du Conseil scientifique COVID-19 du 22 septembre 2020 *in parte qua* (premières pages pour l'introduction et pages concernées par notre analyse)
- Pièce n°15 : Correspondance des recourants au TC-VS du 04.11.2020