

LE CONSEIL D'ÉTAT ET L'AVANT-PROJET DE LOI « PANDÉMIE » : EXPIATION DU PASSÉ OU BALISES POUR L'AVENIR ?

par

Mathias EL BERHOUMI

Cecilia RIZCALLAH

François BELLEFLAMME

Julian CLARENNE

Victor DAVIO

Roxane DELFORGE

Laure DE MAN

Laurie LOSSEAU

Célia NENNEN

François TULKENS

Marie UMBACH

et

Norman VANDER PUTTEN*

*Membres du Centre interdisciplinaire de recherches en droit constitutionnel
et administratif (CIRC) de l'Université Saint-Louis – Bruxelles,
à l'exception de Roxane Delforge, membre du Centre de recherches sur l'État
et la Constitution (CRECO) de l'UCLouvain.*

SOMMAIRE

<i>I. Le contexte de l'avis : les interventions successives du Conseil d'État dans le processus d'adoption d'une loi associant davantage les parlementaires</i>	635
<i>II. La répartition des compétences : une jurisprudence au service d'un objectif de cohérence qui recèle d'inévitables zones d'ombre</i>	641
A. Les compétences respectives de l'autorité fédérale, des communautés et des régions dans la lutte contre une situation d'urgence épidémique	642
B. Les principes d'articulation entre les compétences fédérales et fédérées dégagés par le Conseil d'État.....	644
1. L'empiètement d'une mesure sanitaire fédérale sur les compétences matérielles des entités fédérées	645
2. Le conflit entre des mesures sanitaires fédérales et fédérées.....	646
3. Le fondement de la primauté de l'intervention fédérale	648
4. Les angles morts qui subsistent.....	648

* Les auteurs et autrices remercient les deux anonymes qui, par leur relecture, ont permis de nombreux enrichissements de ce texte.

III. La délégation du pouvoir réglementaire au ministre de l'Intérieur : le passé est le passé	649
IV. La garantie de légitimité démocratique dans le cadre de la lutte contre la pandémie : le rôle du parlement en temps de crise.....	653
A. Le statut juridique de l'arrêté royal déclarant la situation d'urgence épidémique et sa confirmation parlementaire.....	653
B. L'exigence de consultation experte et son contrôle parlementaire.....	656
C. La condition de la légalité pour restreindre les libertés.....	657
D. L'évaluation de la loi à l'épreuve de l'autonomie parlementaire.....	659
V. L'interdiction de suspension de la Constitution et la difficile définition du régime de protection le plus favorable des droits fondamentaux.....	660
VI. Restreindre les droits fondamentaux pour les protéger : le délicat paradoxe des mesures de lutte contre la crise sanitaire.....	662
A. Le droit à la protection de la santé en réponse à une crise sanitaire et l'impact sur les autres droits fondamentaux : un difficile équilibre à trouver ?.....	663
1. Le droit à la protection de la santé et à la vie : quelles obligations positives ?.....	663
2. Une situation de conflit de droits et de tension entre obligations positives et négatives.....	665
B. Le respect du principe de proportionnalité : un « laissez-passer » loin d'être un « blanc-seing ».....	666
C. Les principes de précaution et de proportionnalité : à la recherche d'un équilibre.....	669
D. L'interdiction des mesures préventives de restriction à certains droits subsiste-t-elle dans le contexte sanitaire ?.....	670
VII. Comment la police vous conduit à la Santé : la consécration d'une police administrative spéciale en matière sanitaire et le refoulement de la police générale.....	671
VIII. La contribution de la section de législation à la résolution (juridique) de la crise	675
A. Gérer la cohérence de la jurisprudence.....	675
B. Aider à des solutions (au besoin créatives).....	676

1. L'assemblée générale du Conseil d'État a rendu, le 7 avril 2021, un avis particulièrement fouillé sur un avant-projet de loi relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique¹. L'intérêt de cet avis dépasse largement l'analyse du texte surnommé « loi pandémie » : il apporte une précieuse pierre à l'édifice d'un droit public belge de la crise, en construction depuis les premières heures de la pandémie de Covid-19. Survenant plus d'un

an après l'arrivée de celle-ci dans nos contrées, et rendu dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours, l'avis bénéficie du recul dont n'ont pas pu profiter les autorités politiques et juridictionnelles confrontées aux urgences des deux premières vagues de la pandémie. Cet avis a trait à trois facettes du droit public que sont le droit institutionnel, tant dans le volet qui s'intéresse aux règles régissant le Parlement et le pouvoir exécutif que dans celui qui se rapporte aux règles répartitrices des compétences dans la Fédération, le droit

¹ Avis n° 68.936/AG donné le 7 avril 2021, ci-après « avis commenté ».

des droits fondamentaux et le droit administratif. Non seulement l'avis contient des points d'innovation concernant chacune de ces trois branches, mais il présente aussi l'originalité de recourir à des raisonnements et à des notions qui dépassent les frontières (sous-)disciplinaires internes au droit public. Dès lors, pour proposer un commentaire à la hauteur de cet avis, a été mise en place une équipe aux spécialités complémentaires.

Après avoir situé l'avis dans le parcours d'adoption de la « loi pandémie » et du dialogue entre le Conseil d'État et le pouvoir législatif qui s'y est noué (I), le commentaire cherchera à suivre l'ordre d'examen des différentes problématiques abordées dans l'avis qui renvoient chacune à des mises à l'épreuve du cadre constitutionnel, à commencer par celle de la répartition des compétences entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions (II), puis celle des rapports entre différents organes de l'État, d'une part, le Roi et le ministre de l'Intérieur (III) et, d'autre part, le pouvoir exécutif et le Parlement (IV). Ensuite, l'enjeu des obligations déduites des droits fondamentaux sera abordé, dans un premier temps, sous l'angle de la prohibition de la suspension de la Constitution (V), dans un second temps, à la faveur d'un examen du régime général de limitation de ces droits (VI). Par après seront présentées les polices administratives mises en œuvre en situation pandémique et la manière dont leur concours est organisé (VII). Enfin, nous proposerons quelques réflexions sur le rôle joué par le Conseil d'État pour résoudre la crise juridique qui s'est superposée à la crise sanitaire (VIII).

I. LE CONTEXTE DE L'AVIS : LES INTERVENTIONS SUCCESSIVES DU CONSEIL D'ÉTAT DANS LE PROCESSUS D'ADOPTION D'UNE LOI ASSOCIANT DAVANTAGE LES PARLEMENTAIRES

2. Le projet d'élaborer une loi pandémie s'inscrit en réaction aux nombreux griefs émis moins sur la nécessité des mesures sanitaires, que sur leur respect de l'État de droit et du cadre démocratique². La critique la plus récurrente ciblait les

² Voy. not. la carte blanche publiée par vingt-cinq constitutionnalistes francophones et néerlandophones : *De Standaard*, « Haal het parlement uit quarantaine en maak een coronawet », 2 novembre 2020 ; *Le Soir*, « Sortez le parlementaire de la quarantaine ! », 2 novembre 2020. Voy. ég. N. THIRION, « La gestion juridique de la crise sanitaire en Belgique. De l'État de droit à l'état d'exception ? », *R.D.C./T.D.H.*, 2020, n° 10, p. 1302 ; X. MINY, « Au nom de l'État de droit », *A.P.T.*, 2020, n° 3, pp. 637 et s. ; P. POPE-

manquements à l'exigence de légalité formelle qui conditionne la validité des restrictions aux droits fondamentaux. L'établissement du confinement, du couvre-feu et des autres mesures visant à contrer la propagation du Covid-19 n'était, en effet, pas le produit d'une « assemblée délibérante démocratiquement élue ». Au-delà du problème d'ordre juridique, cette situation a pu être jugée problématique du point de vue de la légitimité des mesures et de leur capacité à susciter l'adhésion des citoyens. C'est surtout à partir de la deuxième vague que la tolérance initiale – en mars 2020, le Gouvernement affronte l'urgence absolue de lutter contre un virus encore peu connu, mais particulièrement menaçant, avec les moyens disponibles dans le commerce juridique et cet état de nécessité peut se comprendre – s'est estompée.

À ces objections s'est ajoutée la crainte d'une insécurité juridique face au spectre d'une jurisprudence divisée qui commençait à poindre³, bien que la section du contentieux administratif du Conseil d'État ait pour sa part fait preuve de constance en rejetant les nombreuses demandes en suspension des arrêtés ministériels⁴.

Quelques semaines après la mise sur pied du Gouvernement De Croo, la demande d'élaboration d'un cadre juridique plus solide a progressivement fait son apparition de députés tant parlementaires, sous l'impulsion de députés tant de la majorité que de l'opposition⁵. C'est en réponse à une question écrite que le Premier ministre annonce, pour la première fois en date du 18 décembre 2020,

LIER, « Crisisbeheer per ministerieel besluit », *T.v.W.*, 2020/4, pp. 282 et s. ; G. NINANE, « La pandémie de Covid-19 et le pouvoir de police administrative de l'état d'urgence du ministre de l'Intérieur », note sous C.E., 28 octobre 2020, n° 248.781, *J.L.M.B.*, 2021, n° 1, pp. 17 et s.

³ Citons not. les jugements du tribunal de police de Charleroi (21 septembre 2020) et du tribunal de première instance de Bruxelles (28 octobre 2020), invalidant les amendes prononcées sur le fondement des arrêtés ministériels. P. BOUVIER reprend les décisions juridictionnelles en sens divers (rapport belge présenté pour le colloque *L'État de droit et la crise sanitaire* organisé le 17 juin 2021 par la société de législation comparée, https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/questionnaire_belgique-31.05.21.doc-2.pdf, pp. 45 et s. ; ainsi que l'article « Avatars juridiques d'une crise sanitaire », *A.P.*, 2021, n° 2).

⁴ Not. C.E., 30 octobre 2020, arrêt n° 248.818, *nv Umami* ; C.E., 30 octobre 2020, arrêt 248.819, *Verelst* ; C.E. 13 novembre 2020, arrêt n° 248.918, *SRL Mainego* ; C.E., 31 décembre 2020, n° 249.400, *Ligue des droits humains*, e.a. Voy. ég. le rapport de P. BOUVIER cité à la note précédente ; B. MEEUSEN, « De terughoudendheid van de Raad van State bij de beoordeling van maatregelen genomen in het kader van de coronacrisis », *C.D.P.K.*, 2020, pp. 33 et s. Depuis lors, la Cour de cassation a également jugé, de son côté, que l'article 182 de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile constituait un fondement acceptable et suffisant pour l'adoption de l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19 (Cass., 28 septembre 2021, P. 21.1129.N/1).

⁵ Voy. la question de Claire Hugon (Ecolo-Groen) à Annelies Verlinden sur la solidité juridique des arrêtés relatifs aux mesures contre la propagation du coronavirus, 2020-2021, 10 novembre 2021, CRIV 55 COM 300, 01.06, pp. 5-6 ; ou celle de Yngvild Ingels (N-VA) à Alexander De Croo sur les mesures de lutte contre le coronavirus (*Annales*, Ch., 2020-2021, 19 novembre 2020, CRIV 55 PLEN 71, pp. 3-4).

qu'un projet de loi pandémie se trouve dans les cartons gouvernementaux⁶.

3. Par une lettre du Premier ministre adressée à la Présidente de la Chambre le 4 février 2021, le Gouvernement fit connaître sa volonté d'associer étroitement cette dernière à l'élaboration de la loi pandémie⁷. La « main tendue » au Parlement consistait à lui soumettre le texte à un stade précoce de la procédure législative. Alors qu'un projet de loi n'est habituellement discuté à la Chambre qu'après l'avis du Conseil d'État et, au moins, deux lectures au sein du Conseil des ministres, il s'agissait de prévoir une première discussion parlementaire sur le texte au stade de l'avant-projet. Ainsi le Gouvernement se donnait-il l'opportunité de nourrir son texte des observations et propositions des parlementaires avant même le dépôt formel du projet de loi à la Chambre. Rare, le procédé n'est pas inédit pour autant. L'on trouve notamment trace d'un précédent lors des débats parlementaires de 1998 sur le dossier des nominations et promotions objectives dans la magistrature⁸.

Malgré la perspective annoncée, le Gouvernement continua à être soumis à une forte pression émanant de plusieurs fronts. Du côté politique, les critiques de l'opposition quant à la légalité des mesures furent doublées d'un appel de la Présidente de la Chambre à accélérer l'organisation d'un débat parlementaire sur la pandémie⁹. Du côté de la société civile, les reproches et inquiétudes s'exprimèrent chez les avocats¹⁰, tandis que la Ligue des droits humains et son homologue néerlandophone annoncèrent, le 22 février 2021, l'introduction d'une action en référé devant le Tribunal de première instance de Bruxelles contre l'arrêté ministériel contenant les mesures sanitaires.

4. Le 26 février, l'avant-projet de loi relatif aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique fut distribué aux

députés fédéraux. Pendant près d'un mois, la commission de l'Intérieur procéda à une série d'auditions d'experts et de représentants de la société civile, et sollicita un nombre colossal d'avis écrits¹¹. Si la commission était maîtresse de ses travaux dans l'organisation d'auditions et l'analyse de l'avant-projet de loi, ses membres n'étaient pas compétents pour déposer des amendements en tant que tels¹². Cette séquence délibérative singulière fut clôturée le 31 mars par un échange de vues en plénière¹³, dans la foulée d'une annonce retentissante émanant tout droit du Tribunal de première instance de Bruxelles : la condamnation de l'État belge à mettre fin, dans les trente jours calendriers à dater de la signification de la décision sous peine d'astreintes, à la situation d'illégalité apparente découlant des mesures restrictives des libertés et des droits fondamentaux contenues dans l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020¹⁴. Le Gouvernement interjeta appel.

5. L'avant-projet de loi fut parallèlement envoyé à la section de législation du Conseil d'État. Les premiers débats parlementaires eurent donc lieu concomitamment à la rédaction de l'avis qui est ici commenté. Il fut d'ailleurs précisé dans les premières lignes de ce dernier que le projet de texte devrait à nouveau être soumis au Conseil d'État « au cas où cet avant-projet serait modifié pour prendre en compte des observations issues de ce débat parlementaire qui ne seraient pas recoupées par les observations contenues dans le présent avis »¹⁵. Un avertissement identique fut formulé à propos de modifications qui auraient été apportées en suite des autres avis sollicités, notamment auprès de l'Autorité de protection des données, du Conseil supérieur de la Justice, de l'Institut fédéral de protection et de promotion des droits humains, du Conseil national du Travail ou du Conseil central de l'économie. Le Conseil d'État a opté pour ces formules que l'on retrouve dans

⁶ QRVA 55 032, 2020-2021, p. 199. Le Gouvernement, par la voie de la ministre de l'Intérieur, s'était jusqu'alors montré réticent à adapter le cadre législatif, jugeant suffisant le fondement juridique des mesures.

⁷ *Annales*, Ch., 11 février 2021, 2020-2021, CRIV 55 PLEN 087, pp. 5-6. Quelques semaines plus tôt, la ministre de l'Intérieur ne semblait pas envisager de sortir des procédures législatives habituelles (*Annales*, Ch., 21 janvier 2021, 2020-2021, CRIV 55 PLEN 084, p. 29).

⁸ H. MUSSELY et P.D.G. CABOOR, « De bespreking van het voorontwerp van de pandemiewet in de Kamer: kroniek van een experiment van democratische vernieuwing », *T.v.W.*, 2021/2, p. 159.

⁹ D. COPPI, « Éliane Tillieux, présidente de la Chambre : "je veux un débat au Parlement sur la pandémie avant Pâques" », *Le Soir*, 22 février 2021.

¹⁰ Voy. également la carte blanche de l'Ordre des barreaux francophones et germanophones, l'Ordre des barreaux néerlandophones et l'Ordre des avocats à la Cour de cassations : « Moet ook de rechtsstaat straks aan de beademing? », *De Standaard* ; « L'État de droit bientôt sous respirateur ? », *Le Soir*, 10 février 2021.

¹¹ *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1897/001. Le jeune Institut fédéral pour la protection et la promotion des droits humains a quant à lui rendu spontanément son premier avis.

¹² Hannelore Mussely et Pieter Caboor relèvent d'ailleurs que la discussion de l'avant-projet n'a pas été séquentiée en une discussion générale suivie d'une discussion article par article. Il n'a par ailleurs pas été procédé à l'adoption de propositions de modification sous la forme de recommandations, comme cela avait été suggéré par certains députés (H. MUSSELY et P.D.G. CABOOR, « De bespreking van het voorontwerp van de pandemiewet in de Kamer: kroniek van een experiment van democratische vernieuwing », *op. cit.*, pp. 161-162).

¹³ *Annales*, Ch., 2020-2021, CRIV 55 PLEN 095, 31 mars 2021.

¹⁴ Ordonnance du 31 mars 2021 (n° de rôle 2021/14/C). Notons aussi qu'à travers deux jugements du 18 mars 2021, le tribunal de police de Charleroi a posé des questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle (n° de rôle 7544) concernant les articles 182 et 187 de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile.

¹⁵ Point 2 de l'avis commenté.

plusieurs de ses avis, et non pour une autre, qui apparaît aussi dans sa jurisprudence, mais plus rarement, consistant à considérer prématurée, et dès lors irrecevable, une demande d'avis à propos d'un avant-projet dont la notification de la délibération du Gouvernement l'approuvant identifie une série de thématiques à débattre lors de la dernière lecture. En l'occurrence, le Conseil d'État considérait que « le texte soumis pour avis à la section de législation se trouve toujours dans un processus d'analyse et de réflexion et qu'il ne peut être tenu pour définitif. Pour que la section de législation puisse accomplir correctement sa mission, il y a lieu de lui soumettre des projets de textes définitifs pour éviter qu'elle n'examine inutilement un avant-projet qui fera l'objet de modifications ultérieures et qu'il ne doive lui être soumis à nouveau pour avis »¹⁶.

6. L'avis commenté a été rendu le 7 avril, et rendu public sur le site internet du Conseil d'État dès le 15 avril, soit avant le dépôt du texte au Parlement¹⁷. Dès réception de l'avis, la ministre de l'Intérieur convoqua une série d'intercabinets, lors desquels était également invité un parlementaire de chaque parti de la majorité. Si les changements apportés au texte visaient essentiellement à répondre aux avis du Conseil d'État et de l'Autorité de protection des données – évolutions qui seront mises en exergue dans les autres sections de la présente contribution –, certaines modifications peuvent toutefois être imputées – à tout le moins en partie – à des suggestions émises lors des débats parlementaires : tel est par exemple le cas du délai endéans lequel le Parlement est invité à confirmer l'arrêté royal déclarant la situation d'urgence épidémique, finalement fixé à 15 jours alors que l'un des experts auditionnés devant la Chambre avait qualifié de « grotesque » le délai de 2 jours initialement prévu¹⁸. Notons également l'ajout d'une référence à la nécessité d'une plus grande multidisciplinarité parmi les experts (en matière de droits fondamentaux, d'économie ou de santé mentale notamment) associés aux organes de gestion de crise. D'autres modifications suggérées dès la première phase de la procédure parlementaire n'ont pas immédiatement trouvé leur place dans le texte, mais sont revenues plus tard sous la forme d'amendements de la majorité. C'est le cas

de l'effacement automatique des condamnations « Covid » du casier judiciaire après un délai de trois ans¹⁹.

7. Alors que le débat sur la loi pandémie battait son plein, le Gouvernement sollicita, en date du 16 avril et pour la première fois depuis le début de la pandémie, l'avis du Conseil d'État sur un projet d'arrêté²⁰. Pour les précédents arrêtés ministériels, l'urgence fut systématiquement invoquée pour éviter le passage par le Conseil d'État comme le permet l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Si la demande de consultation du 16 avril résonnait comme une réponse aux critiques exprimées jusqu'alors, la non-consultation répétée du Conseil d'État étant logée aux rangs des accrocs à l'État de droit durant la pandémie, elle n'en laisse pas moins songeur, et ce à deux égards. D'une part, la saisine de la section de législation ne portait que sur les modifications envisagées d'un arrêté ministériel en vigueur depuis plusieurs mois et déjà maintes fois modifié. D'éventuelles irrégularités déjà présentes dans le texte initial ou ses premières modifications ne pouvaient dès lors pas être relevées par le Conseil d'État. D'autre part, sur les huit arrêtés ministériels pris depuis avril 2021, seuls trois ont donné lieu à une demande d'avis du Conseil d'État²¹. S'il s'agissait de se donner une « bonne pratique », n'était-il pas davantage cohérent de l'appliquer de manière systématique ? Notons que les arrêtés royaux pris à ce jour sur la base de la « loi pandémie » n'ont pas davantage été soumis au Conseil d'État²². Cette loi n'a donc pas amorcé une inflexion sur ce plan, malgré des suggestions en ce sens formulées dans les auditions parlementaires²³.

Une autre « bonne pratique » développée durant cette période a été la tenue, le 29 mars, d'un échange de vues en commission de l'Intérieur sur un nouvel arrêté ministériel, à l'initiative de la ministre Verlinden²⁴. Mais là encore, il convient

¹⁹ Voy. l'amendement n° 37, *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1951/004.

²⁰ Voy. l'avis n° 69.253/AG donné le 23 avril 2021.

²¹ Voy., outre l'avis précité, les avis n° 69.305/AG donné le 6 mai 2021 et n° 69.444/AG donné le 31 mai 2021.

²² Arrêté royal du 28 octobre 2021 portant les mesures de police administrative nécessaires en vue de prévenir ou de limiter les conséquences pour la santé publique de la situation d'urgence épidémique déclarée concernant la pandémie de coronavirus COVID-19 ; ainsi que les arrêtés modificatifs pris en 2021, le 19 novembre, le 27 novembre, le 4 décembre, le 23 décembre et le 29 décembre.

²³ Voy. not. les suggestions formulées par Céline Romainville (*Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1897/001, p. 296).

²⁴ Échange de vues concernant l'arrêté ministériel du 26 mars 2021 modifiant l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19, rapport, *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1940/001.

¹⁶ Avis n° 70.136/2 donné le 29 septembre 2021, p. 4.

¹⁷ L'article 5/2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État prévoit pourtant que la publication de l'avis rendu sur un avant-projet de loi n'intervient qu'au dépôt du projet qui en résulte.

¹⁸ Propos du constitutionnaliste Marc Verdussen, *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1897/001, p. 44.

de dresser de l'expérience un bilan en demi-teinte, dès lors qu'elle est restée un *unicum* dans la série d'arrêtés ministériels adoptés durant la crise. Qui plus est, l'échange de vues avait eu lieu en aval de l'adoption des nouvelles mesures discutées, réduisant dès lors quelque peu l'intérêt du débat.

8. Le 28 avril, dès le lendemain du dépôt du projet de loi à la Chambre, la commission décida d'entamer directement la discussion générale sur le texte, contre le souhait des groupes d'opposition qui se plaignaient d'avoir reçu tardivement le texte officiel du projet²⁵. Cette première passe d'armes augura un bras de fer procédural et temporel de près de trois mois entre la majorité et l'opposition.

L'un des points de discorde s'est rapidement fixé autour de la question de savoir si le projet de loi tel que modifié devait une nouvelle fois être soumis au Conseil d'État²⁶. Dans un exercice d'équilibriste, la ministre affirma que le texte à l'examen avait bénéficié de l'apport des différents experts et organismes consultés, tout en prétendant que les modifications apportées à l'avant-projet découlaient toutes des observations du Conseil d'État²⁷. Elle récusait toute contradiction dans ses propos, quitte à jeter le flou sur l'utilité des auditions, en répliquant qu'il était parfaitement possible d'apporter des modifications inspirées des remarques formulées par les experts sans sortir du cadre fixé par l'avis du Conseil d'État²⁸. Refusant de saisir une nouvelle fois le Conseil d'État sur le projet de loi, la majorité rejeta également la plupart des demandes d'avis supplémentaires²⁹. Le 3 mai, la commission procéda au vote des articles, et rejeta systématiquement les amendements de l'opposition.

9. Sans surprise, la procédure parlementaire lancée à vive allure connut toutefois un important ralentissement, sous l'effet d'une seconde lecture obtenue, conformément à l'article 83 du Règlement de la Chambre, à la simple demande d'un membre de la commission. La commission procéda ainsi,

le 17 mai, à un nouvel examen de l'ensemble du texte. Après avoir été amendé pour répondre aux observations d'une note de légistique du Service des Affaires juridiques de la Chambre, le projet fut soumis au vote des membres de la commission pour être adopté majorité contre opposition³⁰.

Inscrit à l'ordre du jour de la plénière dès le 20 mai, le projet ne fut pas débattu³¹. La procédure parlementaire fut encore allongée, cette fois à la suite d'une demande de saisine de la section de législation du Conseil d'État formulée par au moins cinquante députés³². Si, en pareille circonstance, la présidence d'une assemblée est tenue d'envoyer le texte concerné au Conseil d'État, il lui revient d'en fixer les délais, parmi ceux prévus par l'article 84 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. En l'occurrence, la voie expresse fut privilégiée. Il est par ailleurs intéressant de constater que la demande d'avis ne porta pas sur les modifications apportées à son avant-projet par le Gouvernement lors du dépôt du projet de loi, mais uniquement sur cinq amendements émanant de l'opposition³³ et les modifications apportées par la commission de l'Intérieur. Excluant de son examen les changements apportés au texte entre les deux lectures du Conseil des ministres, la section de législation du Conseil d'État rappela, dans l'avis qu'elle remit le 3 juin, sa jurisprudence constante selon laquelle elle ne se prononce pas sur les textes « qui n'ont été élaborés que pour donner suite à un avis préalable de celle-ci »³⁴.

Dès la plénière suivante, le 10 juin, l'exclusion du spectre de l'analyse du Conseil d'État des modifications faites entre le stade de l'avant-projet et celui du projet fut l'un des motifs avancés par l'opposition, malgré le rappel de cette « jurisprudence constante », pour que le Conseil d'État soit à nouveau saisi sur des amendements³⁵. Entre-temps, la pression était retombée d'un cran : la Cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 7 juin, avait réformé l'ordonnance précitée du 31 mars³⁶.

Un nouvel avis du Conseil d'État est rendu le 23 juin³⁷, et une nouvelle demande d'avis sur des

²⁵ *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1951/005, p. 5.

²⁶ Sur le sujet, voy. le commentaire de Philippe Bouvier : « cette fois, le projet n'est plus un ballon d'essai et que le prescrit légal imposait à l'auteur du projet de le faire à nouveau transiter par le Conseil d'État, avant qu'il ne prenne le chemin du Parlement. Cette formalité légale n'a pas été respectée. Elle s'imposait pourtant car c'est elle seule qui permet au Conseil d'État d'émettre un avis sur un projet entièrement finalisé. Il y a bel et bien eu, ici, une entorse à la légalité » (« Avatars juridiques d'une crise sanitaire », *op. cit.*, p. 196).

²⁷ *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1951/005, p. 7.

²⁸ *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1951/005, p. 41.

²⁹ Avait ainsi été sollicités, lors de la réunion de commission du 3 mai 2021, l'avis écrit des entités fédérées sur l'article 4 du projet de loi ainsi que l'avis de la commission Justice sur l'article 6 du projet de loi. Les deux demandes furent rejetées par la majorité (*Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 1951/005, p. 5).

³⁰ *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1951/008.

³¹ *Annales*, Ch., 2020-2021, 20 mai 2021, CRIV 55 PLEN 105, pp. 27-31.

³² Conformément à l'article 2, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et à l'article 98, § 3, alinéa 2, du Règlement de la Chambre.

³³ *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1951/010.

³⁴ C.E., avis n° 69.435/AG donné le 3 juin 2021, p. 5.

³⁵ *Annales*, Ch., 2020-2021, 10 juin 2021, CRIV 55 PLEN 109, pp. 28-36.

³⁶ Voy. à ce sujet, A. JOUSTEN et X. MINY, « La légalité des mesures visant à freiner la propagation du coronavirus devant la Cour d'appel de Bruxelles : suite et fin des controverses ? », *A.P.*, 2021, pp. 343-347.

³⁷ C.E., avis n° 69.598/AG donné le 23 juin 2021.

amendements est introduite lors de la plénière du 30 juin³⁸, ce qui donnera lieu à un quatrième avis, en date du 7 juillet³⁹. Une demande d'avis supplémentaire aurait hypothéqué les chances que le projet soit adopté avant la fête nationale qui traditionnellement marque la suspension des activités parlementaires. Il n'en fut rien : les différents groupes d'opposition se sont finalement rangés derrière la décision – numériquement déterminante – de la N-VA de ne plus solliciter l'avis du Conseil d'État⁴⁰. Le projet fut finalement adopté lors de la séance plénière du 15 juillet.

10. Cette séquence parlementaire, et le rôle que les avis du Conseil d'État y ont joué, nous inspire cinq commentaires.

Premier commentaire : nous avons vu que, dans la foulée de l'avis n° 68.936/AG, le Conseil d'État n'a pas été saisi des modifications apportées au projet avant son dépôt sur le bureau de la Chambre. Selon le Gouvernement, il ne lui incombait pas de solliciter une nouvelle fois l'avis du Conseil d'État, dès lors que les adaptations apportées au texte visaient exclusivement à donner suite au premier avis. Si le Gouvernement était à ce stade maître de sa décision, le Conseil d'État n'aurait-il pas dû contrôler la validité de cette conclusion pour le moins discutable – l'ajout d'une disposition relative à la réquisition de personnes et de choses peut difficilement être considéré comme donnant suite à l'avis, alors que celui-ci n'y faisait pas écho⁴¹ – lorsqu'il fut à nouveau saisi du texte ? Il ressort en tout cas de plusieurs avis antérieurs que, lorsqu'il est saisi par la présidence d'une assemblée ou par un ministre, d'un projet de loi qui a déjà fait l'objet d'un avis, le Conseil d'État fait lui-même le travail – certes

pas toujours sans broncher⁴² – consistant à identifier les dispositions entièrement nouvelles dont le contenu est indépendant des observations ou suggestions formulées dans le premier avis⁴³.

En se limitant à l'examen des modifications et amendements expressément identifiés par la Présidente de la Chambre dans ses demandes d'avis, le Conseil d'État fait en réalité le jeu de la majorité, puisqu'il permet au Gouvernement de soustraire à son examen toute nouvelle disposition insérée consécutivement au premier avis du Conseil d'État. L'opposition est elle-même privée de toute possibilité de saisir le Conseil d'État sur ces variations intervenant en amont du dépôt du projet de loi, puisque son pouvoir de contraindre la saisine du Conseil d'État ne vaut qu'à l'égard des seuls amendements, et non du projet en lui-même⁴⁴.

Notre deuxième commentaire concerne l'originalité de la procédure parlementaire. L'implication de la Chambre des représentants à l'élaboration de la loi pandémie dès le stade de l'avant-projet fut initialement perçue comme une opportunité louable de redorer le blason du Parlement dans le processus législatif. Dépourvue de toute objection sur le plan juridique, la démarche devait faire en sorte que la délibération parlementaire puisse avoir une réelle influence sur l'évolution du texte à l'examen, dès lors que l'idée était de soumettre « une pièce à casser » aux députés⁴⁵. Les suites qui ont été données aux travaux ont toutefois jeté le trouble sur le caractère recommandable de l'initiative. L'ambiguïté du Gouvernement autour de la prise en considération des remarques et suggestions des élus dans le projet de loi – aux fins stratégiques d'éviter un nouveau passage par le

³⁸ *Annales*, Ch., 2020-2021, 30 juin 2021, CRIV 55 PLEN 115, pp. 2-10. On notera que si les précédentes demandes d'avis avaient bénéficié du soutien de l'ensemble des groupes de l'opposition, DÉFI, tout en rappelant son rejet du projet, ne se rallia pas à cette demande d'avis.

³⁹ Avis n° 69.773/AG donné le 7 juillet 2021.

⁴⁰ Cette décision fut justifiée comme suit par le chef de groupe N-VA, Peter De Roover : « Wij doen dat niet meer, omdat ik de lijn blijf volgen die ik twee weken geleden getrokken heb, namelijk dat wij dit niet als een plat verdragingsmanoeuvre willen gebruiken. De oppositie speelt, mijns inziens, dus haar rol op een correcte manier. Want wij hadden natuurlijk de mogelijkheid om met een of ander gefingeerd amendement toch nog de Raad van State in te schakelen en de zaak over de zomer te tillen, mevrouw de minister. Dat was dan misschien wel een kleine politieke-politicienne overwinning geweest, maar dat interesseert mij, zeker voor dergelijke belangrijke wetgeving, eigenlijk absoluut minder » (*Annales*, Ch., 14 juillet 2021, 2020-2021, CRIV 55 PLEN 118, p. 4).

⁴¹ Voy. l'article 5, § 3, du projet de loi, dont le Gouvernement justifie l'ajout comme suit : « Étant donné que, comme remarqué par la section de législation du Conseil d'État dans son avis n° 68.936/ AG, la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile ne pourra plus être appliquée dans les situations d'urgence épidémique, la possibilité de procéder à la réquisition des choses et des personnes nécessaires [...] a également été insérée dans la présente loi » (*Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 1951/001, p. 26).

⁴² Saisi d'un projet de décret de la Communauté française définissant la formation initiale des enseignants qu'il avait déjà examiné au stade de l'avant-projet, le Conseil d'État s'était plaint du fait que l'auteur du projet n'ait pas lui-même identifié les modifications apportées par rapport à l'avant-projet, et indiqué en quoi elles répondaient aux observations formulées dans le premier avis (C.E., avis n° 65.086/2 donné le 18 janvier 2019).

⁴³ Voy. not., outre l'avis précité à la note précédente, C.E., avis n° 37.615/2/V donné le 25 août 2004 ; C.E., avis n° 43.223/4 donné le 20 juin 2007 ; C.E., avis n° 48.927/2 donné le 13 décembre 2010 ; C.E., avis n° 61.010/2 donné le 16 mars 2017.

⁴⁴ Article 2, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Le président d'assemblée peut, en revanche, saisir d'initiative le Conseil d'État sur un projet déposé par le Gouvernement, une telle demande n'étant recevable que si le Gouvernement, en méconnaissance de l'article 3, § 1^{er}, des lois coordonnées, a déposé un projet contenant des dispositions à propos desquelles le Conseil d'État n'a pas épuisé sa compétence (voy. C.E., avis n° 65.086/2 donné le 18 janvier 2019, p. 4).

⁴⁵ Patricia Popelier a regretté que le texte déposé sur le bureau de la Chambre soit déjà un projet bien charpenté et détaillé – contrairement à ce qui avait valu dans le cadre du précédent de 1998 –, laissant finalement assez peu de marge de manœuvre aux députés (P. POPELIER, « Vijf na twaalf en prematuur. De Pandemiewet in het licht van het voorbije en toekomstige crisisbeheer », *R.W.*, n° 11, 2021, p. 434).

Conseil d'État –, couplée à la marginalisation de l'opposition dans la suite du processus – mise à l'écart des discussions informelles et ignorée dans ses revendications – ont contribué à entacher le succès du procédé. Et ce d'autant plus que la pression temporelle exercée sur la procédure législative conduit à priver celle-ci d'une partie de ses vertus⁴⁶. Au point même d'accentuer, paradoxalement, le dualisme entre majorité et opposition...

L'obstruction parlementaire est l'objet de notre troisième commentaire. À plusieurs reprises au cours de la procédure parlementaire, les députés de l'opposition ont été accusés ou se sont défendus de faire de la « flibuste ». Il est vrai que la seconde lecture comme la saisine de la section de législation sont des techniques classiques de ralentissement du processus législatif⁴⁷. Leur usage n'en est pas pour autant dépourvu de toute légitimité. En l'espèce, le parcours parlementaire de la loi pandémie illustre l'une des fonctions que peut jouer le recours à ces techniques : exprimer une opposition de forme et de fond⁴⁸. Les délais serrés d'examen du texte, l'absence de consultation du Conseil d'État sur les dispositions nouvelles et le rejet systématique des amendements déposés par des députés de l'opposition ont amené à une confrontation avec le Gouvernement, alors que le souhait d'encadrer la gestion de crise par une loi pandémie avait été exprimé dans les rangs tant de l'opposition que de la majorité, et que l'intention initiale était que la procédure d'élaboration de cette loi transcende cette dualité. Dans ce contexte, le ralentissement de la machine parlementaire constituait un moyen pour l'opposition de marquer son désaccord non seulement sur le contenu de la loi, mais aussi sur les conditions du débat. La séquence parlementaire commentée ne manque toutefois pas d'interroger sur le caractère potentiellement illimité des demandes d'avis du Conseil d'État sur les amendements. En effet, la loi pandémie constitue déjà le deuxième texte à avoir fait l'objet de quatre avis du Conseil d'État au cours des deux premières années de la présente législature⁴⁹.

Ceci nous amène à un quatrième commentaire. S'il y a des raisons parfaitement légitimes de

recourir à des techniques d'obstruction parlementaire, on doit cependant souligner que le processus d'adoption de la loi pandémie donne du grain à moudre à la thèse selon laquelle une gestion de crise incombe d'abord au pouvoir exécutif. Autant un Parlement peut adopter un texte de façon accélérée, voire expéditive⁵⁰, autant ses membres, y compris la minorité, disposent des moyens permettant d'entraver le vote d'une loi. Restreindre ces moyens risquerait de nuire à la qualité du travail parlementaire dans son ensemble, rien ne permettant de distinguer de manière objective la mauvaise obstruction de la bonne délibération. Or, dans un contexte de croissance exponentielle de personnes contaminées, tout contretemps peut avoir des conséquences dramatiques, si bien que les épisodes parlementaires que nous avons relatés démontrent paradoxalement les risques de soumettre l'adoption de toute mesure sanitaire à l'assemblée délibérante démocratiquement élue. Cette observation se trouve confortée par deux épisodes survenus ultérieurement, à savoir, d'une part, l'impossibilité d'assurer la mise en œuvre de l'élargissement du *Covid Safe Ticket* sur le territoire bruxellois au 1^{er} octobre 2021 comme initialement annoncé, mais uniquement au 15 octobre, en raison des délais d'examen du texte ordonnancier par le Conseil d'État et le Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale et, d'autre part, la seconde lecture sollicitée sur la proposition de loi portant confirmation de l'arrêté royal du 28 octobre 2021 portant déclaration d'urgence épidémique⁵¹ qui, si elle n'avait pas été déclarée irrecevable⁵², aurait compliqué la confirmation dans les délais prévus par la loi pandémie.

Un cinquième et dernier commentaire porte sur l'entrée en vigueur de la loi. Son article 16 a prévu qu'elle devait être déterminée par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres « et au plus tard le trente-et-unième jour ouvrable à compter du premier jour ouvrable qui suit la publication de la présente loi ». Cette règle particulière faisait suite à la remarque de la section de législation selon laquelle une fois la loi en vigueur, les bases juridiques mobilisées jusqu'alors devenaient inapplicables aux situations d'urgence épidémique⁵³.

⁴⁶ Voy. sur ce point P. POPELIER, « Vijf na twaalf en prematuur. De Pandemiewet in het licht van het voorbije en toekomstige crisisbeheer », *op. cit.*

⁴⁷ Voy. M. EL BERHOUMI et J. PITSEYS, « L'obstruction parlementaire en Belgique », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 2289-2290, 2016, pp. 36-41.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 57 et s.

⁴⁹ L'autre texte concernait l'interruption volontaire de grossesse, voy. M. EL BERHOUMI et C. ROMAINVILLE, « Chronique de crises : à la recherche des majorités (2019-2020) », *R.B.D.C.*, 2021, pp. 38-40.

⁵⁰ En lien avec la pandémie, on peut relever les décrets octroyant les pouvoirs spéciaux au Gouvernement wallon et au Gouvernement de la Communauté française lors de la première vague qui ont chacun été discutés en commission, adoptés en plénière, sanctionnés et promulgués, le jour de leur dépôt.

⁵¹ *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-2295/002, p. 3.

⁵² Voy. *infra*, n° 31.

⁵³ Voy. *infra*, n° 60.

En retenant l'option précitée, le Gouvernement voulait ainsi vraisemblablement se donner les moyens de contrôler un tant soit peu la transition d'un régime juridique à l'autre. Ce mécanisme a permis que des arrêtés ministériels fondés sur les anciennes dispositions puissent encore être pris le 27 juillet, le 25 août et le 27 septembre. Il a aussi donné lieu à un texte, l'accord de coopération du 27 septembre 2021 concernant l'extension du *Covid Safe Ticket* qui fait référence à la fois au cadre juridique applicable avant et après l'entrée en vigueur de la loi pandémie⁵⁴. Sanctionnée et promulguée le 14 août, soit près d'un mois après son adoption en plénière, la loi fut publiée le 20 août, ce qui portait la date butoir au 4 octobre. Ce jour-là, il ne se passa pourtant rien, et l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 continua à produire ses effets. Interrogée en commission le 6 octobre, la ministre de l'Intérieur annonça que les conditions cumulatives pour déclarer une situation d'urgence pandémique⁵⁵ n'étaient pas remplies et que la loi pandémie ne pouvait donc pas être appliquée⁵⁶. Cette position fut critiquée par la Ligue des droits humains, qui considérait notamment qu'« on ne peut laisser au Gouvernement la possibilité de choisir entre deux fondements – l'un plus restrictif, l'autre plus permissif – pour adopter les mêmes mesures »⁵⁷. L'importante hausse des contaminations amena néanmoins rapidement les autorités politiques à réviser cette position. Dès le 20 octobre, le ministre de la Santé publique lance un avertissement solennel : la quatrième vague a commencé. À la suite d'une réunion du Comité de concertation, est pris le 28 octobre 2021 un arrêté royal portant déclaration de la situation d'urgence épidémique concernant la pandémie de coronavirus COVID-19. Le même jour, le premier arrêté royal portant des mesures de police administrative fondé sur la « loi pandémie » est adopté. Il se substitue à l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, maintes fois modifié. La séquence qui sépare le 4 du 28 octobre 2021 laisse entrevoir un risque, celui d'autorités qui continueraient à prendre des mesures de police en vue de lutter contre une pandémie sans s'inscrire dans le cadre de la loi pandémie en s'abstenant d'arrêter une déclaration de

situation d'urgence pandémique. Dès lors qu'une telle déclaration a finalement précédé le premier durcissement de ces mesures après l'entrée en vigueur de la loi pandémie, ce risque s'est en pratique révélé réduit.

II. LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES : UNE LÉGISPRUDENCE AU SERVICE D'UN OBJECTIF DE COHÉRENCE QUI RECÈLE D'INÉVITABLES ZONES D'OMBRE

11. Le volet de l'avis commenté consacré à la répartition des compétences est remarquable tant sur le plan quantitatif – il représente près des deux tiers de l'avis – que sur le plan qualitatif. On ne peut manquer de souligner, d'abord, l'œuvre de pédagogie à laquelle s'est livré le Conseil d'État en dressant la liste complète des compétences qui, dans le cadre de la lutte contre une situation d'urgence épidémique, peuvent être respectivement mobilisées non seulement par l'autorité fédérale – de laquelle émane l'avant-projet de loi examiné –, mais aussi par les entités fédérées. Cette liste détaillée ne se réduit pas à une simple synthèse des avis précédemment rendus en la matière ; la section de législation y interprète certaines compétences de manière inédite (A). Le Conseil d'État présente ensuite, de manière créative, la manière dont ces différentes compétences sont appelées à s'articuler et venir ainsi pallier l'absence de règle de conflit dans le système des règles répartitrices de compétences prévu par et en vertu de la Constitution. À cet effet, la section de législation s'est essentiellement appuyée sur l'expérience de la gestion de la crise sanitaire du Covid-19, ce qui a sans doute contribué à la recherche de solutions pragmatiques. Cette méthodologie, combinée à la circonstance que l'avis commenté a été rendu sur une initiative législative fédérale, laisse toutefois persister dans cet avis d'inévitables interrogations s'agissant de l'articulation des compétences dans le cadre de la gestion d'une crise sanitaire de type épidémique (B).

⁵⁴ Initialement, il était prévu que les mesures fédérées en matière de *Covid Safe Ticket* cessent de s'appliquer ou soient suspendues. Néanmoins, par un accord de coopération du 28 octobre 2021 les parties sont revenues sur ce choix.

⁵⁵ Voy. *infra*, n^{os} 30-32.

⁵⁶ CRIV 55 COM 597, pp. 42-43.

⁵⁷ « Pandémie : le Gouvernement se met hors la loi », communiqué du 8 octobre 2021.

A. LES COMPÉTENCES RESPECTIVES DE L'AUTORITÉ FÉDÉRALE, DES COMMUNAUTÉS ET DES RÉGIONS DANS LA LUTTE CONTRE UNE SITUATION D'URGENCE ÉPIDÉMIQUE

12. Après avoir rappelé⁵⁸ que « la compétence de lutter contre une situation d'urgence épidémique n'est pas une compétence qui, en tant que telle, est attribuée exclusivement à une seule autorité – fédérale, communautaire ou régionale » – et que « chaque autorité est responsable de la lutte contre une crise touchant à la santé publique dans les limites de ses propres compétences matérielles »⁵⁹, le Conseil d'État se livre à un exposé de l'ensemble des compétences, fédérales puis fédérées, qui peuvent servir de fondement à des mesures de lutte contre une situation d'urgence épidémique. Outre l'apport sur un plan didactique – particulièrement appréciable dans un domaine où la répartition des compétences était devenue parfaitement illisible –, cet exercice présente l'intérêt d'élargir la focale des compétences exercées pour lutter contre une situation d'urgence épidémique qui ne se limitent pas à celles relatives à la politique de la santé⁶⁰. Parmi les autres compétences qui peuvent être mobilisées tant par l'autorité fédérale que par les entités fédérées, deux catégories méritent d'être épinglées : la compétence large que la section de législation reconnaît à l'autorité fédérale en matière de police sanitaire dans le cadre du maintien de l'ordre public, d'une part, et la compétence de police sanitaire que la section de législation dégage en tant qu'accessoire de toute compétence matérielle fédérale, régionale ou communautaire, d'autre part.

13. La section de législation reconnaît, d'abord, à l'autorité fédérale de larges compétences en matière de police sanitaire, en tant que composante

de la compétence relative au maintien de l'ordre public, à la protection civile et à la sécurité civile. Deux enseignements innovants ressortent de cette partie de l'avis.

Premier enseignement innovant : il ressort de l'avis commenté que, sur le fondement de cette compétence, l'autorité fédérale peut prendre des mesures de lutte contre une situation d'urgence épidémique « non seulement dans les espaces publics, mais même dans des lieux privés, pour autant que les activités qui y ont lieu (par exemple le rassemblement d'un grand nombre de personnes) comportent un risque de propagation du virus dans la population »⁶¹, et ce indépendamment de l'appartenance fédérale, communautaire ou régionale du secteur d'activité concerné par la mesure⁶². Cette possibilité pour l'autorité fédérale de prendre des mesures dans des domaines d'activité qui ressortissent aux compétences des entités fédérées ne faisait pas l'unanimité dans la doctrine⁶³. Après en avoir consacré l'existence, la section de législation fixe – lorsqu'elle aborde l'articulation entre les compétences respectives des entités fédérales et fédérées – les conditions d'exercice de cette compétence fédérale, dans l'hypothèse où les mesures fédérales ont « une incidence significative dans des domaines politiques entrant dans la compétence des communautés et/ou des régions »⁶⁴.

Deuxième enseignement innovant : la section de législation énonce que « des mesures qui ne s'adressent pas directement aux personnes présentant une infection (ou un risque d'infection) ayant pour origine une maladie contagieuse, mais à la population en général, ne peuvent être considérées comme des « activités et services de médecine préventive »⁶⁵. Ce faisant, la section de législation consacre le critère du destinataire des mesures de lutte contre une situation d'urgence épidémique comme délimitant les compétences respectives de l'autorité fédérale en matière d'ordre public et des communautés en matière de médecine préventive. La délimitation entre ces compétences restait, en l'état de la jurisprudence, sujette à débat. Sur différentes initiatives prises par le niveau fédéral en matière de police sanitaire, la section de

⁵⁸ Voy. C.E., avis n° 53.932/AG donné le 27 août 2013 sur une proposition devenue la loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'État ; et C.E., avis n° 67.142/AG, donné le 25 mars 2020 sur deux avant-projets devenus la loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (I) et la loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II). Pour un commentaire des travaux préparatoires de la sixième réforme de l'État sur ce point, voy. M. EL BERHOUMI, S. VAN DROOGHENBROECK et L. LOSSEAU, « Le fédéralisme belge ne connaît pas la crise : la gestion de la pandémie du Covid-19 à l'épreuve de la répartition des compétences », in F. BOUHON, E. SLAUTSKY et S. WATTIER (dir.), *Le droit public belge face à la crise du COVID-19. Quelles leçons pour l'avenir ?*, Bruxelles, Larcier, 2022.

⁵⁹ Avis commenté, pt 10.

⁶⁰ Sur la répartition des compétences en la matière, en particulier dans le contexte de la crise sanitaire du Covid-19, voy. M. EL BERHOUMI, S. VAN DROOGHENBROECK et L. LOSSEAU, « Le fédéralisme belge ne connaît pas la crise : la gestion de la pandémie du Covid-19 à l'épreuve de la répartition des compétences », *op. cit.* ; P. MINSIER et Q. PEIFFER, « Réflexions sur les règles de répartition des compétences lors de la crise du coronavirus COVID-19 », in S. PARSÀ et M. UYTENDAELE (coord.), *La pandémie de Covid-19 face au droit*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 118-125 ; J. VAN NIEUWENHOVE et P. POPELIER, « De bevoegdheidsverdeling en de coördinatie tussen de bevoegde overheden in de strijd tegen de COVID-19-pandemie », *T.V.W.*, 2020/4, pp. 302 et s.

⁶¹ Avis commenté, pt 18.

⁶² Voy., parmi les exemples cités au point 17 de l'avis commenté, « [les] établissements de soins, d'enseignement ou de formation professionnelle, de sports, [les] salles de spectacles ou d'exposition ».

⁶³ Voy. not. P. MINSIER et Q. PEIFFER, « Réflexions sur les règles de répartition des compétences lors de la crise du coronavirus COVID-19 », *op. cit.*, pp. 118-125.

⁶⁴ Avis commenté, pts 30-37. Sur ce point, voy. *infra*, n° 16.

⁶⁵ Avis commenté, pt 27.

législation se bornait à énoncer que l'auteur du projet devait veiller à ne pas empiéter sur les compétences des communautés en matière de médecine préventive, lesquelles avaient plutôt fait l'objet jusqu'alors d'une interprétation extensive dans la jurisprudence⁶⁶. De cet enseignement, il découle, par exemple – et sous réserve de l'examen des mesures sanitaires pouvant être prises dans le cadre de l'exercice d'une autre compétence matérielle⁶⁷ –, que l'autorité fédérale serait compétente pour ordonner la fermeture de l'ensemble des établissements scolaires, au motif qu'ils présentent un risque élevé de propagation d'une maladie transmissible par les contacts sociaux rapprochés qu'ils induisent, tandis que les communautés ne seraient compétentes, au titre de la médecine préventive, que pour ordonner la fermeture des établissements scolaires dans lesquels un ou plusieurs cas de contamination avérée ou suspectée auraient été relevés.

Si le critère du public visé trouve à s'appliquer facilement à cet exemple, il risque de susciter davantage de difficultés d'interprétation dans d'autres cas de figure. L'exemple de l'utilisation du *Covid Safe Ticket* en est la première illustration. En effet, l'accord de coopération qui le régit considère qu'il appartient aux entités compétentes en matière de médecine préventive de l'imposer⁶⁸. Or, et sauf à considérer que toute personne non vaccinée, non testée ou non rétablie est un cas suspect, on pouvait parfaitement plaider qu'il s'agissait plutôt d'une mesure qui s'adresse à la population en général. À l'occasion de l'examen des projets de texte portant assentiment à cet accord de coopération, le Conseil d'État a néanmoins considéré que l'utilisation du *Covid Safe Ticket* n'est « pas une mesure qui s'adresse à la population en général, mais plutôt aux personnes

qui se trouvent dans un environnement où le risque de contamination est significativement accru en l'absence de cette mesure »⁶⁹. La section de législation affine donc, dans ce dernier avis, le critère du destinataire de la mesure, en faveur d'une interprétation plus large de la compétence des communautés. Il faut en effet déduire de cet avis que les personnes présentant un « risque d'infection » – à l'égard desquelles les communautés peuvent prendre des mesures au titre de leur compétence en matière de médecine préventive – ne se limitent pas aux personnes qui font face à un risque avéré de contamination en raison, par exemple, d'un contact rapproché avec une personne infectée, mais semblent s'étendre à toute personne placée dans une situation de risque accru de contamination. C'est l'environnement particulier (présence dans un restaurant, dans une boîte de nuit, à un événement) dans lequel s'inscrivent ces personnes qui permet que la détention d'un *Covid Safe Ticket* leur soit exigée.

14. Le Conseil d'État reconnaît⁷⁰, ensuite, la possibilité pour l'autorité fédérale⁷¹ et les entités fédérées d'adopter des mesures sanitaires dans le cadre de leurs autres compétences matérielles. En d'autres termes, chaque compétence emporterait le pouvoir de régler la police sanitaire y relative. Par exemple, la compétence des transports en commun emporte celle de régler le port du masque – une mesure sanitaire donc – dans ces transports. Si cette compétence accessoire est, pour certains domaines d'attributions des communautés et des régions, explicitement prévue par la loi spéciale⁷², le Conseil d'État en consacre, dans l'avis commenté, une forme implicite⁷³.

⁶⁶ Voy. not. M. EL BERHOUMI, S. VAN DROOGHENBROECK et L. LOSSEAU, « Le fédéralisme belge ne connaît pas la crise : la gestion de la pandémie du Covid-19 à l'épreuve de la répartition des compétences », *op. cit.* Sur les limites de la compétence communautaire en matière de médecine préventive déjà énoncées dans la jurisprudence, voy. not. C.E., avis n° 34339/AG donné le 29 avril 2003, pp. 7-9 (« Maatregelen die weliswaar in het algemeen kunnen bijdragen tot het voorkomen van ziektes of aandoeningen, of die een positieve invloed hebben op de gezondheid van het individu, maar die buiten de sfeer van de gezondheidszorg of de geneeskunde vallen, behoren niet tot het domein van de "preventieve gezondheidszorg" »).

⁶⁷ Voy. *infra*, n° 14.

⁶⁸ Voy. l'accord de coopération du 27 septembre 2021 visant à la modification de l'accord de coopération du 14 juillet 2021 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Commission communautaire commune, la Région wallonne et la Commission communautaire française concernant le traitement des données liées au certificat COVID numérique de l'UE et au COVID Safe Ticket, le PLF et le traitement des données à caractère personnel des travailleurs salariés et des travailleurs indépendants vivant ou résidant à l'étranger qui effectuent des activités en Belgique.

⁶⁹ C.E., avis n° 70.163/VR, donné le 23 septembre 2021, pt 5.1. Se prononçant sur la répartition des compétences en matière de médecine préventive entre la Région wallonne et la Communauté française, le Conseil d'État a néanmoins estimé que la première pouvait étendre l'utilisation du *Covid Safe Ticket* pour les visiteurs de plus de 12 ans ou de 16 ans, en ce que pareille extension « vise la population considérée globalement et ne vise pas particulièrement les nourrissons, enfants, élèves ou étudiants » (avis n° 70.254/4 donné le 7 octobre 2021, pt 4.4.).

⁷⁰ Les compétences que les communautés et les régions peuvent mettre en œuvre afin de lutter contre une situation d'urgence épidémique avaient déjà été développées dans un avis du Conseil d'État n° 68.338/3/AV, donné le 12 janvier 2021 sur un avant-projet de décret du Gouvernement de la Communauté germanophone *zur Abänderung des Dekrets vom 1. Juni 2004 zur Gesundheitsförderung und zur medizinischen Prävention*.

⁷¹ La section de législation du Conseil d'État énonce que l'autorité fédérale peut prendre des mesures sanitaires dans le cadre de ses autres compétences matérielles, liées par exemple à la circulation aérienne, aux normes de produits ou au travail (avis commenté, pt 22).

⁷² Voy., à titre d'exemple, l'article 6, § 1^{er}, IV, 1^o, de la L.S.R.I., qui permet aux régions, matériellement compétentes en ce qui concerne le logement, de prévoir la police des habitations qui constituent un danger pour la propreté et la salubrité publiques.

⁷³ La section de législation cite plusieurs exemples de compétences accessoires implicites dans l'avis commenté. Les communautés peuvent ainsi « interdire l'accès à des établissements culturels, des établissements d'ensei-

Cette création légisprudentielle appelle trois observations.

Premièrement, et dans la mesure où les entités fédérées ne disposent d'aucune compétence en matière de maintien de l'ordre, la reconnaissance d'une compétence sanitaire accessoire aux compétences matérielles des communautés et des régions n'avait rien d'évident⁷⁴.

Deuxièmement, il n'est pas aisé de déterminer, en pratique, quelles mesures peuvent être adoptées indifféremment sur la base de la compétence communautaire en matière de médecine préventive ou sur la base des autres compétences matérielles des entités fédérées⁷⁵ et quelles sont celles qui ne peuvent être prises qu'au titre de la compétence en matière de médecine préventive. Où s'arrête, par exemple, la compétence du ministre de l'Enseignement pour laisser place à celle du ministre de la Santé de l'entité fédérée concernée ? L'avis ne règle pas expressément la question ; il se limite à donner des exemples pratiques⁷⁶ dont il semble pouvoir être déduit que, dans notre exemple, le ministre de l'Enseignement peut prendre toute mesure nécessaire dans le cadre de l'organisation de l'enseignement (notamment imposer le port du masque, fixer la capacité d'accueil maximale des locaux, ou encore interdire l'accès à l'établissement aux élèves contaminés), mais n'est en revanche pas compétent pour imposer une quarantaine aux élèves contaminés ou considérés comme cas suspects. Cette dernière mesure relèverait exclusivement de la compétence du ministre communautaire de la Santé qui, dans le cadre de sa compétence en matière de médecine préventive, peut restreindre la liberté individuelle au-delà de ce qui est nécessaire dans le cadre de l'organisation de l'enseignement.

L'accord de coopération relatif à l'extension du *Covid Safe Ticket* est venu du reste resserrer les contours de cette compétence accessoire. En effet,

gnement, de santé ou de soins, fermer ces établissements ou leur permettre de rester ouverts sous certaines conditions, imposer le respect des distances, l'obligation de porter un masque buccal ou de limiter les contacts dans ces établissements ou encore prendre des mesures sanitaires concernant l'organisation de l'enseignement, d'événements culturels, de loisirs, d'activités sportives, etc. ». Les régions peuvent, quant à elles, dans le cadre de leurs compétences matérielles, adopter des mesures similaires « en matière de tourisme, d'organisation des pouvoirs subordonnés, d'emploi ou de mobilité pour lutter contre une situation d'urgence épidémique » (point 28 de l'avis commenté).

⁷⁴ M. EL BERHOUMI, S. VAN DROOGHENBROECK et L. LOSSEAU, « Le fédéralisme belge ne connaît pas la crise : la gestion de la pandémie du Covid-19 à l'épreuve de la répartition des compétences », *op. cit.*

⁷⁵ Sur l'hypothèse – non réglée dans l'avis commenté – d'un conflit entre une mesure adoptée au titre de la médecine préventive et une mesure sanitaire prise dans le cadre d'une autre compétence matérielle d'une entité fédérée, voy. *infra*, n° 22.

⁷⁶ Avis commenté, pt 28.

et sans que la section de législation n'y épingle la moindre difficulté, l'exposé des motifs de cet accord de coopération identifie comme autorités compétentes pour étendre l'utilisation du *Covid Safe Ticket* (qui est une mesure de police sanitaire) les entités fédérées compétentes en matière de médecine préventive⁷⁷, ce qui réduit à la portion congrue la compétence sanitaire accessoire dont disposent les communautés et les régions dans le cadre de leurs compétences matérielles étrangères à la santé⁷⁸.

Troisièmement, il faut constater que le critère du public visé pour délimiter les compétences fédérales en matière de maintien de l'ordre et les compétences communautaires en matière de médecine préventive ne semble pas être d'application pour cette nouvelle catégorie de compétences sanitaires accessoires⁷⁹.

B. LES PRINCIPES D'ARTICULATION ENTRE LES COMPÉTENCES FÉDÉRALES ET FÉDÉRÉES DÉGAGÉS PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

15. La section de législation examine, dans un second temps, deux hypothèses dans lesquelles des principes d'articulation entre les compétences respectives des différents niveaux de pouvoir dont elle a dressé la liste s'avèrent nécessaires : lorsque l'autorité fédérale adopte une mesure sanitaire qui empiète sur les compétences matérielles des communautés et des régions, d'une part (1), et

⁷⁷ Voy. l'accord de coopération du 27 septembre 2021 visant à la modification de l'accord de coopération du 14 juillet 2021 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Commission communautaire commune, la Région wallonne et la Commission communautaire française concernant le traitement des données liées au certificat COVID numérique de l'UE et au COVID Safe Ticket, le PLF et le traitement des données à caractère personnel des travailleurs salariés et des travailleurs indépendants vivant ou résidant à l'étranger qui effectuent des activités en Belgique (« L'utilisation du COVID Safe Ticket pour les visiteurs des établissements et facilités des secteurs déterminés dans cet accord de coopération, relève de la compétence de la prévention sanitaire, étant donné qu'il s'agit uniquement d'une réglementation concernant les visiteurs de ces installations et activités et qu'elle ne vise donc pas à réglementer l'établissement et l'organisation de ces installations et activités elles-mêmes [...] »).

⁷⁸ Voy. l'accord de coopération du 27 septembre 2021 visant à la modification de l'accord de coopération du 14 juillet 2021 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Commission communautaire commune, la Région wallonne et la Commission communautaire française concernant le traitement des données liées au certificat COVID numérique de l'UE et au COVID Safe Ticket, le PLF et le traitement des données à caractère personnel des travailleurs salariés et des travailleurs indépendants vivant ou résidant à l'étranger qui effectuent des activités en Belgique (« L'utilisation du COVID Safe Ticket pour les visiteurs des établissements et facilités des secteurs déterminés dans cet accord de coopération, relève de la compétence de la prévention sanitaire, étant donné qu'il s'agit uniquement d'une réglementation concernant les visiteurs de ces installations et activités et qu'elle ne vise donc pas à réglementer l'établissement et l'organisation de ces installations et activités elles-mêmes [...] »).

⁷⁹ Voy. *supra*, n° 13.

lorsqu'il existe un conflit entre les mesures sanitaires fédérales et fédérées, d'autre part (2). Dans les deux hypothèses, le Conseil d'État reconnaît à l'intervention fédérale une forme de primauté « naturelle » (3). Si l'avis commenté a pour mérite d'être porteur de solutions pragmatiques pour les questions de répartition des compétences qui sont survenues dans la gestion de la crise du Covid-19 et qui surviendront certainement à l'occasion d'une prochaine situation d'urgence épidémique, il faut néanmoins en épinglez quelques limites (4).

1. L'empiètement d'une mesure sanitaire fédérale sur les compétences matérielles des entités fédérées

16. Dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire du Covid-19, certaines mesures sanitaires adoptées par l'autorité fédérale ont eu un impact significatif dans des domaines politiques relevant de la compétence des autres entités, notamment l'enseignement et la culture. Dans l'avis commenté, le Conseil d'État fixe les limites dans lesquelles ces mesures fédérales peuvent être néanmoins considérées comme conformes au système de répartition des compétences. À cet égard, il énonce que ces mesures ne peuvent être prises par l'autorité fédérale que « si l'aspect le plus important de ces mesures, eu égard à leur enjeu, peut être réputé concerner la police sanitaire, la protection civile et/ou la sécurité civile »⁸⁰. Tel sera le cas, selon le Conseil d'État, si trois conditions sont cumulativement réunies⁸¹.

Premièrement, l'autorité fédérale est tenue de respecter le principe de proportionnalité, corollaire de la loyauté fédérale consacrée à l'article 143, § 1^{er}, de la Constitution. De manière tout à fait intéressante, la section de législation donne au principe de proportionnalité en matière de répartition des compétences une portée identique à celui appliqué en matière de droits fondamentaux. Elle l'écrit en toutes lettres : « la portée que la doctrine concernant les conditions

de limitation des droits fondamentaux attribue au principe de proportionnalité est [...] applicable *mutatis mutandis* en l'espèce »⁸². C'est ainsi que le Conseil d'État indique que l'autorité fédérale est appelée à cet effet à effectuer une mise en balance minutieuse, basée sur des connaissances scientifiques, entre les résultats raisonnablement escomptés de la mesure qu'elle souhaite adopter et leur incidence dans les domaines politiques qui relèvent des entités fédérées⁸³. Il poursuit en observant que le principe de proportionnalité implique qu'« il incombe à l'autorité d'établir, en fonction de la nature des faits sur lesquels elle se fonde, de leur gravité et des circonstances de la cause, que la mesure qu'elle envisage de prendre est nécessaire, adéquate et proportionnée : à cet égard, il importe tout particulièrement de s'assurer que les faits et les circonstances de la cause présentent avec les troubles à l'ordre public que tend à prévenir la mesure de police envisagée un rapport suffisamment direct et étroit pour pouvoir justifier celle-ci »⁸⁴.

Deuxièmement, si l'autorité fédérale souhaite adopter une mesure ayant une incidence significative sur les domaines relevant des compétences des entités fédérées, elle devra préalablement inviter ces dernières à concertation⁸⁵. Cette concertation préalable est considérée par la section de législation comme nécessaire pour que l'autorité fédérale puisse valablement évaluer « les incidences des mesures prises dans les domaines politiques relevant de la sphère de compétence des

⁸⁰ Il ne suffit donc plus, pour respecter le principe de proportionnalité en matière de répartition des compétences, qu'une entité ne rende pas exagérément difficile, voire impossible, l'exercice par une autre de ses propres compétences. Il faut également que l'empiètement des compétences par la mesure d'une entité sur la politique d'une autre entité soit pertinent, nécessaire et proportionné. Voy. avis commenté, pt 33.

⁸¹ Avis commenté, pt 33. Sur le rôle de l'expertise, voy. *infra*, n° 33-34.

⁸² C.E., avis n° 63.791/2/V donné le 6 août 2018 sur un avant-projet de loi « relatif à l'approche administrative communale », obs. gén. 1, b). Sur le principe de proportionnalité, voy. *infra*, n° 50-51.

⁸³ L'alinéa 1^{er}, § 1^{er}, de l'article 4 de l'avant-projet prévoyait déjà que les mesures soient prises « après concertation au sein des organes compétents dans le cadre de la gestion de crise ». Les travaux préparatoires confirmaient également l'obligation de concertation. Le Conseil d'État a cependant rappelé à cet égard que « le principe de l'autonomie respective de l'État fédéral et des entités fédérées s'oppose à ce que l'autorité fédérale impose unilatéralement une obligation de concertation aux entités fédérées » et que « la concertation avec les entités fédérées, visée à l'article 4, § 1^{er}, de l'avant-projet, peut donc être uniquement facultative, dans le chef de ces dernières ». Les termes du projet de loi n'ont cependant pas été modifiés sur ce point. Le Conseil d'État a ensuite formulé la proposition suivante : « Eu égard à l'importance de la concertation concernée avec les communautés et les régions, il est conseillé de prévoir expressément dans le texte de l'avant-projet que chaque fois que les mesures prises ont un impact direct sur des domaines politiques relevant de la compétence des communautés et des régions, l'autorité fédérale offre préalablement aux gouvernements concernés la possibilité de se concerter sur les conséquences de ces mesures pour leurs domaines politiques, sous réserve des situations d'urgence rendant pareille concertation impossible » (Voy. l'avis commenté, point 51 (b)). Cette proposition a, cette fois, été suivie par le législateur (Voy. not. *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1951/005, p. 92).

⁸⁰ Avis commenté, pt 32.

⁸¹ En analysant l'avant-projet, la section de législation du Conseil d'État a pu constater qu'« un certain nombre de dispositions [visaient déjà] à mettre l'exercice des compétences en conformité avec ces trois conditions », ce qui ne dispense évidemment pas l'examen *in concreto* du respect de celles-ci lors de l'adoption de toute mesure (avis commenté, pts 48-52). Voy. l'examen combiné des articles 4 et 5 de l'avant-projet par la section de législation. Le Conseil d'État y a notamment proposé d'ajouter certaines précisions quant à l'objet des mesures visées à l'article 5 et le contexte dans lequel leur adoption doit s'inscrire, afin d'assurer que celles-ci découlent bel et bien des compétences fédérales. Ces propositions de modifications ont été suivies (Voy. avis commenté, pt 49, c) et d)).

communautés et des régions »⁸⁶. Cette deuxième condition est donc essentielle à la réalisation de la première, à savoir la proportionnalité des mesures prises à l'égard des autorités fédérées. Le Conseil d'État précise en outre que cette obligation de concertation peut être réalisée au sein du Comité de concertation⁸⁷, et que l'autorité fédérale peut également, dans ce cadre, « chercher à parvenir à un consensus en ce qui concerne les mesures à prendre ». Si, en raison de circonstances établissant l'urgence, cette concertation menace l'efficacité des mesures à prendre, l'autorité fédérale devra « se justifier quant à l'impossibilité de procéder »⁸⁸ à celle-ci et y procédera dès que cela sera possible.

Troisièmement et enfin, l'autorité fédérale doit veiller à se limiter strictement aux matières qui peuvent s'inscrire dans ses compétences en matière de police sanitaire, de protection civile ou de sécurité civile. Le Conseil d'État a défini largement ces compétences fédérales, ce qui ne peut pour autant pas permettre à l'autorité fédérale d'exercer « purement et simplement les compétences matérielles d'une autre autorité »^{89/90}. Il ressort clairement de l'avis commenté que les mesures par lesquelles l'autorité fédérale a, au début de la crise du Covid-19, imposé aux établissements scolaires ou aux universités d'organiser un enseignement à distance auraient été invalidées sur cette base⁹¹.

2. Le conflit entre des mesures sanitaires fédérales et fédérées

17. La seconde hypothèse de conflit de compétences dont s'empare la section de législation dans l'avis commenté concerne l'articulation

⁸⁶ Avis commenté, pt 34.

⁸⁷ Institué par les articles 31 et 31/1 de la loi du 9 août 1980 de réformes institutionnelles.

⁸⁸ Avis commenté, pt 34, *in fine*.

⁸⁹ Avis commenté, pt 35.

⁹⁰ Cette exigence était satisfaite dans le cadre de l'avant-projet : « Il apparaît au Conseil d'État que cette condition est déjà contenue à suffisance dans la disposition inscrite à l'article 4, § 1^{er}, de l'avant-projet, selon laquelle il doit s'agir de « mesures de police administrative », ce qui inclut la police sanitaire » (avis commenté, pt 49 (b)).

⁹¹ Le Conseil d'État précise qu'« [i]l ne revient pas à l'autorité fédérale, dans le cadre de la lutte contre une situation d'urgence épidémique, de prendre des mesures, dépourvues de dimension sanitaire, sur le fondement de ses compétences en matière de police administrative, de protection civile et/ou de sécurité civile. Ainsi, l'autorité fédérale peut, par exemple, imposer le port du masque buccal et la distanciation sociale dans les écoles et les musées, pour autant qu'il s'agisse d'une mesure proportionnée et nécessaire [...], et – dans des circonstances extrêmes – même décider de fermer ces établissements. Dans ce cadre, elle ne peut toutefois pas imposer aux communautés des règles alternatives en matière d'enseignement et d'activités culturelles, comme l'obligation de proposer un enseignement à distance ou des visites de musées en ligne ou – inversement – les exclure. En effet, pareilles mesures ne peuvent être considérées comme des mesures sanitaires » (avis commenté, pt 35).

entre des mesures sanitaires fédérales et des mesures sanitaires prises par une ou plusieurs entités fédérées, soit sur le fondement de leur compétence en matière de médecine préventive, soit sur la base de la compétence accessoire implicite que le Conseil d'État leur a reconnue dans cet avis⁹². En l'absence de règle établie par ou en vertu de la Constitution pour régler ce type de conflit (entre des compétences que l'on pourrait qualifier de « concurrentes »⁹³ ou comme une nouvelle illustration de la théorie du « double aspect »⁹⁴), la section de législation a mobilisé le principe de proportionnalité pour esquisser une règle de conflit originale⁹⁵ dont la teneur est la suivante : toute mesure sanitaire prise par une entité fédérée peut être plus stricte que les mesures sanitaires fédérales en vigueur, mais elle ne peut en aucun cas les assouplir ou en entraver les effets⁹⁶. Pour reprendre les termes de la section de législation, une mesure sanitaire adoptée par les entités fédérées ne peut avoir pour effet de rendre « les mesures fédérales inopérantes en les assouplissant ou en les annulant en tout ou en partie »⁹⁷. Pour reprendre l'exemple donné par le Conseil d'État, une communauté pourrait ainsi valablement décider, si la situation sanitaire l'exigeait, de fermer les musées sur son territoire dans l'hypothèse où l'autorité fédérale n'en aurait *que* restreint l'accès. Si l'autorité fédérale décidait toutefois de fermer les musées sur l'ensemble du territoire du Royaume, une communauté ne pourrait pas autoriser leur ouverture, même de manière limitée, sur son

⁹² Voy. *supra*, n° 14.

⁹³ Voy. en ce sens M. EL BERHOUMI, S. VAN DROOGHENBROECK et L. LOS-SEAU, « Le fédéralisme belge ne connaît pas la crise : la gestion de la pandémie du Covid-19 à l'épreuve de la répartition des compétences », *op. cit.*

⁹⁴ « Le principe du double aspect signifie que deux pouvoirs peuvent, chacun en vertu et dans les limites d'une matière dont ils ont la compétence, établir des normes juridiques similaires » (J. VANPRAET, « Vers une sécurité sociale flamande complémentaire dans le cadre actuel de répartition des compétences », *J.T.*, 2010, p. 302). Voy. J. VELAERS, « Trois principes fondamentaux de droit constitutionnel, reconsidérés à la suite de la crise du Covid-19 », in F. BOUHON, E. SLAUTSKY et S. WATTIER (dir.), *Le droit public belge face à la crise du COVID-19. Quelles leçons pour l'avenir ?*, Bruxelles, Larcier, 2022. Ce dernier considère en effet « que cette théorie du “double aspect” pourrait s'appliquer aux mesures sanitaires déployées dans une lutte contre une pandémie : l'obligation de porter un masque buccal, par exemple peut être imposée tant par l'autorité fédérale sur base de sa compétence en matière de police sanitaire que par les entités fédérées sur base de leurs compétences matérielles et sur base de la compétence communautaire en matière de médecine préventive ».

⁹⁵ Dans son avis (inédit) n° 68.338/3/AV du 12 janvier 2021, la section de législation avait déjà observé que les mesures sanitaires de médecine préventive adoptées par les communautés pouvaient être appliquées *en plus* des mesures relevant de la compétence de l'autorité fédérale, pour autant qu'elles ne rendent « pas l'exécution des mesures fédérales impossible ou exagérément difficile ».

⁹⁶ Avis commenté, pts 40-42.

⁹⁷ C.E. avis n° 68.338/3/AG précité donné le 12 janvier 2021, obs. 5.1.1 ; avis commenté, pt 41.

propre territoire. Les mesures des entités fédérées peuvent ainsi uniquement équilibrer (mais quel est alors leur intérêt ?) ou renforcer les mesures fédérales.

18. Si le fondement de la règle de conflit créée par la section de législation se situe indéniablement dans le principe de proportionnalité, force est de constater qu'elle en fait ici une application parfaitement unilatérale, en faveur de l'autorité fédérale⁹⁸.

19. Par ailleurs, cette règle de conflit suscite au moins trois difficultés.

Premièrement, le Conseil d'État évoque uniquement l'hypothèse dans laquelle la mesure fédérale précède la mesure fédérée. Il est certain que dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire du Covid-19, l'autorité fédérale a systématiquement adopté des mesures sanitaires avant toute intervention des entités fédérées⁹⁹. Néanmoins, il demeure tout à fait envisageable que les entités fédérées adoptent, à l'avenir, des mesures visant à lutter contre une crise sanitaire avant l'autorité fédérale¹⁰⁰. Dans une telle hypothèse – si la Communauté française décidait par exemple de restreindre l'accès à ses musées, tandis que l'autorité fédérale entendait en ordonner la fermeture –, l'avis commenté enseigne que la mesure fédérale devrait « primer » la mesure communautaire. L'avis commenté ne dit rien, en revanche, sur le mécanisme juridique par lequel cette primauté trouverait à s'exercer. Juridiquement, l'adoption de la mesure fédérale ne peut avoir pour effet d'annuler la mesure communautaire ou régionale. La primauté de la norme fédérale dans cette hypothèse peut se comprendre comme la conséquence du cumul des polices spéciales sanitaires fédérale et fédérées¹⁰¹, chaque norme s'appliquant séparément en vertu de l'autonomie de chacune, mais les effets de la norme plus sévère se prolongent au-delà de ceux de la norme plus douce. Cependant, ces principes ne suffisent pas à écarter les difficultés pratiques, en particulier lorsqu'il est délicat d'identifier la norme la plus stricte. On peut se demander si, dans ces situations, l'intervention

du juge sur la base des principes cités par le Conseil d'État (proportionnalité, consultation préalable, non-ingérence dans ce qui ne relève pas du strict sanitaire) est suffisante. On peut aussi se demander s'il ne serait pas utile d'aménager un mécanisme juridique – en dehors des voies juridictionnelles « classiques » – permettant de neutraliser les effets, dans des délais réduits, d'une mesure fédérée prise avant une mesure fédérale plus stricte¹⁰².

Deuxièmement, la règle de conflit créée par la section de législation conduit à une difficulté pratique que l'avis n'évoque pas : celle de déterminer quelle mesure sanitaire – fédérale ou fédérée – est la plus stricte. Faut-il considérer, par exemple, qu'il est plus contraignant d'accéder à un lieu moyennant la présentation du *Covid Safe Ticket* ou d'accéder à ce même lieu moyennant le port du masque buccal ? À défaut de pouvoir apprécier quelle mesure est plus stricte que l'autre, devrait-on les appliquer cumulativement ? L'avis commenté, qui repose sur le postulat qu'une règle sera toujours en tous points plus stricte que l'autre, laisse cette question sans réponse¹⁰³.

Troisièmement, lorsque la section de législation indique que les communautés et les régions peuvent compléter les mesures fédérales, l'on peut s'interroger sur la marge de manœuvre dont disposeront réellement les entités fédérées en pratique. Théoriquement, la mesure adoptée par l'autorité fédérale devra toujours répondre à l'exigence de proportionnalité, au sens où elle devra être adéquate à l'égard du but poursuivi,

¹⁰² C'est une difficulté de cette nature que le Conseil d'État a pointée dans l'avis qu'il a remis sur le texte d'assentiment à ce qui est devenu l'accord de coopération du 27 septembre 2021 qui a étendu le champ d'application du *Covid Safe Ticket* (avis n° 70.163/VR donné le 23 septembre 2021 pt. 6.1 à 6.3). Voy. l'article 2bis, § 3, de l'accord de coopération du 12 juillet 2021 tel qu'inséré par cet accord de coopération du 27 septembre 2021 qui prévoit la non application ou la suspension des décrets, ordonnances ou arrêtés fédérés pris sur la base d'articles de l'accord de coopération qui ne s'appliquent plus après qu'une situation d'urgence épidémique a été déclarée sur la base de la loi pandémie.

¹⁰³ Le Conseil d'État s'est posé une question similaire dans son avis n° 70.389/VR du 27 octobre 2021 donné sur un avant-projet de décret de la Communauté française portant assentiment à l'accord de coopération du 26 octobre 2021 visant à la modification de l'accord de coopération du 14 juillet et 27 septembre 2021 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Commission communautaire commune, la Région wallonne et la Commission communautaire française concernant le traitement des données liées au certificat COVID numérique de l'UE et au COVID Safe Ticket, le PLF et le traitement des données à caractère personnel des travailleurs salariés et des travailleurs indépendants vivant ou résidant à l'étranger qui effectuent des activités en Belgique (voy. p. 10). Les auteurs de l'accord de coopération se sont limités à soutenir que l'imposition du *Covid Safe Ticket* ne pouvait pas entrer en contradiction avec la fermeture d'un secteur spécifique ordonnée dans le cadre de la loi pandémie. Ils n'ont pas abordé la délicate comparaison entre l'obligation de porter le masque et celle de présenter le *Covid Safe Ticket*. (Voy. l'exposé général de cet accord de coopération, pp. 9-10).

⁹⁸ Sur la justification de la primauté des mesures sanitaires fédérales sur les mesures sanitaires fédérées, voy. *infra*, n° 20.

⁹⁹ Sur ce que la règle de conflit créée par la section de législation est inspirée de la gestion de la crise sanitaire du Covid-19, voy. not. J. VELAERS, « Trois principes fondamentaux de droit constitutionnel, reconsidérés à la suite de la crise du Covid-19 », *op. cit.*

¹⁰⁰ Ce que les entités fédérées ont du reste plusieurs fois « menacé » de faire au cours de la crise du Covid-19, avant qu'un accord n'intervienne finalement chaque fois en Comité de concertation pour que la mesure en question soit adoptée au niveau fédéral.

¹⁰¹ Voy. ci-après le rappel des règles de concours des polices, n° 57.

nécessaire et proportionnée au sens strict. Il sera donc satisfait au principe de proportionnalité si la mesure permet de diminuer efficacement la propagation du virus sans porter une atteinte trop importante aux autres droits fondamentaux. Cette exigence n'implique pas pour autant que l'autorité fédérale adopte la mesure *la plus restrictive possible*. Une entité fédérée pourra donc aller plus loin. Cependant, en poursuivant l'objectif de mettre un terme à la propagation d'un virus et donc de protéger le droit à la santé¹⁰⁴, il est logique que l'autorité fédérale aille aussi loin que le lui permette le principe de proportionnalité. Dès lors, comment concevoir qu'une entité adopte une mesure encore plus restrictive, tout en respectant le principe de proportionnalité ? Hormis le cas où la situation sanitaire singulière d'une entité fédérée le justifierait, cela paraît peu envisageable. La marge de manœuvre reconnue aux entités fédérées par la section de législation sera donc, en pratique, très limitée.

3. Le fondement de la primauté de l'intervention fédérale

20. Dans les deux hypothèses ci-avant examinées où des compétences fédérales et fédérées sont amenées à entrer en concurrence, le Conseil d'État reconnaît une forme de primauté « naturelle » aux initiatives de l'autorité fédérale. Dans l'avis commenté, ce sont en effet « la nature et [...] l'enjeu des compétences fédérales » en présence qui constituent le fondement de cette primauté¹⁰⁵. Ces compétences doivent, selon le Conseil d'État, permettre à l'autorité fédérale de « protéger l'ensemble de la population et d'assurer sa survie » dans le cadre de la lutte contre une situation d'urgence épidémique¹⁰⁶. Il poursuit en observant que « l'exercice adéquat et efficace de ces compétences serait rendu impossible si l'autorité fédérale ne pouvait pas prendre de mesures ayant une incidence significative dans des domaines politiques d'autres autorités, étant entendu que les conditions susmentionnées [...], qui visent chacune à protéger les compétences des entités fédérées, sont strictement respectées »¹⁰⁷. Il ressort indéniablement de l'avis commenté que l'autorité fédérale est reconnue, fût-ce entre les

lignes, comme la plus à même de protéger efficacement la population dans son ensemble et que l'objectif de politique publique qu'elle poursuit justifie la primauté de son intervention.

Dans le même sens, le professeur Jan Velaers concluait un colloque sur le thème du traitement belge de la crise sanitaire du Covid-19 au regard du droit public¹⁰⁸ en considérant que si l'on prenait au sérieux l'enjeu des compétences fédérales en présence – à savoir celui d'assurer la survie de l'ensemble de la population –, il fallait nécessairement lui reconnaître une certaine primauté. Selon le même orateur, il ne s'agit pas là d'une question de hiérarchie des normes, à proprement parler, mais d'une forme de hiérarchie des compétences qui découle ou qui est liée au principe de loyauté à l'État fédéral et à l'ensemble de sa population¹⁰⁹.

4. Les angles morts qui subsistent

21. S'il est parfaitement logique, dans la mesure où la section de législation n'était appelée à se prononcer que sur l'avant-projet de loi qui lui était soumis, que l'avis commenté ne résolve pas, à lui seul, l'ensemble des questions de répartition des compétences qui se posent dans le cadre de la gestion d'une crise sanitaire de type épidémique, on peut observer qu'au moins deux grands angles morts demeurent.

22. Le premier angle mort concerne l'articulation entre des mesures sanitaires fédérées – adoptées respectivement au titre de la compétence de médecine préventive et en tant qu'accessoire d'une autre compétence matérielle – qui s'avèreraient inconciliables entre elles. La question se pose de manière particulièrement aiguë à Bruxelles, où une multiplicité d'entités fédérées déploie leurs compétences. Comment en effet résoudre le conflit qui surviendrait, par exemple, entre une décision de la Communauté française d'imposer l'utilisation du *Covid Safe Ticket* dans les lieux culturels qui relèvent de sa compétence, et une décision de la Commission communautaire commune de limiter l'utilisation du *Covid Safe Ticket* au seul secteur de l'horeca ? L'accord de coopération relatif à l'extension du *Covid Safe Ticket* a contourné la difficulté, en considérant que cette mesure relevait de la compétence communautaire en matière de médecine préventive (en restreignant fortement,

¹⁰⁴ Voy. *infra*, n° 43 et s.

¹⁰⁵ Cette justification est explicite pour ce qui concerne l'hypothèse examinée *supra*, n° 16, tandis qu'elle est implicite, mais non moins certaine, en ce qui concerne la règle de conflit visée *supra*, n° 17.

¹⁰⁶ Avis commenté, pt 37.

¹⁰⁷ Avis commenté, pt 37.

¹⁰⁸ J. VELAERS, « Trois principes fondamentaux de droit constitutionnel, reconsidérés à la suite de la crise du Covid-19 », *op. cit.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

comme observé ci-avant¹¹⁰, le champ de la compétence reconnue aux entités fédérées dans l'avis commenté de prendre des mesures sanitaires dans le cadre de leurs compétences matérielles)¹¹¹. La section de législation n'a éprouvé aucune difficulté à ce sujet, observant que, dans le prolongement de l'avis commenté, avait été aménagé un mécanisme de concertation entre l'entité compétente en matière de médecine préventive et celle compétente pour le secteur concerné¹¹².

23. L'avis commenté n'enseigne pas non plus ce qu'il subsiste des compétences fédérales et de leur primauté lorsque l'on se situe hors du champ d'application de l'avant-projet devenu la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique, par exemple, dans l'hypothèse où une crise sanitaire de type épidémique se limiterait à tout ou partie du territoire d'une seule entité fédérée. La situation bruxelloise, par exemple, pourrait-elle justifier à elle seule une déclaration de situation d'urgence épidémique¹¹³ ? À défaut, le niveau fédéral ne pourrait alors plus revendiquer aucune compétence dans la gestion de la crise sanitaire, qui serait alors confiée, sur le plan du maintien de l'ordre public, aux seules mains du Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale, via les compétences de l'ex-gouverneur dont il a hérité à la faveur de la Sixième réforme de l'État¹¹⁴. De nouveaux principes devront alors

être mis en œuvre pour régler l'articulation entre les mesures prises par le Ministre-Président et les mesures sanitaires prises par les entités fédérées.

III. LA DÉLÉGATION DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE AU MINISTRE DE L'INTÉRIEUR : LE PASSÉ EST LE PASSÉ

24. Si la Constitution ne prévoit pas la figure de l'arrêté ministériel, il est admis de longue date par les deux sections du Conseil d'État que la délégation d'un pouvoir réglementaire à un ministre fédéral ne constitue pas une subdélégation contraire au principe de constitutionnalité¹¹⁵, pour autant qu'elle s'inscrive dans de strictes balises¹¹⁶. D'une part, la délégation doit trouver sa source dans un arrêté royal, le législateur n'étant pas autorisé à s'immiscer dans l'organisation interne du pouvoir exécutif¹¹⁷. D'autre part, la délégation ne peut concerner l'essence du pouvoir réglementaire. Elle ne peut porter que sur des mesures de détail, d'importance minimale, accessoires, sauf, à titre exceptionnel, si des motifs objectifs requièrent une intervention urgente du pouvoir exécutif¹¹⁸.

C'est par le rappel de ces principes qu'au sein de l'avis commenté, la section de législation entame l'analyse de l'article 4, § 1^{er}, de l'avant-projet, lequel prévoit que les mesures en vue de prévenir ou de limiter les conséquences de la situation d'urgence épidémique sont adoptées par arrêté ministériel délibéré en Conseil des ministres¹¹⁹.

¹¹⁰ Voy. *supra*, n° 14.

¹¹¹ Accord de coopération du 27 septembre 2021 visant à la modification de l'accord de coopération du 14 juillet 2021 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Commission communautaire commune, la Région wallonne et la Commission communautaire française concernant le traitement des données liées au certificat COVID numérique de l'UE et au COVID Safe Ticket, le PLF et le traitement des données à caractère personnel des travailleurs salariés et des travailleurs indépendants vivant ou résidant à l'étranger qui effectuent des activités en Belgique. Cet accord de coopération prévoit en revanche, par analogie avec le dispositif décrit *supra*, n° 16, une obligation de concertation entre les différentes entités fédérées concernées dans l'hypothèse où la décision de l'entité compétente en matière de médecine préventive d'activer l'utilisation du *Covid Safe Ticket* a un impact significatif dans des domaines politiques relevant de la compétence d'une ou plusieurs autre(s) entité(s) fédérée(s) (voy. l'article 7 qui insère un article 13bis, § 6, dans l'accord de coopération précité du 14 juillet 2021).

¹¹² C.E., avis n° 70.163/VR, donné le 23 septembre 2021, point 5.2. Concernant la situation bruxelloise en particulier, la section de législation, dans l'avis qu'elle a remis sur le projet d'ordonnance de la COCOM relative à l'extension du COVID Safe Ticket en cas de nécessité découlant d'une situation épidémiologique particulière, a considéré que celle-ci pouvait, en vertu des compétences implicites visées à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, imposer des obligations en la matière aux institutions qui, en raison de leurs activités ou de leur organisation, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à la Communauté française ou à la Communauté flamande (avis n° 70.205/VR donné le 28 septembre 2021, pt. 4.5).

¹¹³ Sur cette déclaration, voy. *infra*, n°s 30 et s.

¹¹⁴ Loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, art. 48, alinéa 2, qui se réfère à l'article 4, § 2^{quater}, 1°, de la loi du 26 juillet 1971 organisant les agglomérations et les fédérations de communes.

¹¹⁵ Sur ce principe, voy. H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, *Droit constitutionnel. Approche critique et interdisciplinaire*, t. 1., L'État, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 361-363.

¹¹⁶ F. BELLEFLAMME, « La forme et la matière dans la définition du règlement aujourd'hui », in I. HACHEZ *e.a.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, Bruxelles/Limal, Université Saint-Louis/Anthemis, 2012, pp. 321-322 ; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS et T. DE PELSMAKER, *Belgisch Publiekrecht*, Bruges, Die Keure, 2015, pp. 141-144 ; J. VELAERS, *De Grondwet. En artikelsgewijze commentaar*, Bruges, Die Keure, 2019, deel II, pp. 73-76 ; M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 3^e éd., Limal, Anthemis, 2020, pp. 540-543 ; S. VAN DROOGHENBROECK, L. DETROUX, L. VANCRAEYBECK, J. VAN NIEUWENHOVE, X. DELGRANGE et C. JENART, « Les délégations de pouvoir réglementaire "internes" à un Pouvoir exécutif », in E. VANDENBOSSCHE (dir.), *Regeren anno 2020*, Bruges, Die Keure-La Chartre, 2020, pp. 75-111.

¹¹⁷ À ce sujet, voy. J. CLARENNE et C. ROMAINVILLE, « La légalité face à l'autonomie des assemblées parlementaires et des gouvernements », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 423-476. La séparation des pouvoirs qui sous-tend cette non-ingérence apparaît néanmoins devoir être articulée avec un principe démocratique au nom duquel il apparaît admissible que le législateur proscrive certaines délégations (voy. S. VAN DROOGHENBROECK, L. DETROUX, L. VANCRAEYBECK, J. VAN NIEUWENHOVE, X. DELGRANGE et C. JENART, « Les délégations de pouvoir réglementaire "internes" à un Pouvoir exécutif », *op. cit.*, pp. 108-110).

¹¹⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, L. DETROUX, L. VANCRAEYBECK, J. VAN NIEUWENHOVE, X. DELGRANGE et C. JENART, « Les délégations de pouvoir réglementaire "internes" à un Pouvoir exécutif », *op. cit.*, pp. 81-84.

¹¹⁹ Points 58-60 de l'avis commenté.

Le rappel de cet état de la jurisprudence n'a rien d'anodin puisqu'il s'inscrit dans le contexte d'une pandémie contre laquelle le Gouvernement fédéral a lutté à coups d'arrêtés ministériels. Il restait au Conseil d'État soit d'adapter sa jurisprudence à la pratique suivie durant la crise du Covid-19, soit d'en rester à ces enseignements classiques. Chacune des branches de cette alternative menait à une forme de revirement.

En retenant la première, le Conseil d'État aurait renoncé à une jurisprudence qui, pour citer l'avis commenté, si elle n'a été « mise en place que progressivement au sein du Conseil d'État, est suivie depuis de nombreuses années déjà ». Ce revirement aurait pu paver le chemin à un recours plus appuyé aux arrêtés ministériels, y compris dans des circonstances autres qu'épidémiques.

Le Conseil d'État a fait le choix de l'autre branche de l'alternative, rejoignant ainsi les critiques émises par une série de constitutionnalistes¹²⁰. Emprunter cette voie impliquait néanmoins une prise de distance avec la jurisprudence et la jurisprudence plus directement liées aux données juridiques de la gestion de la pandémie de Covid-19. En effet, la section de législation n'a pas émis d'observations critiques à l'encontre des délégations au ministre de l'Intérieur lorsqu'elle eut à se prononcer sur les avant-projets devenus la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile, la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police et la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile sur la base desquelles ont été pris les multiples arrêtés ministériels portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19. Dans l'avis commenté, elle le reconnaît de manière parfaitement transparente¹²¹, et admet que la section du contentieux administratif n'a pas davantage fait droit aux moyens contestant ces délégations, le problème se trouvant dans les lois dont elle ne pouvait contrôler la constitutionnalité¹²².

25. « Dans le passé » : à trois reprises ces mots sont formulés par la section de législation

du Conseil d'État, « consciente de l'historicité du droit » ; son avis ne se prononce pas sur cette époque « où les règles de délégation n'étaient pas interprétées d'une manière aussi stricte », pas plus qu'elle n'estime nécessaire de se positionner « dans le contexte actuel de la pandémie du Covid-19 » ; elle ne tranchera la question que « pour l'avenir »¹²³.

L'on pouvait augurer que le Conseil d'État n'aurait pas les coudées franches pour prendre le contre-pied de son positionnement durant la présente pandémie. Au-delà du fait qu'il s'agissait de se dédire, n'y avait-il pas un risque de générer de l'insécurité juridique et, en conséquence, de fragiliser la politique de lutte contre le Covid-19 ? On ne peut d'ailleurs totalement exclure qu'un tel raisonnement conséquentialiste ait inspiré la section du contentieux administratif dans ses nombreux arrêts de rejet.

Le procédé argumentatif de l'avis commenté consistant à distinguer les temporalités permet de « délier le passé »¹²⁴. Sans entériner, mais aussi sans remettre en question ni l'avant Covid ni le présent de la pandémie, la section de législation se donne les marges de manœuvre nécessaires pour aménager l'avenir. On peine à dater précisément ce passé permissif « où les règles de délégation n'étaient pas interprétées d'une manière aussi stricte » lorsque sont cités trois avis de 1962, 1998 et 2007, alors qu'à tout le moins dans les décennies 1990 et 2000, les limites aux délégations ministérielles étaient déjà solidement ancrées dans la jurisprudence¹²⁵. Il n'en reste pas moins que l'argument, fût-il rhétorique, permet de remettre en cause le choix de la continuité opérée dans l'avant-projet. Ce faisant, le Conseil d'État fait l'économie d'autres interrogations, comme celle de savoir si les fondements légaux invoqués pouvaient servir d'appui à des mesures normatives ou s'ils ne permettaient que l'adoption d'arrêtés à portée individuelle¹²⁶.

26. Le Conseil d'État, sans même qu'il n'estime devoir s'expliquer sur l'évidence, à savoir que les mesures visées ne relèvent pas de l'accessoire ou du détail, examine si une délégation prévue par une loi peut être justifiée par des

¹²⁰ Voy. les contributions écrites sur l'avant-projet, reproduites dans le rapport de la Commission de l'Intérieur (*Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1897/001), de Céline Romainville (pp. 292-293), Marc Verdussen (pp. 309-310), Patricia Popelier (pp. 318-319) et Hendrik Vuye (pp. 588-589). Voy. ég. F. BOUHON, A. JOUSTEN, X. MINY et E. SLAUTSKY, « L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », *C.H. CRISP*, 2020/1, n° 2446, pp. 13-14 ; et la carte blanche signée par vingt-cinq constitutionnalistes, « Sortez le parlement de quarantaine ! », *Le Soir*, 2 novembre 2020. Voy. ég. l'avis du Conseil supérieur de la Justice sur l'avant-projet de loi « pandémie », pp. 7 et 13 ; et X. VAN GILS et M. KAISER, Observations d'avocat.be sur l'avant-projet de loi pandémie, pp. 1-4.

¹²¹ Points 62-63.3 de l'avis commenté.

¹²² Voy. les arrêts cités dans le point 64 de l'avis commenté.

¹²³ Point 65 de l'avis commenté.

¹²⁴ À ce propos, voy. F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, pp. 153-155.

¹²⁵ Voy. les références citées *supra*, note n° 116.

¹²⁶ Dans l'avis commenté, le Conseil d'État affirme explicitement qu'il ne se prononce pas sur les pouvoirs conférés au ministre de l'Intérieur de prendre des mesures de police individuelles, appliquées à certaines personnes ou situations (*cf.* note n° 109).

motifs objectifs qui requièrent une intervention urgente¹²⁷. Deux arguments sont invoqués par le Conseil d'État pour contester, « sauf dans des situations très exceptionnelles », la délégation au ministre de l'Intérieur¹²⁸.

Premier argument : les moyens de transport et de communication de 2021 rendent peu vraisemblable l'hypothèse que le temps manque pour obtenir la signature royale d'un arrêté. À cet égard, la crise sanitaire n'a pas fait progresser la dématérialisation des documents officiels au point d'admettre qu'un arrêté royal puisse se passer de la signature manuscrite du Roi. Bien qu'aucune loi n'exige le caractère manuscrit de cette signature¹²⁹, l'on peut considérer qu'il s'impose en raison de la fonction d'authentification qu'elle remplit¹³⁰ et qu'à l'instar des modifications auxquelles il a fallu procéder en droit de la preuve, les conditions selon lesquelles une signature peut être donnée électroniquement par un organe du pouvoir exécutif doivent faire l'objet d'une intervention législative ou réglementaire. Une proposition de loi, pendante depuis plusieurs législatures, vise à cet égard à permettre au chef de l'État d'apporter sa signature électronique aux projets de loi et d'arrêté¹³¹, en vue notamment d'éviter les coûteux et polluants trajets ayant pour seul objectif de soumettre des textes à la signature du Roi depuis l'étranger¹³². Ironie de l'histoire : la sanction et la promulgation de la loi « pandémie » furent données depuis le lieu de vacances du Roi, sur l'Île d'Yeu.

La même problématique concerne du reste les ministres, si bien que l'impossibilité pour un ministre de l'Intérieur d'apporter sa signature manuscrite pourrait aussi générer des difficultés s'il est directement habilité par la loi. Il n'en demeure pas moins que les remèdes constitutionnels en cas d'incapacité de signer revêtent une

ampleur distincte selon l'hypothèse rencontrée : d'un côté, impossibilité de régner visée à l'article 93 de la Constitution ce qui implique – en principe – la désignation d'un régent, de l'autre, modification de l'arrêté royal de nomination en vue de changer la répartition des compétences entre les ministres. On peut comprendre dans ces circonstances que le Conseil d'État ait laissé la porte ouverte, à titre d'exception, à une délégation au ministre de l'Intérieur lorsqu'en situation d'urgence épidémique doivent être prises des mesures « qui ne peuvent souffrir aucun retard »¹³³.

Il faut cependant articuler ces développements avec le second argument au nom duquel le Conseil d'État accueille fraîchement la délégation ministérielle : celle-ci est assortie d'une exigence de délibération préalable du Conseil des ministres, ainsi que d'une concertation au sein des organes compétents dans le cadre de la gestion de crise. Difficile aux yeux du Conseil d'État de plaider l'urgence quand de telles formalités sont prescrites en parallèle, d'autant qu'il avait tenu cette ligne dans un récent avis n° 64.911/1 du 10 janvier 2019 qu'il cite, lequel, de surcroît, avait été suivi sur ce point par le législateur. La crise sanitaire a remis en lumière les rapports subtils entre délibération et délégation au niveau du Gouvernement fédéral. À l'échelle fédérée, le schéma, tracé par l'article 69 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, est relativement simple : soit il s'agit d'un arrêté de Gouvernement délibéré en son sein, soit il s'agit d'un arrêté ministériel qui n'est pas le fruit d'une délibération gouvernementale. L'intervention du chef de l'État ajoute une dimension qui a pour conséquence de dédoubler les hypothèses pour en atteindre quatre : il y a des arrêtés royaux non délibérés en Conseil des ministres – l'article 106 de la Constitution utilise le singulier lorsqu'il requiert le contreseing d'un ministre –, des arrêtés royaux délibérés en Conseil des ministres – lorsque la Constitution ou la loi l'exigent, et, plus généralement, pour toutes les affaires politiques importantes en vertu d'une convention de la Constitution¹³⁴ –, des arrêtés ministériels non délibérés en Conseil des ministres – en sachant que le Roi ne peut déléguer à un ministre l'essence d'une mesure dont la loi prescrit qu'elle soit arrêtée après délibération du Conseil des

¹²⁷ Notons qu'avant la crise, la doctrine s'était montrée circonspecte sur cette exception à l'interdiction de déléguer au-delà de l'accessoire et pensait percevoir les frémissements d'une jurisprudence récente moins ouverte à admettre cette exception (voy. S. VAN DROOGHENBROECK, L. DETROUX, L. VANCRAVEBECK, J. VAN NIEUWENHOVE, X. DELGRANGE et C. JENART, « Les délégations de pouvoir réglementaire "internes" à un Pouvoir exécutif », *op. cit.*, pp. 100-101 et les références citées).

¹²⁸ Point 66 de l'avis commenté.

¹²⁹ La doctrine n'évoque qu'à peine cette question qui, il est vrai, ne se posait pas avec la même acuité avant la crise sanitaire. Voy. cependant, s'agissant de la sanction et de la promulgation des lois, C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *Principes de droit constitutionnel belge*, Bruxelles, La Chartre, 2019, pp. 205-206.

¹³⁰ Sur cette fonction, voy. P.-Y. MONETTE, *Métier de Roi. Famille. Entourage. Pouvoir*, Bruxelles, Alice Éditions, 2002, pp. 177-178. Sur la mécanique concrète de traitement par le Palais des textes à signer, voy. A. MOLITOR, *La fonction royale en Belgique*, Bruxelles, Crisp, 2^e éd., 1994, pp. 94-98.

¹³¹ *Doc. parl.*, Ch., sess. ext. 2019, n° 55-239/001.

¹³² Dont certains ont défrayé la chronique, voy. V. ROCOUR, « La signature royale bientôt électronique ? », *La Libre Belgique*, 26 décembre 2014.

¹³³ Point 67 de l'avis commenté.

¹³⁴ Voy. H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, *Droit constitutionnel. Approche critique et interdisciplinaire*, t. 1. *L'État*, *op. cit.*, p. 334.

ministres¹³⁵ –, et des arrêtés ministériels délibérés en Conseil des ministres – à leur propos, le Conseil d'État concédait en 2013 ne pas avoir « d'emblée connaissance de cas où la délibération en Conseil des ministres est requise »¹³⁶ –.

Il est frappant de constater que les travaux préparatoires du projet soumis au Conseil d'État ne s'expliquent pas sur le choix de l'arrêté ministériel, si ce n'est par la volonté de reproduire la ligne de commandement classique en matière de gestion de crise¹³⁷ : ministre de l'Intérieur, gouverneur et bourgmestre¹³⁸. Il n'en demeure pas moins qu'en tant qu'il s'agit de prendre des mesures réglementaires cette délégation aurait à tout le moins dû faire l'objet de la démonstration de son admissibilité au regard des critères ci-avant évoqués qui se dégagent de la jurisprudence. La délibération – qui, elle, n'est pas prévue dans le schéma classique de gestion de crise – a fait l'objet d'une justification à peine plus circonstanciée¹³⁹. Le législateur a plaidé qu'elle pouvait avoir lieu de manière flexible et rapide¹⁴⁰. Il est vrai que, contrairement à la signature royale qui doit se matérialiser de manière manuscrite, les ministres – ou plus souvent le kern – peuvent aboutir à un consensus à distance, par visioconférence ou *via* une procédure électronique où la décision est acquise en l'absence de réaction endéans une échéance déterminée.

27. Comme déjà évoqué, le Conseil d'État laisse la porte ouverte dans l'avis commenté à la délégation au ministre de l'Intérieur pour les situations très exceptionnelles. Néanmoins, il invite à s'interroger en pareille hypothèse sur

l'opportunité de maintenir la délibération en Conseil des ministres et la concertation préalable au sein des organes compétents dans le cadre de la gestion de crise. L'article 4, § 1^{er}, du texte finalement adopté charge désormais le Roi d'arrêter les mesures de police après délibération du Conseil des ministres et concertation au sein des organes compétents dans le cadre de la gestion de crise, tout en prévoyant, par dérogation, en cas de péril imminent, que les mesures qui ne peuvent souffrir aucun retard peuvent être prises par le ministre de l'Intérieur par arrêté ministériel délibéré en Conseil des ministres.

Ainsi, le législateur n'a que partiellement suivi le Conseil d'État. On peut regretter à cet égard que ce dernier ne se soit pas positionné sur la justification apportée par l'auteur du projet de prévoir la délibération afin de renforcer le soutien gouvernemental aux mesures de police. Ne peut-on pas penser qu'un arrêté, fût-il simplement ministériel, devant être délibéré offre davantage de garanties, notamment du point de vue de la qualité de la norme et de la protection des droits fondamentaux¹⁴¹ ? Si l'arrêté royal pris en dehors des situations très exceptionnelles doit être délibéré, n'est-il pas logique, pour autant que ce soit matériellement possible, que l'arrêté ministériel le soit également ? En revanche, le législateur a suivi le Conseil d'État en supprimant la concertation au sein des organes compétents dans le cadre de la gestion de crise en pareille situation. On notera aussi que le Conseil d'État n'a pas suggéré la piste qu'il avait admise en examinant l'avant-projet devenu la loi du 27 mars 2014 portant insertion du Livre XVIII « Instruments de gestion de crise » dans le Code de droit économique et portant insertion des dispositions d'application de la loi propres au livre XVIII, dans le livre XV du Code de droit économique, à savoir la confirmation de l'arrêté ministériel « le plus vite possible » par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres¹⁴².

28. Le Conseil d'État conclut ses observations consacrées à la problématique des arrêtés ministériels en alléguant que « les fondements juridiques prévoyant de telles délégations devront faire l'objet d'une interprétation stricte » ; une manière d'insister une dernière fois sur le fait que si, dans le passé, des dispositions législatives

¹³⁵ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, L. DETROUX, L. VANCRAVEBECK, J. VAN NIEUWENHOVE, X. DELGRANGE et C. JENART, « Les délégations de pouvoir réglementaire "internes" à un Pouvoir exécutif », *op. cit.*, pp. 102-104.

¹³⁶ Avis n° 53.020/1/2 donné le 10 avril 2013, p. 20.

¹³⁷ « Le rôle du ministre de l'Intérieur en pareilles circonstances est traditionnellement admis et se justifie par sa mission de protection de la population. Le présent projet poursuit donc dans la même lignée afin de maintenir une cohérence générale dans la manière dont s'exercent les pouvoirs de police administrative à l'échelle du Royaume dans des situations d'urgence » (*Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1897/001, p. 92).

¹³⁸ Voy. not. l'arrêté royal du 31 janvier 2003 portant fixation du plan d'urgence pour les événements et situations de crise nécessitant une coordination ou une gestion à l'échelon national et l'arrêté royal du 22 mai 2019 relatif à la planification d'urgence et la gestion de situations d'urgence à l'échelon communal et provincial et au rôle des bourgmestres et des gouverneurs de province en cas d'événements et de situations de crise nécessitant une coordination ou une gestion à l'échelon national. De manière plus générale, voy. A. VASSART, *Police administrative et maintien de l'ordre public*, coll. RPDB, Bruxelles, Bruylant, 2021, pp. 30-36.

¹³⁹ « Les arrêtés ministériels seront délibérés en Conseil des ministres, pour que les mesures proposées dans les arrêtés ministériels soient dans tous les cas suffisamment soutenues au sein du Gouvernement » ; la délibération « garantit une prise de décision concertée ainsi qu'une adhésion des membres du gouvernement aux décisions ainsi prises » (*Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1897/001, pp. 85-92).

¹⁴⁰ *Cfr.* la note n° 111 de l'avis commenté.

¹⁴¹ Plus loin dans l'avis commenté, le Conseil d'État fait d'ailleurs lui-même de la délibération au Conseil des ministres une garantie procédurale de nature à assurer la mise en balance des intérêts en cause et, partant, de garantir le respect du principe de proportionnalité. Voy. *infra*, n° 50.

¹⁴² Avis n° 54.380/1 donné le 13 décembre 2013, pp. 9-10.

assez générales ont servi de fondement à des arrêtés ministériels contenant des mesures aussi nombreuses que variées, le pouvoir du ministre de l'Intérieur devra être davantage balisé à l'avenir.

IV. LA GARANTIE DE LÉGITIMITÉ DÉMOCRATIQUE DANS LE CADRE DE LA LUTTE CONTRE LA PANDÉMIE : LE RÔLE DU PARLEMENT EN TEMPS DE CRISE

29. Dans l'avis commenté, la section de législation du Conseil d'État a été amenée à se prononcer sur différentes dispositions garantissant l'implication du Parlement dans la gestion de crise sanitaire. À l'aune des choix du législateur en la matière, quatre éléments ont retenu l'attention du Conseil d'État : le statut particulier de l'activation du régime d'urgence épidémique par arrêté royal et de sa confirmation législative (A), le contrôle parlementaire de la qualité de l'expertise prévue en amont de cette activation ainsi que durant la période de crise (B), la nécessité d'une intervention législative pour restreindre les droits et libertés fondamentaux dans ce contexte (C) et, enfin, l'autonomie parlementaire comme obstacle à l'attribution par la loi d'une mission d'évaluation législative à la Chambre (D).

A. LE STATUT JURIDIQUE DE L'ARRÊTÉ ROYAL DÉCLARANT LA SITUATION D'URGENCE ÉPIDÉMIQUE ET SA CONFIRMATION PARLEMENTAIRE

30. En temps de crise, le pouvoir exécutif dispose classiquement d'importantes prérogatives tout à fait exceptionnelles par rapport au droit commun. Il présente en effet des garanties en matière de rapidité et d'efficacité que n'offrent pas les procédures parlementaires, lourdes à mettre en œuvre par nature. Le Parlement n'est pas mis hors-jeu pour autant : il exerce, dans cette hypothèse, une importante mission de contrôle du Gouvernement, dont le caractère crucial est proportionnel à l'étendue des pouvoirs exceptionnels accordés à celui-ci.

Dans cette perspective, l'avant-projet de loi soumis à la consultation de la section de législation du Conseil d'État entend assurer un meilleur équilibre (ou atténuer le déséquilibre) des rôles attribués à chacun dans le déclenchement de la gestion de l'urgence épidémique. Il prévoit en effet que les mesures pouvant être prises dans cette hypothèse nécessitent au préalable l'adoption

d'un arrêté royal déclarant une situation d'urgence épidémique définie par une série de critères cumulatifs qui renvoient à la gravité de la menace, au grand nombre de personnes (potentiellement) touchées, à l'ampleur des conséquences sur le système de santé et à la nécessité d'une coordination et d'une gestion nationale¹⁴³. Cette situation peut, par ailleurs, être reconnue par l'OMS et la Commission européenne¹⁴⁴.

L'existence de cet « arrêté-mère » est la condition *sine qua non*¹⁴⁵. La technique par laquelle le Roi est amené à constater une situation de crise n'est d'ailleurs pas étrangère au droit constitutionnel belge. Dans la même optique, l'article 167, § 1^{er}, alinéa 2, de la Constitution lui confie le soin de constater l'état de guerre¹⁴⁶. Toutefois, à la différence notable de la situation de conflit armé, les acteurs politiques ont ici souhaité associer le Parlement à une telle constatation. Concrètement, l'avant-projet de loi prévoit que l'arrêté royal déclarant l'urgence épidémique soit confirmé par une loi, afin d'initier un débat sur cette question¹⁴⁷. L'intervention parlementaire est ainsi perçue comme une importante garantie contre l'arbitraire du pouvoir exécutif¹⁴⁸.

31. Le statut juridique de l'arrêté royal déclarant la situation d'urgence épidémique est singulier. Dans son avis, la section de législation considère que « de tels arrêtés royaux ne présentent pas le caractère réglementaire requis au sens de l'article 3, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et qu'ils ne devront en conséquence pas être soumis à l'avis de la section de législation. La portée de la notion de caractère réglementaire au sens de cette disposition doit en effet être clairement distinguée de celle qui lui est donnée au sens de l'article 14, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des mêmes lois coordonnées, relatif à la compétence de la

¹⁴³ Art. 3 et 4, § 1^{er}, de l'avant-projet de loi et art. 3 et 4, § 1^{er}, de la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique.

¹⁴⁴ Ce dernier critère doit être compris de manière facultative, ainsi que le précise le commentaire de l'article 2 (*Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1951/001, p. 15). Dans l'avis commenté, le Conseil d'État avait considéré qu'un tel critère étant dépourvu de portée normative, il ne devait pas figurer dans le dispositif (point 81). Le législateur a néanmoins décidé de l'y maintenir par souci de clarté.

¹⁴⁵ Voy. not. *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1951/005, p. 75.

¹⁴⁶ Le Parlement est traditionnellement mis hors-jeu dans le cadre du commandement des forces armées, ce qui n'est pas sans soulever quelques objections à l'aune des exigences démocratiques actuelles. Sur cette question, voy. not. H. DUMONT, « De la crise du principe de légalité à son redéploiement à l'aune d'un nouvel équilibre entre État de droit et démocratie », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 826-863 ; M. VERDUSSEN, *Réenchanger la Constitution*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2019, pp. 68-69.

¹⁴⁷ *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1951/001, p. 16.

¹⁴⁸ Voy. not. *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1951/005, p. 42.

section du contentieux administratif du Conseil d'État », de telle sorte qu'« un avant-projet de loi de confirmation de tels arrêtés royaux ne revêt pas le caractère d'une loi matérielle au sens de l'article 3, § 1^{er}, alinéa, 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, en ce sens qu'elle n'établit pas non plus une nouvelle règle de droit ; un tel avant-projet n'a donc tout simplement pas non plus à être soumis à l'avis de la section de législation »¹⁴⁹. Il faut rappeler qu'aux termes de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation du Conseil d'État doit être saisie de tous projets d'arrêtés *réglementaires*. Cette disposition dispense en outre les autorités de l'obligation de saisine en cas d'avant-projet de loi, de décret ou d'ordonnance relatifs aux budgets, aux comptes, aux emprunts, aux opérations domaniales et au contingent de l'armée¹⁵⁰. La section de législation précise que le terme « réglementaire » revêt, dans le cadre de l'article 3 précité, « une signification particulière qui est moins étendue que la définition habituelle des règles de droit matériel. En d'autres termes, il y a un certain nombre de cas dans lesquels des règles de droit matériel sont contenues dans des arrêtés qui ne sont cependant pas considérés comme réglementaires et pour lesquels la section de législation ne s'estime pas compétente »¹⁵¹. On en déduit traditionnellement que l'« énumération, à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, des projets exclus de l'obligation de consultation illustre simplement le principe selon lequel les textes dépourvus de portée normative générale ne doivent pas être soumis pour avis à la section de législation »¹⁵².

C'est donc dans la droite ligne de sa jurisprudence¹⁵³ que la section de législation se considère, dans l'avis commenté, incompétente pour connaître du projet d'arrêté royal déclarant l'urgence épidémique qui devait initialement être

adoptée dans un délai de deux jours suivant l'entrée en vigueur dudit arrêté¹⁵⁴ – délai porté à quinze jours dans la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique¹⁵⁵. Un tel acte n'est, en effet, pas de nature réglementaire, en ce qu'il est dépourvu de caractère normatif : il n'édicte aucune règle de droit nouvelle, mais épuise ses effets par son application. Il n'a pour seul effet que de constituer une formalité préalable aux arrêtés de police administrative visés à l'article 4 de l'avant-projet de loi¹⁵⁶, qui peuvent avoir, quant à eux, une portée normative. Le respect des conditions préalables à l'activation du régime d'urgence ne pourra faire l'objet d'un contrôle *a priori*. Or, ces conditions présentent d'importantes garanties démocratiques tendant à éviter les abus du pouvoir exécutif. Ainsi, la situation d'urgence épidémique ne peut pas dépasser trois mois, l'arrêté royal doit être délibéré en Conseil des ministres après avis du ministre de la Santé et une analyse de risque démontrant qu'il s'agit d'une situation d'urgence épidémique est requise¹⁵⁷.

Toujours dans le sillage de sa jurisprudence, le Conseil d'État considère aussi que la confirmation législative d'un tel arrêté royal n'a pas à lui être soumise¹⁵⁸. Ce passage de l'avis a joué un rôle dans la procédure parlementaire de confirmation de l'arrêté royal du 28 octobre 2021 portant la déclaration de la situation d'urgence épidémique concernant la pandémie de coronavirus COVID-19. Le service des Affaires juridiques de la Chambre a considéré que la proposition de loi

¹⁵⁴ Un tel délai est apparu à la section de législation « incompatible avec la saisine de la section de législation du Conseil d'État », sans que cela ne soit toutefois problématique à ses yeux, dès lors qu'elle constate dans la foulée qu'étant dépourvu de caractère normatif, le projet de loi de confirmation, pas plus que l'avant-projet d'arrêté royal, ne relevaient de sa compétence (voy. l'avis commenté, pp. 47 et s.).

¹⁵⁵ Voy. *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1951/005, p. 27: « le délai dont dispose le Parlement pour confirmer l'arrêté royal qui décrète ou maintient une situation d'urgence épidémique a été porté à quinze jours, ce qui permet un débat parlementaire approfondi ».

¹⁵⁶ Devenu article 4 de la loi du 14 août 2021.

¹⁵⁷ Observons à l'inverse que la condition que le Collège réunion constate que la situation épidémiologique dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale exige l'usage du *Covid safe ticket* avant de pouvoir l'imposer (article 5, § 1^{er}, de l'ordonnance de la Commission communautaire commune du 14 octobre 2021 relative à l'extension du COVID Safe Ticket en cas de nécessité découlant d'une situation épidémiologique particulière) a pu faire l'objet d'un contrôle du Conseil d'État. Ce contrôle était limité sans être inexistant : « Même si le Conseil d'État ne dispose pas des connaissances scientifiques et factuelles requises pour apprécier adéquatement si les éléments invoqués concernant la situation épidémiologique dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale justifient les mesures en projet, il lui apparaît néanmoins que la condition prescrite à l'article 5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'ordonnance, est remplie » (avis n° 70.279/3 donné le 15 octobre 2021, p. 15).

¹⁵⁸ Voy. la note infrapaginale 142 de l'avis commenté et les références citées.

¹⁴⁹ Point 48 de l'avis commenté.

¹⁵⁰ Même si ces cinq exceptions semblent s'appliquer de manière indistincte aux avant-projets de loi et aux projets d'arrêtés réglementaires, il y a lieu de constater qu'elles relèvent toutes de matières réservées à la loi formelle. Elles échappent en principe à la compétence du Pouvoir exécutif. En ce sens, not. J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 166-167.

¹⁵¹ *Vade-mecum* sur la procédure d'avis devant la section de législation du Conseil d'État, p. 6, disponible sur http://www.raadvst-consetat.be/?page=proc_consult&lang=fr.

¹⁵² Voy. not. avis de la section de législation du Conseil d'État du 20 avril 2010, n° 48.129/3, sur un avant-projet de loi « portant confirmation de l'arrêté royal du 6 avril 2010 portant reconnaissance des organisations professionnelles de praticiens d'une pratique non conventionnelle ou d'une pratique susceptible d'être qualifiée de non conventionnelle reconnues », p. 3, note 3.

¹⁵³ Voy. la note infrapaginale 141 de l'avis commenté et les références citées.

concernée ne pouvait faire l'objet d'une deuxième lecture en commission, compte tenu du fait que les textes dépourvus de portée normative sont exclus de cette procédure¹⁵⁹. Que le fondement réglementaire de la deuxième lecture reprend en grande partie l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées du Conseil d'État suffit à rendre applicable le raisonnement tenu dans l'avis commenté à la deuxième lecture. L'objectif de garantir un débat parlementaire approfondi qui a motivé l'allongement du délai de confirmation à quinze jours ne peut donc être atteint par l'instrument de la deuxième lecture.

32. Ces conditions peuvent-elles faire l'objet d'un contrôle *a posteriori* ? Dans le laps de temps qui sépare l'adoption de l'arrêté royal déclarant la situation d'urgence épidémique de sa confirmation, la compétence de la section du contentieux administratif du Conseil d'État – qui par hypothèse devrait être saisie en extrême urgence – paraît assez incertaine. En effet, l'arrêté déclarant la situation d'urgence épidémique ne cause pas, en lui-même, grief. À notre estime, seuls les futurs arrêtés de police administrative seront de nature à revêtir une telle portée. La question de l'intérêt à agir des requérants éventuels demeure ouverte.

En toute hypothèse, une fois l'arrêté royal confirmé, la section du contentieux administratif devrait constater son incompétence au moment de statuer. Comme le souligne la section de législation dans son avis, « la section du contentieux ne dispose pas non plus de la compétence de contrôler la conformité tant de l'arrêté confirmé que de la loi de confirmation avec l'article 2 de la loi, et ce quant aux mesures de police administrative adoptées lors d'une situation d'urgence épidémique et qui seraient contestées devant elle »¹⁶⁰. En cas de non-confirmation, l'arrêté royal déclarant la situation d'urgence sanitaire disparaît simplement de l'ordonnancement juridique, mais aura néanmoins valablement « produit effet »¹⁶¹. Pratiquement, ce

n'est que dans cette hypothèse que la question de la compétence du Conseil d'État pourrait se poser. Dans les faits, l'on voit mal cet « arrêté-mère » faire l'objet d'un recours autonome : il y a fort à parier que l'éventuel recours portera à la fois sur l'arrêté déclarant la situation d'urgence épidémique et sur un ou plusieurs arrêtés de police pris sur cette base. Il reste qu'à notre sens, l'arrêté royal déclarant la situation d'urgence épidémique non confirmé peut faire l'objet d'un contrôle incident sur la base de l'article 159 de la Constitution à l'occasion de l'examen des arrêtés de police pris à la suite de celui-ci. Il appartiendrait ainsi au juge d'écartier le premier arrêté en cas de non-respect des conditions de validité imposées par la loi.

Par ailleurs, dans l'hypothèse d'une confirmation législative, l'arrêté – devenu une disposition législative par l'effet de la validation – relèvera de la compétence de la Cour constitutionnelle. De jurisprudence constante, la Cour s'estime en effet compétente pour contrôler les lois purement formelles¹⁶², en ce compris les lois de validation¹⁶³, puisqu'une fois l'arrêté d'activation confirmé par la loi, « il devient lui-même, dès la date de son entrée en vigueur, une disposition législative ». Partant, il convient de faire application de la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle en la matière selon laquelle « la Cour est compétente pour contrôler si la loi, qui s'est approprié les dispositions de l'arrêté royal, ne viole pas une des dispositions constitutionnelles dont elle doit assurer le respect »¹⁶⁴. Néanmoins, en l'occurrence, l'examen de la Cour ne couvrira pas les conditions préalables à l'activation du régime d'urgence : comme le souligne la section de législation dans son avis, « force est de constater que l'étendue du contrôle de la Cour constitutionnelle dans ce cas ne peut être assimilée à celle du contrôle de la section du contentieux administratif du Conseil d'État sur l'arrêté à confirmer. En vertu de l'article 142 de la Constitution et des articles 1^{er} et 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, la Cour constitutionnelle n'est en effet pas compétente pour contrôler le respect, par l'arrêté confirmé, des dispositions de l'avant-projet de loi conditionnant l'adoption de cet

¹⁵⁹ *Doc. parl.*, Ch., 2021-2022, n° 55-2295/002, pp. 34-35.

¹⁶⁰ Avis commenté, pt 55.

¹⁶¹ *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1951/005, p. 44 : « concernant les conséquences de la non-confirmation par la loi de l'arrêté royal déclenchant la situation d'urgence épidémique, la ministre confirme que cet arrêté royal cesse dans ce cas de sortir ses effets pour l'avenir. La non-confirmation n'a donc pas d'effet rétroactif et les amendes infligées pendant la période de validité de l'arrêté restent dues ». Le principe est identique dans le cadre des pouvoirs spéciaux, lorsque la loi d'habilitation prévoit que les arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux doivent faire l'objet d'une confirmation législative ultérieure et que la loi n'intervient pas dans le délai prévu ou ne confirme pas ceux-ci (M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, op. cit., p. 552 ; M. LEROY, « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », *A.P.T.*, 2014, pp. 500-501). Voy. aussi *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1951/005, pp. 53-54. On précisera cependant que dans le cas où les pouvoirs spéciaux sont accordés dans une matière réservée à la loi, le

défaut de confirmation législative entraînera une abrogation *ex tunc* des arrêtés concernés.

¹⁶² G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 96 et s. et les références citées ; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 115 et s. et les références citées.

¹⁶³ G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 110.

¹⁶⁴ C.C., 7 juillet 2016, n° 107/2016, B.3.2, al. 1^{er} ; C.C., 9 juin 2016, n° 89/2016, B.8.2 ; C.C., 29 octobre 2009, n° 170/2009, B.9.2 ; C.C., 22 juillet 2003, n° 102/2003, B.4.2, al. 2.

arrêté royal au constat d'une situation d'urgence épidémique »¹⁶⁵. En conséquence, le contrôle de la Cour, s'il est formellement possible, sera en réalité assez vain sur le plan du contenu.

Partant, la section de législation conclut assez logiquement que « dans l'état actuel des compétences de la Cour constitutionnelle et de la section du contentieux administratif du Conseil d'État, il existe une lacune sur le plan de la protection juridique, spécifiquement en ce qui concerne l'arrêté royal confirmé qui déclare la situation d'urgence épidémique ou son maintien, sans préjudice de la protection juridique existante contre les mesures qui sont prises en exécution des articles 4 à 6 de l'avant-projet dès le moment où cet arrêté royal confirmé existe »¹⁶⁶. Pour résorber cette lacune, une modification de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle serait en effet nécessaire. Une telle modification n'a cependant pas été entreprise dans la foulée de l'adoption de la loi pandémie.

B. L'EXIGENCE DE CONSULTATION EXPERTE ET SON CONTRÔLE PARLEMENTAIRE

33. Le rôle du Parlement à l'égard des consultations de spécialistes requises par l'avant-projet de loi « pandémie » varie. Celles-ci sont prévues à deux niveaux.

Primo, le recours à l'expertise est imposé préalablement à l'adoption de l'arrêté royal d'activation dont la nature a été analysée ci-dessus. Celui-ci doit, en effet, être précédé d'une « analyse de risques » réalisée par les « organes chargés de l'appréciation et l'évaluation des risques dans le cadre d'une phase fédérale »¹⁶⁷. Les « données scientifiques » qui ont fondé l'adoption de l'arrêté d'activation doivent ensuite être transmises au Président ou à la Présidente de la Chambre dès son adoption (et, dès lors, préalablement à sa confirmation législative)¹⁶⁸.

Le Conseil d'État a, à leur égard, suggéré de préciser quelque peu cet encadrement en requérant « d'identifier plus précisément dans le dispositif lui-même le(s) auteur(s) de l'analyse de

risque »¹⁶⁹. Le Conseil d'État a, en outre, relevé à juste titre que les « données scientifiques » communiquées à la présidence de la Chambre des représentants ne correspondaient pas, *de jure* du moins, à l'analyse de risques précédemment mentionnée. Au vu du flou qui entoure la notion de « données scientifiques », le Conseil d'État a indiqué que « [p]ar souci de sécurité juridique, il conviendrait [...] de clarifier cette notion, à tout le moins dans l'exposé des motifs »¹⁷⁰.

Si le législateur n'a pas, *in fine*, fourni de précisions quant aux auteurs ou à la qualité de l'expertise préalable – ni prévu une obligation pour le Roi d'en apporter –, l'article 3, § 2, de la loi prévoit en revanche que les données scientifiques doivent désormais contenir *a minima* l'analyse de risques ayant fondé l'arrêté d'activation. La Chambre sera donc mise en mesure de vérifier l'existence de données attestant d'une véritable situation d'urgence avant de confirmer l'arrêté d'activation, pour autant que l'analyse de risques soit d'une qualité suffisante.

Secundo, l'expertise est également imposée en vue de fonder scientifiquement les mesures de police administrative – nous y reviendrons plus en détail ci-dessous¹⁷¹ – : une concertation « au sein des organes compétents dans le cadre de la gestion de crise » doit avoir lieu¹⁷². Ici aussi, le Conseil d'État a suggéré de préciser la consultation expertale visée : en vue de garantir le bon respect du principe de proportionnalité – pris dans son optique procédurale – et le principe de précaution, la section de législation propose que le type d'experts à consulter soit inclus dans le dispositif¹⁷³. La suggestion a été entendue : le texte adopté prévoit que des spécialistes en matière « de droits fondamentaux, d'économie et de santé mentale » doivent notamment être consultés¹⁷⁴. Une transmission de la nature et du contenu de l'expertise au Parlement n'est toutefois pas prévue.

34. L'avis commenté attire l'attention sur ce qui semble être un acquis : l'existence d'une certaine

¹⁶⁵ Avis commenté, pt 54.

¹⁶⁶ Avis commenté, pt 55.

¹⁶⁷ Art. 3, § 1^{er}, de l'avant-projet. La phase fédérale dont il est question renvoie au plan général de gestion de crise, activable par arrêté royal et établi par l'arrêté royal du 31 janvier 2003 portant fixation du plan d'urgence pour les événements et situations de crise nécessitant une coordination ou une gestion à l'échelon national. Ce faisant, la loi en appelle à l'expertise d'organes qui peuvent ne pas être actifs : l'article 3, § 4, de l'avant-projet prévoit expressément l'hypothèse où l'arrêté de déclaration précède l'activation de la phase fédérale et, partant, des organes d'évaluations des risques qui y siègent.

¹⁶⁸ Art. 3, § 2, de l'avant-projet de loi.

¹⁶⁹ Le législateur peut le faire, indique le Conseil d'État, « en précisant, le cas échéant, s'il s'agit d'une analyse commune ou de plusieurs analyses distinctes, ou, à tout le moins, d'habiliter expressément le Roi à apporter ces précisions ». En effet, la juridiction relève que les délégués du Gouvernement ont mentionné que tant le RAG et le RMG (organes sectoriels de crise) que la Ceval (organe général, établi par l'arrêté royal du 31 janvier 2003 précité) pouvaient, par exemple, être les auteurs de l'analyse de risques.

¹⁷⁰ Avis de la section de législation du Conseil d'État, pt 88.

¹⁷¹ Voy., à ce sujet *infra*, n° 51.

¹⁷² Article 4, § 1^{er}, de l'avant-projet.

¹⁷³ Voy. les pts 79 et s. de l'avis commenté. Voy., à ce sujet *infra*, n° 51.

¹⁷⁴ Article 4, § 1^{er}, de la loi. Pour un autre exemple d'interdisciplinarité exigée par une source formelle du droit, voy. l'arrêté royal du 13 novembre 2020 relatif à la composition et au fonctionnement de la cellule de coordination du commissaire Covid-19 et de la commissaire adjointe COVID-19.

exigence de fondement scientifique de l'action publique, qu'elle soit parlementaire ou gouvernementale¹⁷⁵. Dès lors, la question fondamentale n'est plus « une expertise est-elle nécessaire ? », mais plutôt « quelles qualités doit-elle revêtir ? ». En effet, dans un contexte où l'expertise est, de plus en plus, perçue en sciences sociales comme un co-construit qui permet de légitimer une action publique au regard d'une science faussement lisse, plusieurs auteurs plaident pour que le droit joue pleinement son rôle d'encadrement de l'interface savoir-pouvoir¹⁷⁶. Ceci peut prendre, concrètement, la forme d'une inscription dans des sources formelles de la formation, de la composition et du fonctionnement des organes experts qui auront un impact déterminant sur les droits et libertés fondamentaux. Cette œuvre de démocratisation de l'expertise peut également se traduire par une obligation de publicité active des avis émis, ce qui permettrait au Parlement d'exercer pleinement son rôle de contrôleur de l'action gouvernementale. À cet égard, il nous semble que la loi adoptée n'en est qu'aux premiers pas de ce sinueux chemin¹⁷⁷.

C. LA CONDITION DE LA LÉGALITÉ POUR RESTREINDRE LES LIBERTÉS

35. L'intervention du Parlement est également attendue – en principe du moins – lorsque des restrictions aux droits et libertés fondamentaux sont envisagées. En effet, le Conseil d'État considère de longue date que l'exigence d'une loi au sens formel pour réglementer les droits et libertés du Titre II de la Constitution – exigence reprise explicitement par plusieurs articles de ce titre – est imposée, de manière générale, par un principe général de droit¹⁷⁸. Ce principe est

d'autant plus strict en présence d'incriminations pénales¹⁷⁹. L'avis commenté rappelle cette légiscience¹⁸⁰, en confirmant qu'elle est également applicable pour ce qui concerne la liberté d'entreprendre, bien que celle-ci ne soit pas garantie par la Constitution elle-même, mais uniquement par la loi¹⁸¹.

Comme il a déjà été souligné ailleurs¹⁸², l'exigence d'une intervention du législateur n'est pas seulement une règle de compétence formelle dans la mesure où elle est supposée assurer un effet de légitimation qui ne survient qu'en présence d'une délibération parlementaire utile préalable à l'adoption de la loi. La section de législation du Conseil d'État a en ce sens énoncé que les mesures touchant aux droits fondamentaux méritent « un examen approfondi » par les assemblées législatives¹⁸³. C'est aussi cet aspect qui sous-tend l'exigence d'une réglementation adoptée par une « assemblée délibérante démocratiquement élue »¹⁸⁴. Loin d'être réduits au rôle de « presse-bouton », les parlementaires sont ainsi appelés à conférer un sceau démocratique aux restrictions apportées aux droits et libertés¹⁸⁵.

Bien que la réglementation des droits et libertés soit une matière réservée au législateur, il est admis – également de longue date – que des délégations au pouvoir exécutif puissent être concédées dans ce domaine pour autant que la loi définisse les « éléments essentiels » des limitations apportées aux droits fondamentaux¹⁸⁶. La délégation ne peut

p. 11 ; C.E. avis n° 34.590/3 donné le 22 avril 2003 sur un projet d'arrêté du Gouvernement flamand betreffende de taxidiesten en de diensten voor het verhuuren van voertuigen met bestuurder, pt. 3.4. ; l'avis n° 44.891/1/V donné le 19 août 2008 sur un avant-projet de loi portant des dispositions diverses en matière de santé, en particulier p. 4.

¹⁷⁹ Articles 12 et 14 de la Constitution.

¹⁸⁰ Voy. le point 70 de l'avis commenté.

¹⁸¹ Articles II.3 et II.4 du Code de droit économique.

¹⁸² S. VAN DROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH, « Le principe de légalité des limitations aux droits et libertés », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 37 et s.

¹⁸³ C.E., avis n° 37.765/1/2/3/4 donné le 4 novembre 2004 sur un avant-projet de loi-programme, *Doc. parl.* Ch., 2004-2005, n° 51-1437/002 et 1438/002, p. 584. Voy., plus récemment, l'avis n° 63.475/2/4 donné le 6 juin 2018 sur un avant-projet de décret-programme portant des mesures diverses en matière d'emploi, de formation, d'économie, d'industrie, de recherche, d'innovation, de numérique, d'environnement, de transition écologique, d'aménagement du territoire, de travaux publics, de mobilité et de transports, d'énergie, de climat, de politique aéroportuaire, de tourisme, d'agriculture, de nature et de forêt, des pouvoirs locaux et du logement.

¹⁸⁴ Point 102 de l'avis commenté.

¹⁸⁵ Sur ce point, voy. X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La délibération parlementaire, gage de qualité de la loi pour une meilleure protection pour les droits fondamentaux ? », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie en péril ?*, op. cit., pp. 739-793.

¹⁸⁶ Voy. par ex. : C.C., 22 avril 2010, n° 37/2010, B.5 ; C.C., 10 novembre 2011, n° 166/2011, B.41.2 ; C.C., 23 avril 2015, n° 44/2015, B.18.1. (art. 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution) ; C.C., 14 juin 2006, n° 94/2006, B.19. (art. 22 de la Constitution) ; C.C., 17 mars 2004, n° 41/2004, B.3.2. (art. 24, § 5). En ce sens, P. POPELIER, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) »,

donc en règle porter que sur des éléments accessoires, à l'exception de l'hypothèse des pouvoirs spéciaux qui peuvent être attribués en présence de circonstances exceptionnelles, et qui permettent au pouvoir exécutif de régler lui-même des éléments essentiels d'une matière réservée dans des arrêtés qui devront faire l'objet d'une confirmation législative, sous peine d'une disparition de l'ordre juridique avec effet rétroactif¹⁸⁷.

À la légalité formelle s'ajoute, rappelle également le Conseil d'État, la légalité au sens matériel, héritée de la Convention européenne des droits de l'homme qui « implique que toute ingérence dans un droit fondamental doit avoir un fondement dans le droit, qui soit suffisamment accessible et formulée de manière suffisamment précise pour que son application soit raisonnablement prévisible »¹⁸⁸.

36. Après avoir rappelé ces principes, le Conseil d'État estime que la disposition prévoyant les mesures de police pouvant être prises à l'occasion d'une situation d'urgence épidémique¹⁸⁹ répondait de manière satisfaisante aux exigences de légalité tant formelle que matérielle¹⁹⁰. En effet, cette disposition détermine de manière limitative les mesures qui peuvent être prises et définit de manière suffisamment précise les circonstances dans lesquelles ces dernières peuvent être sollicitées, à savoir l'existence d'une « situation d'urgence épidémique ». Le fait que ces circonstances ne soient pas davantage définies ne pose pas en soi un problème aux yeux de la section de législation, dans la mesure où ce type de situation provoque « des circonstances souvent incertaines » qui nécessitent un rapide passage à l'action¹⁹¹. Le Conseil d'État rappelle également que l'exposé des motifs exige que les mesures adoptées soient « basées sur les connaissances scientifiques les plus récentes et doivent reposer sur des motifs valables, dont l'existence factuelle peut être supposée et peut être prise en compte en justice pour justifier la décision »¹⁹².

Les éléments essentiels des ingérences prévues dans les droits fondamentaux sont donc, aux yeux du Conseil d'État, suffisamment précisés dans l'avant-projet. Il n'est dès lors pas nécessaire,

selon la juridiction, qu'une confirmation législative des arrêtés ministériels soit prévue, même si « bien entendu, compte tenu du caractère radical des mesures, rien n'empêche le législateur de prévoir néanmoins une telle confirmation afin de renforcer l'assise démocratique des mesures »¹⁹³. L'avant-projet prévoyait, par ailleurs, explicitement que ces arrêtés « ordinaires » puissent – fort logiquement (et inutilement) vu la hiérarchie des normes – être abrogés par la loi en tout ou en partie¹⁹⁴.

Pour ce qui concerne les traitements de données à caractère personnel prévus à l'article 6 de l'avant-projet, la section de législation précise – de manière innovante¹⁹⁵ – que les éléments essentiels qui doivent être fixés par la loi sont les suivants : « 1° les catégories de données traitées ; 2° les catégories de personnes concernées ; 3° la finalité poursuivie par le traitement ; 4° les catégories des personnes ayant accès aux données traitées ; et 5° le délai maximal de conservation des données »¹⁹⁶. En l'espèce, observe-t-elle, l'avant-projet définit certaines balises relatives aux éléments essentiels, mais laisse au Roi le soin de préciser et compléter ceux-ci¹⁹⁷. Contrairement aux autres droits fondamentaux, la ligne de démarcation avec les pouvoirs spéciaux nécessitant confirmation législative semble franchie. Le Conseil d'État a, à cet égard, critiqué le fait qu'en l'absence d'une telle confirmation, l'avant-projet ne prévoit qu'une cessation de sortie des effets pour l'avenir¹⁹⁸ alors qu'ils auraient dû être réputés, rétroactivement, n'avoir jamais produit d'effets¹⁹⁹. Quand on compare les articles 5 et 6 de l'avant-projet, il n'est pas si évident que l'habilitation était plus large en matière de traitement de données à caractère personnel qu'à l'égard des mesures restreignant les libertés d'aller et venir, de se rassembler, d'entreprendre, d'enseignement, etc. Notons que la disposition relative au traitement des données personnelles a été retirée de la version définitive de la loi.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Article 4, *in fine*, de l'avant-projet.

¹⁹⁵ Notons que, depuis, le Conseil d'État a repris cette liste en se référant à l'avis commenté. Voy. not. C.E., n° 69.982/1/V du 6 septembre 2021, p. 12 ; avis n° 69.988/2 donné le 13 octobre 2021, p. 7 ; avis n° 70.134/2 donné le 13 octobre 2021, p. 6.

¹⁹⁶ Point 101 de l'avis commenté.

¹⁹⁷ Point 102 de l'avis commenté.

¹⁹⁸ Article 6, § 10, de l'avant-projet.

¹⁹⁹ Point 102 de l'avis commenté.

I. HACHEZ *e.a.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, *Normes internes infraconstitutionnelles*, Limal/Bruxelles, Anthemis/Université Saint-Louis, 2012, p. 39.

¹⁸⁷ Point 71 de l'avis commenté.

¹⁸⁸ Point 73 de l'avis commenté.

¹⁸⁹ Article 5 de l'avant-projet.

¹⁹⁰ Point 76 de l'avis commenté.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² *Ibid.*

D. L'ÉVALUATION DE LA LOI À L'ÉPREUVE DE L'AUTONOMIE PARLEMENTAIRE

37. L'avant-projet ne se limitait pas à organiser l'intervention de la Chambre dans la gestion d'une crise épidémique, mais lui confiait également une mission d'évaluation de la loi une fois la pandémie terminée. Il était plus précisément prévu qu'à l'issue de la situation d'urgence épidémique, la loi pandémie serait « soumise à une évaluation par la commission spéciale Gestion COVID-19 de la Chambre des représentants afin de vérifier si elle remplit les objectifs poursuivis dans le cadre du respect des droits fondamentaux et si elle ne doit pas être amendée ou abrogée »²⁰⁰.

En dépit des louables intentions qui le sous-tendaient – débarrasser la loi de ses maladies de jeunesse – le procédé envisagé n'a toutefois pas résisté à la critique du Conseil d'État. Le fait pour le législateur d'imposer à la Chambre une mission d'évaluation législative et d'en fixer de surcroît les modalités d'accomplissement était en effet incompatible avec le principe d'autonomie d'organisation et de fonctionnement des assemblées parlementaires, qui trouve sa traduction écrite dans l'article 60 de la Constitution. En réservant à chacune des Chambres fédérales le soin de fixer elles-mêmes des modalités d'exercice de leurs attributions – sans préjudice des limites fixées par la Constitution –, cette disposition constitutionnelle vise à garantir leur indépendance vis-à-vis de l'autre assemblée, mais aussi et surtout vis-à-vis du Gouvernement²⁰¹. Ainsi, « à l'inverse de la loi, le règlement apparaît comme le vecteur juridique privilégié pour l'organisation de l'activité parlementaire, en ce qu'il dénie aux gouvernements toute compétence dans la fixation des règles du jeu, et vise de la sorte à garantir l'indépendance des assemblées »²⁰². Le respect de cette autonomie est dès lors en principe incompatible avec toute ingérence législative dans la manière dont la Chambre des représentants devrait exercer ses attributions. Et le Conseil d'État de rappeler que, par conséquent, « la loi ne peut créer une commission parlementaire, ni lui attribuer une

compétence particulière, ni régler la manière dont celle-ci sera exercée »²⁰³.

L'autonomie parlementaire n'est certes pas un principe absolu. Deux motifs d'ingérence législative dans le fonctionnement des assemblées sont en effet traditionnellement admis par la jurisprudence du Conseil d'État : « d'une part, lorsque sont imposées à des tiers des restrictions à leurs droits ou certaines obligations, principalement dans des matières à l'égard desquelles la Constitution prévoit l'intervention de la loi et, d'autre part, lorsque le problème, par sa nature même, exige impérativement une solution uniforme pour la Chambre des représentants et pour le Sénat »²⁰⁴. En l'espèce, la mesure envisagée ne correspondait à aucune des deux hypothèses. Ne produisant aucun effet juridique à l'égard de tiers au Parlement, elle ne répondait pas non plus à la nécessité d'une réglementation uniforme pour les deux Chambres fédérales, dès lors que la création d'une commission spéciale concernait la seule Chambre des représentants. Probablement la réponse aurait-elle été plus nuancée si la loi en question avait suivi la procédure bicamérale, et que son évaluation eût été confiée à une commission parlementaire mixte²⁰⁵.

En conséquence de ces enseignements, le Conseil d'État suggéra soit de retirer le paragraphe litigieux de l'avant-projet, soit de le transformer « en une disposition sur la base de laquelle le pouvoir exécutif est tenu, dans un certain délai, de transmettre un rapport d'évaluation à la Chambre des représentants ». C'est cette deuxième option qui a été retenue, l'article 10 de la loi pandémie chargeant désormais le Gouvernement de transmettre un rapport d'évaluation à la Chambre, dans les trois mois suivant la fin de chaque situation d'urgence épidémique – en ce compris la

²⁰⁰ Article 3, § 1^{er}, al. 3, de l'avant-projet.

²⁰¹ Point 86.2 de l'avis commenté, p. 51. Cette visée inhérente à l'article 60 de la Constitution est fréquemment rappelée par le Conseil d'État. À titre d'autre rappel récent, voy. l'avis n° 68.041/AG donné le 29 décembre 2020 sur une proposition de décret institutionnalisant l'assemblée citoyenne et le conseil citoyen.

²⁰² Voy. J. CLARENNE et C. ROMAINVILLE, « La légalité face à l'autonomie d'organisation des assemblées parlementaires et des gouvernements », *op. cit.*, pp. 423-476.

²⁰³ Point 86.2 de l'avis, p. 52, rappelant ici une nouvelle fois une jurisprudence constante en la matière : voy. notamment l'avis n° 18.502/2 donné le 8 juin 1988 sur une proposition devenue la loi du 18 juillet 1991 organique du contrôle des services de police et de renseignements ; l'avis n° 40.390/2 donné le 5 juillet 2006 sur une proposition de loi instaurant un Comité parlementaire chargé du suivi législatif ; l'avis n° 53.935/AG donné le 27 août 2013 sur une proposition de loi créant une Commission fédérale de déontologie ; l'avis n° 58.324/2 du Conseil d'État donné le 16 novembre 2015 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne modifiant le décret du 15 décembre 2011 portant organisation du budget et de la comptabilité des services du Gouvernement wallon, le décret du 5 mars 2008 portant constitution de l'Agence wallonne de l'air et du climat et le code wallon du Logement et de l'Habitat durable.

²⁰⁴ Point 86.2 de l'avis commenté, p. 52.

²⁰⁵ En 2016, le Conseil d'État avait en effet considéré que la suppression du caractère mixte du Comité parlementaire chargé du suivi législatif ne permettait plus de démontrer la nécessité impérieuse d'une réglementation uniforme (avis n° 60.565/2 donné le 28 décembre 2016 sur une proposition de loi modifiant la loi instaurant un Comité parlementaire chargé du suivi législatif en ce qui concerne la composition et le fonctionnement du Comité parlementaire).

fin de la pandémie actuelle. En reportant sur le Gouvernement l'obligation de rapportage, le législateur laisse donc à la Chambre le soin de déterminer si et comment elle souhaite procéder à un examen de l'application de la loi, le cas échéant au départ d'une discussion du rapport d'évaluation. Faire autrement aurait vraisemblablement été contraire à l'avis du Conseil d'État, lequel semble dès lors fermer la porte à la possibilité pour le législateur d'impliquer le Parlement plus avant dans l'évaluation législative des lois, en imposant par exemple que le rapportage fasse l'objet d'un débat en séance publique de la Chambre²⁰⁶. Seul le Règlement de la Chambre pourrait le prévoir, et par là même requérir la présence de ministres en vue de prendre part au débat.

Ceci étant, il existait à notre estime une troisième voie qui aurait permis au législateur de poser lui-même le principe d'une évaluation parlementaire de la loi : imposer, dans ce cadre, aux experts ayant pris part à l'exécution de la loi de rendre compte de leur action devant le Parlement. En pareille hypothèse, une base légale aurait été acceptable, voire indispensable, afin de contraindre les experts – tiers au Parlement – à participer aux débats parlementaires²⁰⁷. Seules les mesures de mise en œuvre et de détail du processus d'évaluation auraient alors relevé de la compétence réglementaire de la Chambre.

V. L'INTERDICTION DE SUSPENSION DE LA CONSTITUTION ET LA DIFFICILE DÉFINITION DU RÉGIME DE PROTECTION LE PLUS FAVORABLE DES DROITS FONDAMENTAUX

38. Dans l'avis commenté, la section de législation du Conseil d'État affirme que les mesures

de police administrative envisagées par l'avant-projet de loi ne pourront en aucun cas aboutir à une suspension de la Constitution par une éventuelle « mise sur pause » des droits et libertés qu'elle consacre. En effet, selon ses termes, « dès lors que l'article 187 de la Constitution s'oppose à ce que celle-ci soit suspendue en tout ou en partie et que, vu l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : CEDH), il est également impossible de déroger aux droits fondamentaux garantis par la CEDH sur la base de l'article 15 de la CEDH, il faudra contrôler toutes les limitations des droits fondamentaux au regard des conditions de limitation habituelles inscrites au titre II de la Constitution et dans la CEDH »²⁰⁸. Contrairement à la Constitution qui exclut explicitement les régimes d'exception, la CEDH énonce en son article 15 qu'en cas de danger public menaçant la vie de la nation, les États parties peuvent prendre des mesures dérogeant aux obligations qu'elle prévoit, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international, à l'exception des droits « indérogeables »²⁰⁹. L'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme²¹⁰ instaure toutefois le principe de la clause la plus favorable, qui constitue un mécanisme classique en droit international des droits humains. Contrairement aux conflits « ordinaires » entre Convention et droit interne, résolu par la Cour européenne des droits de l'homme au moyen d'un monisme fondé sur la primauté du droit international, l'hypothèse envisagée est inversée en présence d'un standard national plus protecteur que celui consacré dans la Convention. En vertu de l'article 53, le droit international cède face à la loi nationale plus protectrice²¹¹. Il ne s'agit toutefois pas ici d'un véritable retour au monisme fondé sur la primauté du droit interne : comme le soulignent Jacques Velu et Rusen Ergec, « il va de soi qu'eu égard à l'article 53 de la Convention, le juge [interne] ne pourrait donner

²⁰⁶ Pareille obligation d'organiser un débat au Parlement sur un rapport du Gouvernement est certes prévue par l'article 4 de la loi du 14 mars 2014 complétant la loi du 21 décembre 1994 portant des dispositions sociales et diverses par une série d'indicateurs complémentaires en vue de mesurer la qualité de vie, le développement humain, le progrès social et la durabilité de notre économie. Cette disposition légale n'avait toutefois pas été soumise à l'avis du Conseil d'État, et semble par ailleurs être un cas isolé (M. VAN DER HULST et K. MUYLLE [trad. J. CLARENNE], *Le Parlement fédéral. Composition, organisation et fonctionnement*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 484).

²⁰⁷ Dans un récent avis, le Conseil d'État a précisé qu'il entendait par « personnes tierces » les personnes extérieures au parlement et à son administration : « Ainsi, le greffier et ses agents ne sont pas parlementaires mais des droits et obligations peuvent être créés à leur égard par règlement. Il en va de même, par extension, pour les attachés parlementaires et pour les experts qui secondent le travail du parlement, notamment au sein de commissions d'enquête, dès lors que, précisément en raison du principe de la séparation des pouvoirs, ces activités ne sont pas susceptibles de ressortir au domaine de la norme législative » (C.E., avis n° 68.041/AG donné le 29 décembre 2020 sur une proposition de décret wallon institutionnalisant l'assemblée citoyenne et le conseil citoyen, p. 20).

²⁰⁸ Avis commenté, p. 8, pt 8.

²⁰⁹ C'est-à-dire, aux termes du deuxième paragraphe de l'article 15, le droit à la vie (sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre), l'interdiction de la torture, des peines ou traitements inhumains et dégradants, l'interdiction de l'esclavage et le principe *nulla poena sine lege*.

²¹⁰ Qui dispose qu'« aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie ».

²¹¹ E. DECAUX, « Article 60 », in L-E. PETIT, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 898.

la primauté à la règle de la Convention au cas où la règle de droit interne assurerait au justiciable une protection juridiquement plus étendue. Alors, tout se passera comme si la loi nationale cédait la primauté à la Convention qui, à son tour, s'inclinait devant une loi nationale plus généreuse »²¹². Le régime constitutionnel apparaissant, au premier abord, comme plus protecteur que celui de la Convention, ce dernier est donc supposé céder le pas au bénéficiaire du premier.

Ce faisant, la section de législation fait sienne la position de l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État, développée à l'occasion de sa jurisprudence relative à la gestion de la situation épidémique de Covid-19²¹³. Dans son arrêt n° 249.314 du 22 décembre 2020, l'assemblée générale de la section du contentieux administratif a précisément jugé que « quant à une méconnaissance de la part de la Belgique de l'article 15 de la CEDH, il y a lieu de relever que chaque État membre est libre d'apprécier la nécessité de sa mise en œuvre. L'article 187 de la Constitution interdit que celle-ci soit suspendue en tout ou en partie, y compris son Titre II "Des Belges et de leurs droits". Or, le mécanisme prévu à l'article 15 de la CEDH permet aux États, dans certaines circonstances, en temps de guerre et de danger public menaçant la vie de la Nation, de déroger à certains droits et libertés. La Belgique a ainsi une Constitution qui est davantage protectrice des droits et libertés dès lors qu'elle n'autorise à aucun moment leur suspension [...]. Il ressort de [l'article 53 de la CEDH] que si le régime de protection des droits fondamentaux en droit interne est plus favorable à celui de la Convention, c'est ce régime national qui prime. La critique des requérants est dès lors incompréhensible puisqu'elle revient à dire que la Belgique aurait dû déroger à des droits et libertés fondamentaux alors que sa Constitution ne l'y autorise pas »²¹⁴. À notre connaissance, il s'agit de la première consécration par une juridiction

suprême belge de cette interprétation cumulative des articles 15 et 53 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 187 de la Constitution.

Le message du Conseil d'État semble avoir été bien reçu par le législateur. L'exposé des motifs du projet de loi relatif aux mesures de police administrative lors d'une situation épidémique précise dans ce cadre que « la déclaration de la situation d'urgence épidémique n'implique en aucun cas qu'il s'agisse d'un état d'urgence par lequel la Constitution serait suspendue, ce qui ne se peut en vertu de l'article 187 de la Constitution »²¹⁵.

39. Pour comprendre la portée de l'affirmation de la section de législation, il convient de revenir au préalable sur quelques fondamentaux. Nous l'avons souligné, l'article 187 de la Constitution n'autorise pas que celle-ci soit suspendue²¹⁶. Toutefois, comme le souligne André Buttgenbach, le texte constitutionnel belge est « une Constitution de temps de paix »²¹⁷. Partant, trop idéaliste et trop optimiste, elle n'a pas résisté à l'épreuve des faits²¹⁸. Confrontées à la dure réalité des conflits armés, les autorités ont, par l'adoption de l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 relatif à l'état de guerre et l'état de siège, autorisé une suspension pure et simple de plusieurs droits fondamentaux durant la durée du « temps de guerre »²¹⁹. Le droit constitutionnel « écrit » a ainsi cédé face au droit constitutionnel « vivant »²²⁰.

40. Il n'est toutefois pas contesté que l'avant-projet de loi soumis à l'examen de la section de législation s'inscrit en dehors de l'hypothèse d'un conflit armé. *A priori*, et ce indépendamment des controverses qui entourent la constitutionnalité

ailleurs, C.E., 4 février 2021, n° 249.723 du 4 février 2021, *SRL MAINEGO et csrt*, p. 19).

²¹⁵ *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1951/001, p. 18.

²¹⁶ Sur l'article 187 de la Constitution, voy. J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée, offrant, sous chaque article, l'état de la doctrine de la jurisprudence et de la législation*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, 1879, pp. 391-392 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 187 de la Constitution », *R.B.D.C.*, 2006, p. 293-297 ; S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, « L'article 187 de la Constitution et la problématique de la protection des droits et libertés dans les états d'exception », in E. VANDENBOSSCHE (dir.), *Uitzonderlijke omstandigheden in het grondwettelijk recht*, Bruges, Die Keure, 2019, pp. 1-49 ; R. DELFORGE, C. ROMAINVILLE, S. VAN DROOGHENBROECK et M. VERDUSSEN, « L'absence d'état d'urgence en droit constitutionnel belge », in F. BOUHON, E. SLAUTSKY et S. WATTIER (dir.), *Le droit public belge face à la crise du COVID-19. Quelles leçons pour l'avenir ?*, op. cit.

²¹⁷ A. BUTTGENBACH, « L'extension des pouvoirs de l'exécutif en temps de guerre et la révision de la Constitution belge », *B.J.*, 1935, pp. 398 et s.

²¹⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 187 de la Constitution », op. cit., p. 293.

²¹⁹ Voy. l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 relatif à l'état de guerre et à l'état de siège, art. 1 et 4.

²²⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 187 de la Constitution », op. cit., p. 295.

²¹² J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., coll. Répertoire pratique du droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 61. Sur l'utilisation de l'article 53 par la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions internes belges, voy. not. P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, « Droits constitutionnels et droits conventionnels : concurrence ou complémentarité ? », in N. BONBLED et M. VERDUSSEN (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 516-519.

²¹³ Voy. en effet l'avis commenté, p. 8, note 17 et les arrêts cités.

²¹⁴ C.E., 22 décembre 2020, n° 249.314, *Parmentier et csrts*, pp. 24-25. Avant cet arrêt, le Président de la XV^e chambre de la section du contentieux administratif du Conseil d'État siégeant en référé avait déjà adopté une position semblable à l'occasion de l'arrêt n° 248.918 du 13 novembre 2020 (C.E., 13 novembre 2020, n° 248.918, *SRL MAINEGO*, pp. 23-24). Voy. aussi, par

de l'arrêté-loi précité²²¹, l'article 187 de la Constitution s'oppose donc à toute suspension des dispositions constitutionnelles dans l'hypothèse d'une crise, en dépit de l'existence du régime d'exception conventionnel.

La thèse retenue par les deux sections du Conseil d'État n'est néanmoins pas partagée unanimement par la doctrine belge. Ainsi, Rusen Ergéc estime que « le terme "loi" contenu dans [l'article 53 de la CEDH] vise [...] l'ensemble du droit interne, à la lumière de toutes les sources du droit. Dans cette perspective, si des principes généraux du droit, comme la force majeure ou l'exception de nécessité, autorisent la suspension des libertés en cas de circonstances exceptionnelles, on ne pourra invoquer l'article 53 pour condamner une telle suspension, puisque les normes écrites consacrant ces libertés doivent être lues à la lumière des règles non écrites qui les précisent et les complètent ». Puisque selon cet auteur, « l'état de nécessité est un principe de droit constitutionnel belge, qui sous-tend les dispositions écrites, l'introduction en Belgique d'un état dérogatoire interne ne serait pas tenue en échec par l'article 53 de la Convention européenne »²²².

41. Sans qu'il ne nous semble nécessaire d'aller aussi loin et d'invoquer un principe général de droit constitutionnel consacrant l'état de nécessité, qui peut apparaître à maints égards dangereux, il nous semble qu'une solution plus nuancée que celle retenue dans l'avis rendu sur l'avant-projet de loi précité aurait dû être envisagée. Les termes « plus protecteur » retenus par l'article 53 de la Convention laissent nécessairement une certaine place à l'interprétation et à une nécessaire mise en balance des intérêts²²³. En réalité, tout est, à notre sens, question de circonstances. Une pandémie est en effet de nature à porter atteinte à plusieurs droits fondamentaux – dont, notamment, le droit à la vie et le droit à la santé²²⁴. Partant, c'est précisément

pour protéger ces droits, sources d'obligations positives à charge des États – nous y reviendrons²²⁵ –, que ces derniers peuvent être amenés à limiter d'autres droits et libertés. Dans ce cadre, tout est question d'équilibre à trouver, notamment quant au niveau d'ingérence dans ces droits et libertés. Mais il ne peut être établi *a priori* que la combinaison de l'article 187 de la Constitution et de l'article 53 de la Convention européenne prohibe en toute circonstance la suspension de n'importe quelle liberté fondamentale au motif qu'un régime interdisant les suspensions est, par nature, plus « protecteur » qu'un système qui les autorise. L'avant-projet de loi soumis à la section de législation est en effet destiné à s'appliquer à toute urgence sanitaire causée par une pandémie. Dans des circonstances épidémiques engendrant décès et séquelles, non seulement propres au Covid-19, mais aussi liés au dépassement des capacités hospitalières en raison du traitement des malades du Covid-19, le régime le plus protecteur pourrait, dans certains cas, précisément être la suspension de certains droits pour protéger le droit à la vie. L'affirmation absolue de la section de législation nous paraît, dans ce cadre, trop catégorique. Du reste, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, très casuistique et reposant sur la marge nationale d'appréciation, ne paraît pas imposer cette solution en toutes circonstances.

VI. RESTREINDRE LES DROITS FONDAMENTAUX POUR LES PROTÉGER : LE DÉLICAT PARADOXE DES MESURES DE LUTTE CONTRE LA CRISE SANITAIRE

42. L'équilibre à trouver entre les différents droits fondamentaux dont la protection doit être assurée est également au cœur de l'avis commenté lorsqu'il les envisage sous l'angle de leur restriction²²⁶. En effet, une des questions centrales qui apparaît en filigrane de l'analyse du Conseil d'État est celle de savoir si la loi pandémie parvient à concilier de manière satisfaisante les obligations positives de protection des droits fondamentaux à la santé et à la vie avec les obligations découlant des nombreux autres droits fondamentaux affectés par les mesures prises pour mettre en œuvre les premières (A). Pour y apporter une réponse, le

²²¹ Voy. not. S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, « L'article 187 de la Constitution et la problématique de la protection des droits et libertés dans les états d'exception », *op. cit.*, pp. 17 et s. et les références citées.

²²² R. ERGEC et S. WATTÉE, « Les dérogations aux droits constitutionnels », in N. BONBLED et M. VERDUSSEN (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 407, qui reprennent la thèse du premier auteur (R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 94).

²²³ P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, « Droits constitutionnels et droits conventionnels : concurrence ou complémentarité ? », *op. cit.*, p. 516.

²²⁴ Voy. sur cette question F. BOUHON et M. FRANSSSEN, « Devoir et pouvoir de protéger la vie en temps de pandémie : essai d'analyse transversale au regard des droits fondamentaux », in F. BOUHON, E. SLAUTSKY et S. WATTIER (dir.), *Le droit public belge face à la crise du COVID-19. Quelles leçons pour l'avenir ?*, *op. cit.*

²²⁵ Voy. *infra*, n° 43.

²²⁶ Voy. aussi sur toutes les questions que cela engendre : J. VELAERS, « Constitutionele lessen uit de Covid-19-crisis », *T.B.P.*, 2021, n° 9, pp. 546-551.

Conseil d'État fait naturellement appel aux outils traditionnels en matière de protection des droits fondamentaux, dont, en particulier, le principe de proportionnalité (B). Traditionnelle, son approche ne l'est pas pour autant : la section législation du Conseil d'État accorde une attention particulière à la dimension procédurale de ce principe ainsi qu'à la conciliation de ce dernier avec le principe de précaution (C). Dans un dernier temps, la section de législation rappelle, bien que de manière peu convaincante, que les mesures de lutte contre la pandémie ne peuvent outrepasser l'interdiction constitutionnelle de restreindre préventivement l'exercice de certains droits (D).

A. LE DROIT À LA PROTECTION DE LA SANTÉ EN RÉPONSE À UNE CRISE SANITAIRE ET L'IMPACT SUR LES AUTRES DROITS FONDAMENTAUX : UN DIFFICILE ÉQUILIBRE À TROUVER ?

43. En prélude à l'examen de l'avant-projet de loi, la section de législation du Conseil d'État rappelle succinctement²²⁷ que les autorités publiques ont une obligation positive d'agir en matière de protection de la santé dans le cas où survient une situation d'urgence épidémique, laquelle doit toutefois être conciliée non seulement avec d'autres obligations positives²²⁸ leur incombant également, mais aussi avec des obligations négatives²²⁹ protégeant les citoyens d'une ingérence dans leurs droits et libertés. Avant de parcourir les conflits de droits qui en résultent (2), nous aborderons la question des obligations positives qui reposent sur l'État en présence d'une crise épidémique²³⁰ (1).

1. Le droit à la protection de la santé et à la vie : quelles obligations positives ?

44. Au-delà de tout devoir éthique ou politique, une situation d'urgence épidémique génère également une obligation juridique dans le chef des autorités publiques²³¹. Comme le note Stefan Kirchner,

en présence d'une maladie infectieuse pouvant facilement être véhiculée dans un monde globalisé, « [h]uman rights norms, such as the European Convention on Human Rights, provide a legal obligation to take action and to protect the ill »²³².

Dans l'avis commenté, la section de législation se limite à évoquer le droit fondamental à la santé comme source d'obligations positives pour l'État. La section de législation commence par citer l'arrêt rendu le 30 octobre 2020 par la section du contentieux administratif, dans lequel l'assemblée générale estimait que l'article 23, troisième alinéa, 2°, de la Constitution « impose à l'autorité une obligation d'agir et confère même aux citoyens le droit d'exiger une intervention immédiate de l'autorité, lorsque le droit fondamental à la santé de chacun est menacé par la puissance d'une crise sanitaire imminente et très difficilement maîtrisable, qui risque de faire s'écrouler le système de santé existant »²³³. La section de législation se fonde par ailleurs sur la décision *Le Mailloux c. France* du 5 novembre 2020 dans laquelle la Cour de Strasbourg a eu l'occasion de se prononcer à propos de la gestion française de la crise du Covid-19 en estimant que « [s]i le droit à la santé ne fait pas partie en tant que tel des droits garantis par la Convention, les États ont l'obligation positive de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction et de protéger leur intégrité physique, y compris dans le domaine de la santé publique »²³⁴. La décision ne révèle toutefois qu'un intérêt relatif puisque la Cour conclut à l'irrecevabilité de la requête²³⁵. La section de législation ne s'étendant pas davantage sur la portée concrète de l'obligation positive induite par le droit à la protection de la santé – et les extraits sur lesquels elle s'appuie n'étant pas davantage révélateurs –, nous avons estimé utile de revenir brièvement sur l'étendue des obligations positives dont l'État est débiteur dans un contexte d'épidémie. Parallèlement au droit fondamental à la santé, il semble pertinent de relever que ces obligations peuvent également trouver un fondement dans le droit à la vie²³⁶.

²²⁷ Avis commenté, pp. 7-8.

²²⁸ Sont cités par exemple, « le droit à l'enseignement » ou « le droit à l'épanouissement culturel et social ».

²²⁹ Sont cités, par exemple, « la liberté de réunion et d'association » ou « le droit de circuler librement ».

²³⁰ Sans prétendre à l'exhaustivité en la matière. Voy. sur cette question, L. BIANKU, « La Convention européenne des droits de l'homme et la pandémie de Covid-19 », *R.T.D.H.*, 2021, pp. 15-47 ; F. SUDRE, « Le droit à la protection de la santé, droit diffus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2021, pp. 49-75 ; F. BOUHON et M. FRANSSSEN, « Devoir et pouvoir de protéger la vie en temps de pandémie : essai d'analyse transversale au regard des droits fondamentaux », *op. cit.*

²³¹ F. BOUHON et M. FRANSSSEN, « Devoir et pouvoir de protéger la vie en temps de pandémie : essai d'analyse transversale au regard des droits fondamentaux », *op. cit.*

²³² S. KIRCHNER, *Ebola, Human Rights and Health Discrimination*, JURIST – Academic, 2014.

²³³ C.E. (ass. gén.), 30 octobre 2020, n° 248.819, *Verelst et consorts*, point 18 (traduction reprise de l'avis précité).

²³⁴ Cour eur. D.H., *Le Mailloux c. France*, 5 novembre 2020, § 9.

²³⁵ F. BOUHON et M. FRANSSSEN, « Devoir et pouvoir de protéger la vie en temps de pandémie : essai d'analyse transversale au regard des droits fondamentaux », *op. cit.*

²³⁶ E. TASSEL, « Droit à la santé, droit à la vie et coronavirus », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2020, accessible à <https://journals.openedi->

45. Lorsque le Conseil d'État se penche sur la conformité de l'avant-projet de loi avec les droits fondamentaux, celui-ci rappelle à juste titre que « [t]raditionnellement, la protection de la santé publique est l'un des buts légitimes expressément mentionnés dans les différentes clauses de restrictions aux droits fondamentaux »²³⁷. Il précise encore que la santé publique comprend à la fois la santé de la population prise dans sa globalité, mais aussi la santé des personnes prises individuellement²³⁸. Dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, la protection de la santé apparaît – en tant que clause d'ordre public²³⁹ – avant tout pour permettre de justifier des éventuelles ingérences dans les droits garantis par la Convention²⁴⁰. En effet, il ne fait pas formellement partie du catalogue de la Convention, contrairement à d'autres instruments régionaux et internationaux de protection des droits fondamentaux qui le prévoient expressément. En revanche, si l'on se penche sur la pratique d'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme, on peut y déceler des « indices concordants d'un droit en formation »²⁴¹. L'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) consacre quant à lui formellement « le droit qu'à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre »²⁴².

46. Malgré le silence de la Constitution à son égard, le droit à la vie peut également représenter une source d'obligations positives en cas de crise épidémique. L'article 2 de la Convention constitue ainsi un des piliers les plus importants

de ce droit²⁴³. La Cour européenne des droits de l'homme considère en effet à propos de cette disposition que « [l']obligation positive [...] doit s'interpréter comme valant dans le contexte de toute activité, publique ou non, susceptible de mettre en jeu le droit à la vie [...], y compris dans le domaine de la santé publique »²⁴⁴.

47. Plusieurs enseignements peuvent dès lors être tirés de ces différents instruments et de leur interprétation pour comprendre davantage la portée précise des obligations positives en jeu. Le PIDESC enjoint aux États de prendre les mesures nécessaires afin d'assurer notamment « [l]a prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies »²⁴⁵. Si de prime abord, cela semble pouvoir s'interpréter comme une obligation de résultat, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels en modère la portée²⁴⁶ en indiquant que c'est surtout « la mise en place d'un système de soins médicaux en cas d'accidents, d'épidémies et de risques sanitaires analogues »²⁴⁷, ainsi que l'organisation de « programmes de vaccination et d'autres stratégies de lutte contre les maladies infectieuses »²⁴⁸ qui sont attendues des États, compte tenu du fait que le droit à la santé ne pourrait être interprété comme « le droit d'être en bonne santé »²⁴⁹, mais implique essentiellement de pouvoir bénéficier d'un certain nombre « d'installations, de biens, de services et de conditions nécessaires à la réalisation du droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint »²⁵⁰. L'étude de la jurisprudence strasbourgeoise permet également de dégager un certain nombre d'obligations pouvant éventuellement s'appliquer à une telle situation d'épidémie²⁵¹. Dans son versant matériel²⁵², l'article 2 de la Convention exige en premier lieu, outre un devoir d'information²⁵³, la mise

tion.org/cdst/2908, pp. 151-170, §§ 14-26. Voy. ég. pour un fondement dans le droit à la sécurité : S.-D. BACHMANN et J. SANDEN, « State Responsibility for the (Public) Right to Health and Security in Times of COVID Pandemic: A European Perspective », *Indonesian Journal of International & Comparative Law*, 2020, pp. 407-430.

²³⁷ Avis commenté, p. 43, § 74. Les principes de Syracuse énoncent ainsi que « La santé publique peut être invoquée comme un motif pour restreindre certains droits, afin de permettre à un État de prendre des mesures en cas de menace grave à la santé de la population ou de certains éléments de la population. Ces mesures doivent avoir spécialement pour but de prévenir des maladies ou des accidents ou de permettre d'apporter des soins aux malades et aux blessés » (Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions ou des dérogations, reproduit en annexe de Conseil économique et social des Nations unies (Commission des droits de l'homme), « État des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme », 28 septembre 1984, doc. NU E/CM.4/1985/4, § 25).

²³⁸ Avis commenté, p. 43, § 74.

²³⁹ Voy. not. l'art. 5, § 1, e), les paragraphes 2 des art. 8-11, et l'art. 2, § 3, du Protocole n° 4.

²⁴⁰ F. SUDRE, « Le droit à la protection de la santé, droit diffus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 50.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 52.

²⁴² Voy. par ailleurs aussi l'art. 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'art. 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou encore l'art. 11 de la Charte sociale européenne.

²⁴³ F. BOUHON et M. FRANSSON, « Devoir et pouvoir de protéger la vie en temps de pandémie : essai d'analyse transversale au regard des droits fondamentaux », *op. cit.*

²⁴⁴ Voy. par ex. Cour eur. D.H. (GC), *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, 19 décembre 2017, § 165.

²⁴⁵ Article 12, § 2, c), du PIDESC.

²⁴⁶ E. TASSEL, « Droit à la santé, droit à la vie et coronavirus », *op. cit.*, § 9.

²⁴⁷ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 14 sur le meilleur état de santé susceptible d'être atteint, 2000, § 16.

²⁴⁸ *Ibid.*, § 16.

²⁴⁹ *Ibid.*, § 8.

²⁵⁰ *Ibid.*, § 9.

²⁵¹ Il faut néanmoins noter que la Cour n'a pas encore vraiment eu l'occasion de se prononcer à propos d'une telle épidémie.

²⁵² Nous n'aborderons pas ici les obligations procédurales. Voy. not. L. BIANKU, « La Jurisprudence européenne des droits de l'homme et la pandémie de Covid-19 », *op. cit.*, pp. 26-28.

²⁵³ Voy. par ex. Cour eur. D.H., *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, § 60 ; Cour eur. D.H., *Öneryildiz c. Turquie* (GC), 30 novembre 2004, § 90 ; Cour eur. D.H., *Vilnes et autres c. Norvège*, 5 décembre 2013, §§ 235 et 245.

en place d'un cadre légal et réglementaire effectif afin de protéger les individus sous sa juridiction²⁵⁴. Seules les activités risquées ou potentiellement dangereuses²⁵⁵ étaient jusqu'à maintenant visées, mais l'on peut se demander si l'obligation devrait également être étendue à des activités tout à fait banales (aller à l'école, se rendre au supermarché ou prendre un métro)²⁵⁶ en raison du caractère de propagation particulièrement diffus du virus. Dans un volet plus préventif, peut-on attendre des États qu'ils adoptent des mesures concrètes afin d'éviter à tout prix la saturation des hôpitaux²⁵⁷? Il faut encore pour cela que les autorités publiques aient connaissance ou auraient dû avoir connaissance d'un risque réel et immédiat pour la vie d'une personne²⁵⁸. Comment apprécier la portée des obligations de l'État dans la gestion et la prévention d'une grave pandémie dont la connaissance scientifique était – au début de la crise en tous cas – relativement maigre, tout en sachant que des experts alertaient depuis plusieurs années sur la probabilité de l'apparition d'un tel virus²⁵⁹ et que d'autres pointaient du doigt des dysfonctionnements structurels dans le système hospitalier? Ces questions sont éminemment complexes, appellent des réponses nuancées et mériteraient amplement à ce titre d'être davantage investiguées²⁶⁰.

48. Pour clore ce point, l'on peut se demander si certains aspects n'auraient pas mérité de faire l'objet d'une attention spéciale par la section de législation. Nous pensons, en particulier, à la dimension préventive²⁶¹ de l'obligation de protéger la santé ainsi qu'à la dimension mentale ou psychologique de la santé. En effet, l'OMS définit la santé comme « un état de complet bien-être physique, mental et social »²⁶². Le PIDESC, plus

restrictif certes, admet aussi que l'état de santé comprend cet aspect de santé mentale²⁶³. Ceci nous permet de faire le lien avec la section suivante puisque, comme l'a souligné le Conseil d'État, il faut dans l'adoption des mesures restrictives, tenir compte d'autres droits fondamentaux²⁶⁴ – nous pensons pouvoir y intégrer la facette mentale de la santé – dont la jouissance permet justement de ne pas réduire la vie à son sens purement biologique²⁶⁵.

2. Une situation de conflit de droits et de tension entre obligations positives et négatives

49. Alors que la crise du Covid-19 a pu mettre en lumière les obligations positives des États pour protéger les droits fondamentaux à la santé et à la vie en cas de grave épidémie, elle est aussi révélatrice d'une tension entre ces droits et d'autres droits fondamentaux²⁶⁶. Ce qu'il y a de particulier avec une menace épidémique est que l'individu représente à la fois une potentielle victime de la maladie, et en même temps un éventuel danger pour ses congénères en tant que porteur du virus²⁶⁷. Un conflit entre les différentes obligations étatiques coexistantes semble en conséquence inévitable²⁶⁸ dès lors que les mesures sanitaires prises (confinement, distanciation, interdiction de se déplacer, etc.) pour protéger la population coïncident avec des ingérences dans d'autres droits et libertés individuels²⁶⁹.

D'un point de vue théorique, on peut considérer qu'un conflit entre plusieurs droits fondamentaux apparaît lorsque « leur exercice [poursuit] des finalités contradictoires, antagonistes voire irréconciliables »²⁷⁰. Autrement dit, « [i]l y a un conflit lorsque l'exercice d'un droit fondamental restreint la jouissance d'un autre droit fondamental »²⁷¹.

Cette situation doit en principe être distinguée des restrictions opérées afin de garantir l'intérêt

²⁵⁴ Voy. par ex. Cour eur. D.H. (GC), *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Campeanu c. Roumanie*, 17 juillet 2014, § 130.

²⁵⁵ Voy. par ex. Cour eur. D.H., *Öneriyildiz c. Turquie* (GC), 30 novembre 2004, §§ 71 et 90.

²⁵⁶ L. BIANKU, « La Convention européenne des droits de l'homme et la pandémie de Covid-19 », *op. cit.*, p. 21.

²⁵⁷ Voy. par ex. Cour eur. D.H. (GC), *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, 19 décembre 2017, § 192.

²⁵⁸ Voy. par ex. Cour eur. D.H. (GC), *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, § 116; Cour eur. D.H., *Bljakaj et autres c. Croatie*, 18 septembre 2014, § 106.

²⁵⁹ Voy. sur ces questionnements L. BIANKU, « La Convention européenne des droits de l'homme et la pandémie de Covid-19 », *op. cit.*, p. 22 et F. BOUHON et M. FRANSSSEN, « Devoir et pouvoir de protéger la vie en temps de pandémie : essai d'analyse transversale au regard des droits fondamentaux », *op. cit.*

²⁶⁰ Nous renvoyons le lecteur aux différents travaux précités (voy. *supra*, note 230).

²⁶¹ Tenant évidemment compte du fait qu'en la matière, l'État a une large marge d'appréciation.

²⁶² Cette définition, toujours en vigueur, figure dans le préambule à la Constitution de l'OMS, adoptée par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19-22 juin 1946, signée le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 États, et entrée en vigueur le 7 avril 1948.

²⁶³ Article 12, § 1, du PIDESC.

²⁶⁴ Avis commenté, pp. 7-8.

²⁶⁵ Il faut toutefois épinglez la proposition du Conseil d'État d'intégrer dans le texte le passage de l'exposé des motifs proposant l'association d'experts de la santé mentale, entre autres, à la prise de décision.

²⁶⁶ A. SPADARO, « COVID-19: Testing the Limits of Human Rights », *European Journal of Risk Regulation*, 2020, p. 319.

²⁶⁷ S.-D. BACHMANN et J. SANDEN, « State Responsibility for the (Public) Right to Health and Security in Times of COVID Pandemic: A European Perspective », *op. cit.*, p. 421.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 417.

²⁶⁹ F. BOUHON et M. FRANSSSEN, « Devoir et pouvoir de protéger la vie en temps de pandémie : essai d'analyse transversale au regard des droits fondamentaux », *op. cit.*

²⁷⁰ P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 3.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 3.

général²⁷². Ce deuxième cas n'étant généralement pas considéré comme un conflit de droits au sens strict, on appliquera le schéma classique des limitations, par le biais de l'application des clauses dites de « l'ordre public »²⁷³.

En l'espèce, les situations de conflit de droits fondamentaux et de restrictions faites au nom de la protection de l'ordre public sembleraient toutefois se recouper puisque les mesures de lutte contre la pandémie sont justifiées à la fois par la nécessité de préserver la santé et la vie d'autres individus, mais aussi plus largement par le besoin de sauvegarder la robustesse des systèmes de soins hospitaliers face aux contaminations et de garantir la prise en charge de patients ayant des problèmes de santé non liés à la pandémie.

Envisagée sous l'angle des obligations positives de l'État, ainsi que le suggère la section de législation²⁷⁴, une tension est également perceptible entre, d'un côté, celles imposant de protéger la santé (physique) et, de l'autre côté, celles exigeant de garantir et respecter les autres « libertés individuelles qui contribuent à assurer à la vie humaine la substance à laquelle une large majorité d'individus aspire »²⁷⁵.

Comment parvenir à résoudre un tel conflit ? Notons avant tout que lorsqu'il est question de limiter des droits fondamentaux au profit de la santé publique, la Cour européenne des droits de l'homme octroie généralement une assez grande marge d'appréciation aux autorités nationales²⁷⁶. S'agit-il pour autant de faire primer le droit à la santé (physique) et à la vie (biologique) au détriment de tout le reste, en ce compris la santé psychologique ? Assurément pas. Quand bien même les droits et libertés fondamentaux visés par l'article 5 de l'avant-projet de loi²⁷⁷ ne sont pas absolus et sont dès lors susceptibles de faire l'objet d'une restriction²⁷⁸, le Conseil d'État indique qu'il faut procéder au contrôle du respect

des « conditions des limitations habituellement inscrites au titre II de la Constitution et dans la CEDH »²⁷⁹. En particulier, il est amené à vérifier le principe de légalité formelle et matérielle²⁸⁰, le principe de légitimité et enfin le principe de proportionnalité examiné ci-après.

B. LE RESPECT DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ : UN « LAISSEZ-PASSER » LOIN D'ÊTRE UN « BLANCSEING »

50. À propos de l'exigence de légitimité des mesures restrictives, le Conseil d'État débute son analyse en estimant que l'objectif de protection de la santé publique poursuivi par la loi est un objectif légitime susceptible de justifier des restrictions des droits fondamentaux. À cet égard, il souligne que les mesures prises par les autorités publiques afin de répondre à une situation d'urgence épidémique doivent toujours viser à protéger la santé publique²⁸¹. La section législation du Conseil d'État examine ensuite la conformité de l'avant-projet de loi au principe de proportionnalité²⁸² et estime que ce dernier est bien respecté, en se fondant en substance sur trois considérations.

Primo, il relève que l'article 4, § 2, de l'avant-projet de loi dispose que les mesures prises par les autorités publiques lors d'une situation d'urgence épidémique sont « nécessaires, adéquates et proportionnelles à l'objectif poursuivi »²⁸³. Cette formule constitue un rappel – utile, vu le contexte dans lequel il s'inscrit, bien que superflu, comme le souligne le Conseil d'État²⁸⁴ – de la « trinité du principe de proportionnalité » dans sa dimension substantielle²⁸⁵ : (1) *l'adéquation* – les restrictions aux droits fondamentaux doivent contribuer à la réalisation de l'objectif poursuivi ; (2) *la nécessité* – elles doivent constituer la voie la moins dommageable pour atteindre cet objectif ; (3) *la proportionnalité au sens strict* – elles ne doivent

²⁷² B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux », *L.G.D.J.*, 2002, p. 474.

²⁷³ F. SUDRE, « Les conflits de droits. Cadre général d'approche dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 235.

²⁷⁴ Avis commenté, pp. 7-8.

²⁷⁵ F. BOUHON et M. FRANSEN, « Devoir et pouvoir de protéger la vie en temps de pandémie : essai d'analyse transversale au regard des droits fondamentaux », *op. cit.*

²⁷⁶ R. TABASZEWSKI, « The Permissibility of Limiting Rights and Freedoms in the European and National Legal System due to Health Protection », *Revue of European and Comparative Law*, 2020, p. 68. Voy. aussi Cour. eur. D.H., *Vavrička et autres c. République tchèque*, 8 avril 2021, §§ 274-275.

²⁷⁷ Voy. avis commenté, p. 38, § 68.

²⁷⁸ L'avant-projet de loi initial prévoyait que l'initiative des mesures appartenait au ministre de l'Intérieur (art. 4 § 1^{er}). Suite à l'avis du Conseil d'État, la loi telle qu'adoptée indique désormais que la délégation de pouvoir

pour adopter les mesures appartient au Roi, après délibération en Conseil des Ministres (voy. *supra*, n^{os} 24-28).

²⁷⁹ Avis commenté, pt 8.

²⁸⁰ Voy. *supra*, n^{os} 35-36.

²⁸¹ Avis commenté, pts 74 et 78.

²⁸² Voy. *supra*, n^o 16 sur le respect de ce principe sous l'angle de la répartition des compétences.

²⁸³ Avis commenté, pt 93.

²⁸⁴ Avis commenté, pt 93.

²⁸⁵ Comme le souligne le Conseil d'État, il ressort de cette disposition, ainsi que de différents passages de l'exposé des motifs, que les auteurs de l'avant-projet visaient les trois exigences classiques du principe de proportionnalité (avis commenté, pt 79, p. 45). En ce sens, l'exposé des motifs cite plusieurs passages d'arrêts du Conseil d'État (C.E., *Ramsès*, n^o 83.940, 7 décembre 1999 ; C.E., *Vandamme*, n^o 229.948, 22 janvier 2015), qui énoncent ces trois conditions (*Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n^o 1951/001, pp. 6-7).

pas porter un préjudice excessif à d'autres intérêts légitimes²⁸⁶.

Secundo, la section législation observe que cette même disposition prévoit que les mesures prises lors d'une situation d'urgence épidémique sont limitées dans le temps avec une durée maximale de trois mois. Ces dernières peuvent être prolongées, mais cela nécessite à chaque fois un nouvel examen de leur proportionnalité.

Tertio, le Conseil d'État souligne que l'avant-projet de loi prévoit plusieurs garanties procédurales en vue « de permettre au pouvoir exécutif de procéder à une mise en balance justifiée de tous les intérêts en cause »²⁸⁷, à savoir la délibération en Conseil des ministres, la concertation avec les entités fédérées et la concertation au sein des organes compétents de la gestion de crise. La section législation va même un cran plus loin en recommandant que soit intégré au sein du texte législatif un passage de l'exposé des motifs visant à ce que le ministre de l'Intérieur se concertent avec les entités fédérées ou obtienne l'avis d'experts dans des domaines tels que la psychologie, l'économie ou les droits fondamentaux, antérieurement à l'adoption de mesures restrictives de liberté²⁸⁸.

51. Deux commentaires s'imposent à la lecture des observations du Conseil d'État à propos du principe de proportionnalité.

Le premier a valeur de rappel : le « laissez-passer » que consent ce dernier en ce qui concerne le principe de proportionnalité n'équivaut pas à un « blanc-seing ». En effet, il va de soi que la conformité de la loi pandémie à ce principe ne dispense pas les mesures qui seront prises par les autorités publiques lors d'une crise épidémique d'un examen *in concreto* à l'aune de ce principe²⁸⁹, casuistique par essence²⁹⁰. En guise d'illustration, rappelons que dans son arrêt n° 249.177 du 8 décembre

2020, le Conseil d'État a ordonné, dans le cadre d'un recours en référé, que l'État belge modifie le régime relatif à l'exercice de la liberté de culte mis en place par l'arrêt ministériel du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19 en raison d'un défaut de proportionnalité²⁹¹. L'arrêt n° 252.564 le 28 décembre 2021 qui a exigé la suspension de la fermeture généralisée de tous les espaces intérieurs relevant du secteur culturel est également exemplatif de l'approche concrète à suivre. Selon le Conseil d'État, une telle mesure ne démontrait en effet pas « en quoi les salles de spectacle relevant du secteur culturel seraient des lieux particulièrement dangereux pour la santé et la vie des personnes en tant qu'ils favoriseraient la propagation du coronavirus, au point qu'il soit nécessaire d'en ordonner la fermeture ». Et de poursuivre, à cet égard, que si des mesures sanitaires peuvent être nécessaires, « encore faut-il démontrer concrètement en quoi la mesure de fermeture ici préconisée est incontournable pour faire face à un tel danger pour la population »²⁹².

L'examen *in concreto* au regard du principe de proportionnalité permettra notamment d'évaluer si l'État a pu trouver un juste équilibre entre ses obligations positives et négatives en matière de droits fondamentaux. La section de législation souligne, à propos du contrôle de proportionnalité *sensu stricto*, qu'« [i]l doit exister un équilibre raisonnable, ou "fair balance", entre, d'une part, la protection des libertés et droits fondamentaux individuels et, d'autre part, l'intérêt sociétal qui est servi par la limitation »²⁹³. La Cour européenne des droits de l'homme ne dit pas autre chose lorsqu'elle affirme qu'une telle situation implique « un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers »²⁹⁴.

Le second commentaire est relatif à l'intérêt marqué de la section législation du Conseil d'État à l'égard des garde-fous procéduraux prévus par la loi pandémie lorsque les autorités publiques entendent adopter des mesures lors d'une situation

²⁸⁶ Voy. not. pour des études récentes de ces trois conditions, S. VAN DROOGHENBROECK et X. DELGRANGE, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *Revue du droit des religions*, 2019, pp. 41-61 ; S. VAN DROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH, « Article 52 », in F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 1249-1287.

²⁸⁷ Avis commenté, pt 79.

²⁸⁸ Le passage de l'exposé des motifs était rédigé comme suit : « le ministre de l'Intérieur, en fonction de l'impact des mesures dans divers domaines de compétence et pour autant que l'urgence de la situation le permette, se concertera avec ou recueillera l'avis des entités fédérées, par exemple en Comité de concertation, et, le cas échéant, d'experts en psychologie, en économie ou en droits fondamentaux par exemple » (avis commenté, pt 79 – C'est nous qui soulignons).

²⁸⁹ Le Conseil d'État fait valoir à ce propos que : « [a]u regard de tous ces éléments, le pouvoir exécutif qui entend faire usage de cette délégation devra, pour chaque mesure, examiner concrètement s'il est satisfait au principe de proportionnalité » (avis commenté, pt 79).

²⁹⁰ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK et X. DELGRANGE, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », op. cit., p. 2.

²⁹¹ C.E., *Congregation Yetev* e.a., n° 249.177, 8 décembre 2020. Dans cet arrêt, il était estimé qu'à première vue, ce régime portait une atteinte disproportionnée à la liberté de culte des requérants, notamment en ce que cet arrêté ne prévoyait pas la possibilité que l'exercice collectif du culte puisse avoir lieu dans certains cas, à titre exceptionnel et sous conditions, le cas échéant seulement sur demande, avec indication du lieu et de l'heure (pt 15, pp. 13-14).

²⁹² C.E., *Pinte Mathieu*, e.a., n° 252.564, 28 décembre 2021.

²⁹³ Avis commenté, pt 75.

²⁹⁴ Cour eur. DH, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, 23 juillet 1968, § 5, A/6M.

d'urgence épidémique, ceci dans le cadre de son examen du respect du principe de proportionnalité. Ce fort intérêt s'inscrit dans un mouvement plus large et croissant de « procéduralisation du principe de proportionnalité ». Ce phénomène vise à ne plus se concentrer uniquement sur les aspects substantiels de la proportionnalité, mais à se pencher également sur la manière dont les décisions sont prises et peuvent être contestées²⁹⁵. De nature protéiforme, cette procéduralisation s'intéresse notamment à la qualité du processus décisionnel et, à ce titre, à la manière dont sont mis en balance les intérêts en jeu durant ce processus.

Permettant d'encadrer la prise de décisions des institutions politiques sans remettre en cause leurs choix substantiels²⁹⁶, cette approche procédurale a le vent en poupe dans la jurisprudence des cours européennes supranationales²⁹⁷. Par exemple, dans son arrêt *Volker* concernant des règlements de l'Union européenne qui imposaient la publication de données personnelles relatives à des bénéficiaires de fonds européens, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que le Conseil des Ministres et la Commission européenne n'avaient pas cherché, lors de l'adoption de ces règlements, à effectuer une pondération équilibrée entre l'intérêt de l'Union à la transparence, d'une part, et les droits fondamentaux à la vie privée et à la protection des données personnelles, d'autre part²⁹⁸. En revanche, l'on soulignera que cette approche se manifeste de manière plus timide dans la jurisprudence des cours et tribunaux belges, et en particulier dans celle de la Cour constitutionnelle²⁹⁹.

²⁹⁵ S. VAN DROOGHENBROECK et X. DELGRANGE, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *op. cit.*, p. 6.

²⁹⁶ K. LENAERTS, « The European Court of Justice and Process-Oriented Review », *Research Paper in Law College of Europe*, 2012, pp. 1-19.

²⁹⁷ Voy. pour des exemples de ce phénomène de procéduralisation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, S. VAN DROOGHENBROECK et X. DELGRANGE, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *op. cit.*, pp. 7 et s. Voy. aussi, N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2017 ; N. VANDER PUTTEN et N. BONBLED, « Les rapports entre droit et expertise à l'aune de la gestion de la crise du COVID-19 », *op. cit.*

²⁹⁸ C.J.U.E. (GC), *Volker et Eifert*, 9 novembre 2010, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, EU:C:2010:662, § 80. Voy. pour des exemples de ce phénomène de procéduralisation dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, K. LENAERTS, « The European Court of Justice and Process-Oriented Review », *op. cit.*, pp. 3-16 ; Voy. aussi, S. VAN DROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH, « Article 52 », *op. cit.*, pp. 1284 et s.

²⁹⁹ Voy. N. VANDER PUTTEN et N. BONBLED, « Les rapports entre droit et expertise à l'aune de la gestion de la crise du COVID-19 », *op. cit.* ; S. Van Drooghenbroeck et X. Delgrange observent que l'on retrouve une expression de cette procéduralisation dans les avis n° 59.484/3 et 59.485/3 du 29 juin 2016 du Conseil d'État à propos de propositions de décret visant à interdire, de manière pure et simple, l'abattage d'animaux sans étourdissement préalable (S. VAN DROOGHENBROECK et X. DELGRANGE, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *op. cit.*, p. 7).

Comme souligné ci-dessus, l'avis commenté soutient solidement la procéduralisation du principe de proportionnalité, en soulignant l'importance du rôle des experts dans la gestion de la crise. À ce propos, – nous l'avons déjà observé³⁰⁰ – la suggestion du Conseil d'État d'insérer dans le texte de loi le passage de l'exposé des motifs visant à associer une expertise pluridisciplinaire à la prise de la décision pour ce qui concerne les restrictions faites aux droits fondamentaux a été suivie. Selon la loi, en effet, « [l]orsque le Roi a déclaré ou maintenu la situation d'urgence épidémique conformément à l'article 3, § 1^{er}, il adopte par arrêté délibéré en Conseil des ministres les mesures de police administrative [...] après concertation au sein des organes compétents dans le cadre de la gestion de crise, auxquels sont associés les experts nécessaires en fonction de la nature de la situation d'urgence épidémique, notamment en matière de droits fondamentaux, d'économie et de santé mentale. Les experts consultés remplissent une déclaration d'intérêts et respectent un code de déontologie qui est déterminé par le Roi »³⁰¹.

Cette formulation, qui n'est guère clarifiée par l'exposé des motifs³⁰², laisse songeur à bien des égards. Que faut-il entendre par le fait que les experts « nécessaires » sont associés « en fonction de la nature de la situation d'urgence épidémique » ? Qui est susceptible d'endosser ce rôle et quelles sont les modalités de désignation³⁰³ ? Ou encore, quelle forme prendra cette consultation ? À ce stade, l'on sait tout au plus que les experts consultés devront remplir une déclaration d'intérêts et respecter un code de déontologie³⁰⁴.

Au-delà de la réponse à ces interrogations, il est permis d'affirmer que la mesure dans laquelle les autorités publiques feront appel à ces experts pourrait avoir une incidence sur la conformité des mesures prises lors d'une situation d'urgence

³⁰⁰ Voy. *supra*, n° 33.

³⁰¹ Article 4, § 1^{er}, de la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique. C'est nous qui soulignons.

³⁰² Projet de loi relatif aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 1951/001, p. 7.

³⁰³ À cet égard, il convient de noter l'amendement 46 à la proposition de loi relative aux mesures de police administrative en cas d'urgence épidémique de M. de Smet qui visait à impliquer dans le processus de décision l'Autorité de protection des données et l'Institut fédéral pour la protection et la promotion des droits humains (*Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 1951/010, p. 2). Sur la possibilité de les impliquer, voy. l'avis commenté, pts 6.4 et 6.5, pp. 11-12.

³⁰⁴ Le code de déontologie des experts a été adopté par l'arrêté royal du 29 octobre 2021 établissant un code de déontologie tel que visé à l'article 4, § 1, premier alinéa de la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative en cas d'urgence épidémique. L'arrêté prévoit également un modèle de déclaration d'intérêts.

épidémique. Le fait de ne pas consulter des experts ou de ne pas prendre dûment en compte leurs avis, sans justification satisfaisante, pourrait peser sur le caractère disproportionné de ces mesures. À l'inverse, leur implication pourrait jouer en faveur des autorités publiques, sans être une garantie absolue du respect du principe de proportionnalité³⁰⁵.

C. LES PRINCIPES DE PRÉCAUTION ET DE PROPORTIONNALITÉ : À LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE

52. Dans le cadre de ses observations au sujet du principe de proportionnalité abordé ci-dessus, la section de législation du Conseil d'État consacre également quelques mots au principe de précaution dès lors que celui-ci est invoqué dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi pour justifier les mesures envisagées.

Ce principe est consacré au niveau européen par l'article 191, § 2, du TFUE³⁰⁶. En droit interne, le Conseil d'État considère que ce principe se déduit notamment de l'article 23, al. 3, 2^o et 4^o, de la Constitution et le mobilise régulièrement dans sa jurisprudence, notamment dans le cadre du contentieux relatif à l'octroi de permis pour l'installation d'antennes de téléphonie mobile et de lignes à haute tension³⁰⁷. La doctrine va jusqu'à le considérer comme faisant partie des principes généraux de bonne administration³⁰⁸.

Le principe de précaution constitue un outil de gestion des risques incertains³⁰⁹, sur la base duquel « lorsque des incertitudes subsistent quant

à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, des mesures de protection peuvent être prises sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées »³¹⁰. En cela, il a donc une visée préventive : l'idée est de ne pas demeurer les bras ballants face à l'incertitude, mais d'adopter, ou à tout le moins d'envisager, des mesures visant à éviter que le risque potentiel ne se matérialise³¹¹. Compte tenu de ce contexte d'incertitude, les autorités jouissent d'une large marge d'appréciation dans la mise en œuvre du principe de précaution ; en effet, une telle mise en œuvre requiert non seulement d'anticiper et de quantifier les risques, mais également d'apprécier quel niveau de risque l'on est prêt à tolérer et à partir de quand il y a lieu d'adopter des mesures restrictives afin de prévenir leur réalisation, même si l'on sait que l'existence du risque n'est pas avérée³¹². Par conséquent, le principe de précaution est de nature procédurale plutôt que substantielle ; il peut se comprendre comme une obligation de prise en considération des risques davantage que comme une obligation de faire ou de ne pas faire³¹³.

53. L'exposé des motifs de l'avant-projet de loi accorde une place de choix à ce principe en l'énonçant comme l'un des fondements de la loi, aux côtés du droit à la protection de la santé garanti par l'article 23 de la Constitution et du droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme³¹⁴. Bien que la section de législation du Conseil d'État n'envisage pas le principe de précaution sous cet aspect dans son avis, il est intéressant de relever que la loi en projet ne se contente pas d'encadrer la gestion des crises sanitaires quand celles-ci sont survenues, mais est également applicable lorsqu'un événement « est susceptible » d'entraîner une menace grave³¹⁵ ; en cela, elle a vocation à donner vie au principe de précaution en permettant que des

³⁰⁵ Sur le fait que le respect de la dimension procédurale ne suffit pas à garantir que le principe de proportionnalité – dans sa dimension substantielle – soit respecté, voy. S. VAN DROOGHENBROECK et X. DELGRANGE, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *op.cit.*, p. 13 et les références mentionnées (en note de bas de page 62).

³⁰⁶ L'article 191, § 2, dispose que « la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement [...] est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive ». La jurisprudence européenne a toutefois étendu ce principe au domaine de la santé publique (C.J.U.E., C-157/96, 5 mai 1998, *National Farmers' Union* ; C.J.U.E., C-180/96, 5 mai 1998, *Royaume-Uni c. Commission*). La Cour de justice de l'UE considère en effet que le principe de précaution consacré à l'article 191, § 2, du TFUE peut être mobilisé dans ce cadre, car le paragraphe 1^{er} de ce même article indique que « la protection de la santé des personnes relève des objectifs de la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement » (C.J.U.E., C-157/96, 5 mai 1998, *National Farmers' Union*, §64 ; C.J.U.E., C-180/96, 5 mai 1998, *Royaume-Uni c. Commission*, § 100).

³⁰⁷ Par exemple C.E., 16 mars 2010, n° 201.930, *Huys et Kupka* ; C.E., 1^{er} mars 2011, n° 211.652, *Lenoir et Jeanty* ; C.E., 14 février 2019, n° 243.690, *Hesse*.

³⁰⁸ M. VON KUEGELGEN, « L'ordre public environnemental existe-t-il ? », *JURIM*, 2/2020, n° 21, p. 20. Pour une discussion à ce sujet, voy. B. JADOT et F. TULKENS, « Le principe de précaution en droit public belge », in E. DIRIX et Y.-H. LELEU *e.a.*, *Rapports belges de l'Académie Internationale de Droit comparé à Utrecht*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 692-693.

³⁰⁹ Par opposition au principe de prévention, qui vise à prévenir des risques certains. M. VON KUEGELGEN, « L'ordre public environnemental existe-t-il ? », *op. cit.*, p. 21.

³¹⁰ C.J.U.E., C-78/16 et C-79/16, 9 juin 2016, *Pesce*, cités par la section de législation du Conseil d'État (avis commenté, pt 79, p. 46).

³¹¹ A. DONATI, « Le principe de précaution : un outil de gestion des crises en droit de l'Union européenne ? » *J.D.E.*, 2020, p. 430 ; N. DE SADELEER, « L'émergence du principe de précaution », *J.T.*, 2001, p. 393.

³¹² A. DONATI, « Le principe de précaution : un outil de gestion des crises en droit de l'Union européenne ? », *op. cit.*, p. 435.

³¹³ À cet égard, voy. par exemple M. PAQUES, « Le Conseil d'État et le principe de précaution : chronique d'une naissance annoncée », *J.T.*, 2004, pp. 177-178 ; B. JADOT et F. TULKENS, « Le principe de précaution en droit public belge », *op. cit.*, pp. 703-710.

³¹⁴ Projet de loi relatif aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 1951/001, p. 4.

³¹⁵ Projet de loi relatif aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique, *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 1951/001, p. 128, article 2.

mesures restrictives soient prises alors que le risque demeure incertain³¹⁶.

En revanche, si le principe de précaution a souvent été invoqué dans les arrêtés portant des mesures visant à lutter contre la pandémie de COVID-19³¹⁷, cette pandémie peut aussi être perçue comme une illustration de la difficulté de mettre en œuvre ce principe de manière effective. Ainsi que le relève Alessandra Donati, « les autorités des États membres ont attendu que la circulation du virus soit certaine en Europe avant d'adopter des mesures restrictives, alors que les premiers signaux d'alerte provenant de Chine auraient dû pousser les autorités (déjà en janvier) à anticiper le risque en cause, et à agir avant que la menace ne se concrétise »³¹⁸. L'on peut donc espérer que l'adoption de la loi discutée, qui consacre explicitement la possibilité d'agir préventivement, pourra conduire à une meilleure anticipation des crises futures, voire à leur évitement. Il est regrettable que la section de législation, dans son avis, n'ait pas pleinement saisi l'opportunité de rappeler qu'en vertu du principe de précaution, les autorités publiques sont tenues de prendre en considération les signes avant-coureurs d'une crise et, le cas échéant, d'agir préventivement afin d'éviter dans la mesure du possible sa survenance.

54. La pertinence du recours au principe de précaution se prolonge toutefois au-delà de la prévention de la crise. Une fois celle-ci survenue, sa gestion implique le plus souvent de nombreuses incertitudes, les connaissances scientifiques n'évoluant pas aussi vite que la menace elle-même. Ainsi, dans son avis sur l'avant-projet de loi, la section de législation du Conseil d'État cite deux arrêts de la section du contentieux administratif dans lesquels cette dernière fait usage du principe de précaution pour valider l'adoption et la variation des mesures restrictives de lutte contre la

pandémie dans un contexte d'évolution constante des connaissances liées au virus³¹⁹.

C'est dans cette seconde perspective que la section de législation du Conseil d'État aborde le principe de précaution : elle l'examine comme une donnée de l'examen de proportionnalité, et indique « qu'il ressort [...] de différents passages de l'exposé des motifs que les auteurs du projet considèrent que le principe de proportionnalité sera appliqué conjointement avec le principe de précaution »³²⁰. Il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que lors d'une telle application conjointe, le principe de précaution justifie l'octroi d'une large marge d'appréciation à l'autorité dans le cadre de l'examen du caractère approprié, nécessaire et strictement proportionné des mesures restrictives adoptées au nom de ce principe³²¹.

Il est toutefois fondamental d'éviter que cette large marge d'appréciation ne se transforme en blanc-seing permettant l'adoption de n'importe quelle mesure restrictive sous prétexte de la nécessité de protéger la population contre une menace inconnue ; ainsi que le suggère à demi-mot le Conseil d'État à travers l'extrait de jurisprudence sur le principe de précaution qu'il cite³²², il faut examiner la proportionnalité à l'aune de la précaution, mais aussi la précaution à l'aune de la proportionnalité. En ce sens, il convient donc de trouver un équilibre entre ces principes comme entre les droits concurrents qu'ils visent à concilier.

D. L'INTERDICTION DES MESURES PRÉVENTIVES DE RESTRICTION À CERTAINS DROITS SUBSISTE-T-ELLE DANS LE CONTEXTE SANITAIRE ?

55. Dans le cadre de l'examen de l'article 5 de l'avant-projet de loi, qui recense les mesures de police administrative pouvant être prises en vue de prévenir ou de limiter les conséquences de la situation d'urgence épidémique, la section de législation du Conseil d'État rappelle que celles-ci « ne peuvent en aucun cas consister en des mesures préventives interdites par la Constitution »³²³. Elle cite à ce titre les articles 19, 24, § 1, 25, 26 et 27 de la Constitution garantissant respectivement la liberté d'expression, la liberté d'enseignement, la

³¹⁶ L'exposé des motifs de l'avant-projet se réfère d'ailleurs au commentaire du Conseil d'État relatif au principe de précaution après avoir énoncé que « la situation d'urgence peut aussi être déclarée avant qu'il n'y ait un grand nombre de victimes en Belgique » (*Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 1951/001, p. 14).

³¹⁷ Par exemple, arrêté ministériel du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19, *M.B.*, 28 octobre 2021, préambule ; arrêté du Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale du 26 octobre 2020 arrêtant un couvre-feu de 22h à 6h sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 26 octobre 2020, préambule ; arrêté ministériel du 30 juin 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19, *M.B.*, 30 juin 2020, préambule ; arrêté du Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale du 17 mars 2020 interdisant les expulsions domiciliaires, *M.B.*, 20 mars 2020, préambule.

³¹⁸ A. DONATI, « Le principe de précaution : un outil de gestion des crises en droit de l'Union européenne ? », *op. cit.*, p. 433.

³¹⁹ C.E., 20 août 2020, n° 248.162, *Schoenarts* ; C.E., 28 octobre 2020, n° 248.780, *BV Brasserie Flandria* ; cités par la section de législation du Conseil d'État (avis commenté, pt 79, p. 46).

³²⁰ Avis commenté, pt 79, p. 46.

³²¹ C.J.U.E., C-78/16 et C-79/16, 9 juin 2016, *Pesce*, § 56.

³²² C.J.U.E., C-78/16 et C-79/16, 9 juin 2016, *Pesce*, cités par la section de législation du Conseil d'État (avis commenté, pt 79, p. 46).

³²³ Avis commenté, pt 96, p. 59.

liberté de presse, la liberté de réunion et la liberté d'association, qui comportent tous une interdiction plus ou moins large de mesures de limitation préventives de ces libertés. Ainsi que le rappelle la section de législation, « les mesures préventives se caractérisent par le fait qu'elles imposent certaines conditions ou formalités qui doivent être remplies avant que le droit concerné ne puisse être exercé dans la pratique [...] et par le fait que le non-respect des conditions prescrites constitue en soi une infraction »³²⁴.

La section de législation indique toutefois que conformément à l'arrêt n° 136/2003 de la Cour constitutionnelle, une mesure qui limite ou conditionne l'exercice de l'un des droits précités ne constitue pas une mesure préventive au sens de ces dispositions pour autant que son objet soit exclusivement lié à des considérations sans lien avec ces droits, comme la protection de la santé publique, et n'implique aucune appréciation de la manière dont le droit préalablement restreint allait être exercé³²⁵. La section de législation indique qu'il en va par exemple ainsi « si la restriction ou l'interdiction d'accès à une école ou un lieu de culte, notamment, est exclusivement fondée sur des considérations liées à la santé publique, sans aucune appréciation relative à l'enseignement ou à la culture »³²⁶.

L'on peut comprendre qu'une telle définition de la mesure préventive ait été conçue dans le but de trouver un équilibre satisfaisant entre droits concurrents tout en protégeant le cœur des libertés en cause³²⁷. Cependant, l'on peut se demander si la section de législation, en embrassant cette définition très étroite de l'interdiction, n'accorde pas là un peu trop facilement sa bénédiction à toute mesure préventive pour peu qu'elle soit justifiée par des motifs liés à la santé publique.

Il en résulte en effet que la même mesure pourra hypothétiquement constituer ou non une mesure préventive interdite par la Constitution selon qu'elle est motivée par référence à un objet ou à un autre. Ceci ne pourrait-il pas constituer une porte ouverte aux recours abusifs au motif sanitaire

pour satisfaire des desseins moins honorables que la protection de la santé de la population ?

VII. COMMENT LA POLICE VOUS CONDUIT À LA SANTÉ : LA CONSÉCRATION D'UNE POLICE ADMINISTRATIVE SPÉCIALE EN MATIÈRE SANITAIRE ET LE REFOULEMENT DE LA POLICE GÉNÉRALE

56. Aucun de nous ne peut l'ignorer, l'épidémie de Covid-19 et l'ensemble des conséquences qu'elle a emportées ont conduit les pouvoirs publics à adopter des mesures qui restreignaient l'exercice des libertés publiques, parfois jusqu'au cœur même de celles-ci, pour protéger l'ordre public, et d'abord la santé de la population. De nombreux États européens ont même adopté des législations d'exception qui avaient clairement pour objet de suspendre certaines libertés³²⁸ et, si ce ne fut pas le cas en Belgique, ce fut sans doute moins parce que les mesures adoptées n'étaient pas attentatoires aux libertés publiques que parce que formellement, la Constitution ne peut être suspendue³²⁹. Ces mesures tombaient dès lors dans le champ de ce qu'en droit administratif on appelle la police administrative. Toutes les polémiques qui ont émaillé notre vie publique depuis mars 2020 ne doivent pas le faire oublier : à l'origine, la police administrative est l'activité générale dont l'objet est de conduire l'individu « à la plus parfaite félicité dont il puisse jouir en cette vie » et cet objet explique que les liens entre la police administrative et la santé sont profonds³³⁰. En fait, il s'agit de restreindre les libertés publiques pour « imposer la discipline que requiert la vie en société »³³¹. Ces pouvoirs ont trois facettes : l'adoption de règlements qui ont pour effet d'interdire, d'imposer ou de permettre certains comportements aux administrés ; l'adoption de mesures individuelles dans le même objet ; et le recours à la force publique.

57. Du point de vue de leur objet, classiquement, on distingue la police générale et les polices spéciales. La première vise à protéger l'ordre

³²⁴ C.E., 18 mai 1999, n° 80.282, *Van der Vinck et csrts*, cité par la section de législation dans l'avis commenté (pt 96, p. 59).

³²⁵ Avis commenté, pt 96, p. 60, citant C.C., 22 octobre 2003, n° 136/2003, B.5.1 et B.6.3.

³²⁶ Avis commenté, pt 96, p. 60.

³²⁷ Dans l'arrêt n° 136/2003, la Cour constitutionnelle indique en effet que la mesure restrictive de la liberté d'expression critiquée, à savoir la soumission de l'affichage à certaines conditions préalables, vise à protéger l'ordre public et les droits d'autrui (C.C., 22 octobre 2003, n° 136/2003, B.6.3), et qu'elle ne permet pas d'interdire ou de contrôler la manifestation d'une opinion (C.C., 22 octobre 2003, n° 136/2003, B.5.1).

³²⁸ Voy. à ce sujet J. GONSCHOREK, R. BENICHOU et D. BARRÈRE, « Perspectives étrangères sur la gestion de la pandémie de covid-19 : l'exemple de la liberté de manifester », *A.J.D.A.*, 25 janvier 2021, pp. 126 et s.

³²⁹ Voy. *supra*, n°s 38-41.

³³⁰ DELAMARE, cité par O. RENAUDIE, « La police administrative au temps du coronavirus », *A.J.D.A.*, 2020, p. 1707.

³³¹ P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, v° « Police administrative ». Cet objet se confond en réalité entièrement avec celui de l'administration d'un territoire. Voy. les considérations de C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, pp. 377 et s.

public matériel dans tous ses aspects, c'est-à-dire la sécurité publique, la salubrité publique et la tranquillité publique, et à travers toutes les activités humaines. Les secondes ne protègent qu'un de ces trois aspects de l'ordre public³³², ou bien seulement un type d'établissement susceptible de porter préjudice à l'un de ces trois aspects, qui appelle une protection renforcée de l'ordre public à l'aide de techniques particulières³³³, ou bien encore un type d'intérêt totalement étranger à ces trois aspects, par exemple des préoccupations d'ordre esthétique^{334/335}.

La police générale a été confiée aux communes au moins depuis la Révolution, à l'époque où nos régions étaient françaises³³⁶, et c'est toujours le cas aujourd'hui aux termes de l'article 135, § 2, de la nouvelle loi communale³³⁷. La loi a aussi attribué des pouvoirs de police générale aux autorités provinciales, essentiellement le gouverneur³³⁸. Enfin, un pouvoir de police générale est confié par la loi sur la fonction de police, depuis une modification intervenue en 1998, non seulement au gouverneur, mais également au ministre de l'Intérieur³³⁹. Il a par ailleurs été admis de manière progressive que le Roi tiendrait, directement de la Constitution, un pouvoir autonome de police générale, qui lui permettrait de prendre des mesures réglementaires et individuelles à des fins de sécurité, de salubrité et de tranquillité publiques. Jean-Michel Favresse a démontré que cette attribution de compétence, généralement admise, ne reposait en fin

de compte que sur la nécessité, qui impose de pouvoir répondre à des troubles auxquels les communes négligent ou refusent de réagir, ou dont les effets s'étendent sur le territoire de plusieurs communes³⁴⁰. Quoi qu'il en soit, ce pouvoir autonome aurait vu son champ d'application largement restreint depuis la modification précitée de la loi sur la fonction de police en 1998. On peut ainsi voir la loi sur la fonction de police comme l'expression de la volonté de couler dans un texte ce qui était jusque-là le pouvoir de police générale autonome du Roi³⁴¹. Cependant, considérant que la loi sur la fonction de police définit les pouvoirs qu'elle attribue au ministre et au gouverneur comme un pouvoir subsidiaire de celui du bourgmestre et des « institutions communales », Jean-Michel Favresse conclut que les mesures du ministre de l'Intérieur ne sauraient s'étendre sur tout le territoire national ou sur le territoire de deux ou plusieurs provinces, ces mesures ne sauraient pas davantage avoir un caractère permanent, et qu'encore aujourd'hui, seul le prétendu pouvoir de police générale du Roi subsisterait pour prendre des mesures qui auraient une telle étendue dans l'espace et dans le temps³⁴².

De manière surprenante, dès lors que l'on aurait plutôt pensé qu'il s'agirait d'une police spéciale, relative à un aspect seulement de l'ordre public, Cyr Cambier³⁴³ cite également, parmi les fondements d'un pouvoir de police générale, la loi sanitaire du 1^{er} septembre 1945. Cette loi autorise le Roi à prescrire, par voie de règlements généraux, les mesures de prophylaxie et d'assainissement ainsi que toutes mesures d'organisation et de contrôle nécessaires, notamment pour prévenir ou combattre les maladies transmissibles présentant un danger général ou pour assurer la salubrité de la voirie ainsi que de tous les locaux servant à l'habitation et de leurs dépendances. En temps d'épidémie, le Roi peut décider l'exécution d'office des mesures nécessaires que des communes négligeraient de prendre pour pourvoir à l'isolement des malades atteints

³³² On cite la police des spectacles.

³³³ En cause par exemple dans la police des établissements dangereux, insalubres ou incommodes.

³³⁴ En cause par exemple dans le droit de l'urbanisme.

³³⁵ P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, op. cit. ; et P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *Éléments de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 160 et 165.

³³⁶ « [...] toutes les Municipalités du Royaume, tant dans les Villes que dans les Campagnes, veilleront au maintien de la tranquillité publique » (Décret des 10-14 août 1789 pour le rétablissement de la tranquillité publique).

³³⁷ « [...] les communes ont pour mission de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics ». Cette disposition reste de la compétence de l'État fédéral, avec ce qui concerne l'organisation de et la politique relative à la police (art. 6, § 1^{er}, VIII, 1^o, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980).

³³⁸ Art. 128 de la loi provinciale : « Le gouverneur veille dans la province au maintien de l'ordre public, à savoir la tranquillité, la sûreté et la salubrité publiques » ; voy. ég. l'art. 85 de la loi provinciale : « Le conseil peut faire des règlements provinciaux d'administration intérieure et des ordonnances de police ».

³³⁹ Art. 11 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, inséré par l'article 165 de la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux : « Sans préjudice des compétences qui leur sont attribuées par ou en vertu de la loi, le ministre de l'Intérieur et le gouverneur exercent à titre subsidiaire les attributions du bourgmestre ou des institutions communales lorsqu'ils manquent, volontairement ou non, à leurs responsabilités, lorsque les troubles à l'ordre public s'étendent au territoire de plusieurs communes, ou lorsque, bien que l'événement ou la situation soit localisé dans une seule commune, l'intérêt général exige leur intervention ».

³⁴⁰ J.-M. FAVRESSE, « Le pouvoir général de police du Roi », *A.P.T.*, 2011, n^o 1, p. 2.

³⁴¹ P. GOFFAUX, « Le pouvoir de police de l'ordre public et la crise sanitaire du coronavirus Covid-19 », in S. WATTIER, E. SLAUTSKY et F. BOUHON (dir.), *La réponse belge à la crise du COVID-19 au regard du droit public. Quelles leçons pour l'avenir ?*, op. cit.

³⁴² J.-M. FAVRESSE, « Le pouvoir général de police du Roi », op. cit., pp. 45 et s. ; voy. ég. P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *Éléments de droit administratif*, op. cit., p. 163 et P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, op. cit., v^o « Pouvoir autonome de police ».

³⁴³ C. CAMBIER, *Droit administratif*, op. cit., p. 406. Cette analyse s'explique peut-être par le fait que la loi sanitaire avait été conçue comme une consécration et une confirmation, en matière sanitaire, d'un pouvoir de police générale autonome du Roi (P. GOFFAUX, « Le pouvoir de police de l'ordre public et la crise sanitaire du coronavirus Covid-19 », op. cit.).

d'affection transmissible. Des inspecteurs ont le droit de pénétrer dans les établissements hospitaliers et dans les habitations. Précédemment, un décret sanitaire du 18 juillet 1831, adopté par le Congrès national sous la menace d'une épidémie de choléra morbus, et apparemment toujours en vigueur, avait attribué au chef de l'État le pouvoir de prendre « les mesures extraordinaires que l'invasion ou la crainte d'une maladie pestilentielle rendrait nécessaires sur les frontières de terre ou dans l'intérieur ».

De leur côté, les polices spéciales se sont multipliées, tout particulièrement en matières sanitaire et environnementale, en raison tant des limites formelles de la police générale que de la technicité des matières en cause, et dans un contexte où l'on observe une tendance croissante à mettre en cause une carence de l'autorité³⁴⁴.

58. La question qui s'ensuit est celle de l'articulation de ces différentes polices. Cette question, qui revient à identifier l'autorité la mieux placée pour prévenir un risque, est délicate et appelle des réponses au cas par cas. En substance, on retient les principes suivants, que l'on désigne habituellement comme la théorie du concours des polices. Le concours de deux polices générales se résout par l'application du principe de la hiérarchie des normes. Cependant, le pouvoir autonome de police générale du Roi serait subsidiaire à celui des communes, qui est lui expressément consacré par la loi³⁴⁵. Le concours de deux polices spéciales se résout par les règles du cumul, c'est-à-dire que l'administré doit se conformer aux règles prévues par les diverses polices applicables, et de l'indépendance, c'est-à-dire que les différentes polices doivent en principe être mises en œuvre de manière autonome. Enfin, dans le cas du concours d'une police spéciale et de la police générale, la première prévaut en principe dans son champ d'application³⁴⁶, mais il n'est pas exclu que la police générale trouve également à s'appliquer à titre complémentaire, en fonction de l'intention explicite ou implicite du législateur – exclusion de la police générale

ou coexistence – et en fonction de l'existence d'un trouble concret à l'ordre public auquel la police spéciale, si elle trouve à s'appliquer, ne permet pas de faire face³⁴⁷. Ainsi, la loi sanitaire du 1^{er} septembre 1945 prévoit qu'elle ne porte pas préjudice aux droits que les lois en vigueur confèrent aux autorités communales, sachant que les règlements communaux ne peuvent toutefois être contraires aux règlements d'administration générale.

59. Dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19, qui nous occupe ici, le ministre de l'Intérieur a pris une série d'arrêtés³⁴⁸. Il n'a donc pas été fait usage de pouvoirs autonomes de police générale du Roi. Il n'a pas davantage été fait appel aux pouvoirs attribués par la loi sanitaire (ni à ceux qui ont été attribués par le décret sanitaire de 1831) – et la question ne paraît pas davantage s'être posée de savoir si la loi sanitaire ne constituait pas le fondement d'un pouvoir de police spéciale qui eût écarté la police générale³⁴⁹. Le ministre de l'Intérieur s'est fondé sur

³⁴⁴ Voy. P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *Éléments de droit administratif*, op. cit., p. 167 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, op. cit., v^o « Concours des polices (Théorie du –) » ; Y. MOSSOUX, « Les concours entre polices administratives », in P. GOFFAUX, E. SLAUTSKY et J. SOHIER (dir.), *Les grands arrêts du droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 336 et s. ; H. HOEPPFNER et L. JANICOT, « Le règlement des concours de police obéit-il à des principes directeurs ? », *A.J.D.A.*, 2020, p. 1211.

Toutefois, l'article 12 de la loi du 5 août 1992 énonce que « [I]orsque, à l'occasion d'un même événement des mesures de police administrative générale et de police administrative spéciale doivent être prises simultanément, les décisions, ordres et réquisitions des autorités de police administrative générale sont exécutés en priorité ».

En France, on observe que les polices spéciales, qui se sont multipliées, ont conduit à la marginalisation de la police générale des maires, sauf dans l'hypothèse exceptionnelle où des raisons impérieuses liées à des circonstances locales rendent son intervention indispensable et à condition de ne pas compromettre, ce faisant, la cohérence et l'efficacité des mesures prises par les autorités compétentes de l'État (M.-C. DE MONTECLER, *A.J.D.A.*, 2020, pp. 815 et 819 ; O. RENAUDIE, « La police administrative au temps du coronavirus », *A.J.D.A.*, 2020, pp. 1708-1709 ; C.E.fr., 17 avril 2020, *commune de Sceaux*, *A.J.D.A.*, 2020, p. 1013, avec note ; C.E.fr., 16 février 2021, *commune de Nice*, *A.J.D.A.*, 2021, p. 1289, avec note). Ont été admises néanmoins certaines mesures de police générale qui contribuaient à la police spéciale en la complétant – même si la distinction est difficile à tracer (H. HOEPPFNER et L. JANICOT, « Le règlement des concours de police obéit-il à des principes directeurs ? », op. cit., p. 1211). *L'A.J.D.A.* titre « Urgence sanitaire et police administrative : la grande confusion », *A.J.D.A.*, 2020, p. 345.

³⁴⁸ En particulier les arrêtés ministériels des 13 mars 2020, 18 mars 2020, 23 mars 2020, 30 juin 2020, 18 octobre 2020 et 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19.

³⁴⁹ Peut-être parce que ces textes ont paru obsolètes (P. BOUVIER, « Avatars juridiques d'une crise sanitaire », op. cit., p. 165 ; et P. GOFFAUX, « Le pouvoir de police de l'ordre public et la crise sanitaire du coronavirus Covid-19 », op. cit.), peut-être aussi parce qu'il est devenu très délicat d'identifier la collectivité fédérale ou fédérée à la compétence de laquelle cette loi ressortit aujourd'hui (on observe ainsi que la loi sanitaire a été abrogée, seulement dans la mesure où elle concerne l'évacuation et l'assainissement des eaux, par l'art. 70 du décret wallon du 7 octobre 1985 sur la protection des eaux de surface). Nous renvoyons, à cet égard, à l'étude de F. BOUHON, A. JOUSTEN et X. MINY, *Droit d'exception, une perspective de droit comparé. Belgique : entre absence d'état d'exception, pouvoir de police et pouvoirs spéciaux*, avril 2021, pp. 79-80 ; au rapport *L'État de droit et la crise sanitaire* rédigé pour la Belgique par Philippe Bouvier, op. cit., p. 5 ; à l'avis commenté ici, point 55, note n^o 95 ; ainsi qu'à ce que nous écrivons ci-avant, n^{os} 11 et suivants.

l'article 11 de la loi sur la fonction de police. Il ne s'est pas arrêté à l'argument de Jean-Michel Favresse (selon lequel le ministre ne saurait édicter des ordonnances de police réglementaire pour plusieurs communes, puisqu'il ne peut agir que pour se substituer aux autorités communales). Les arrêtés ministériels visaient également la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile³⁵⁰ et la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile³⁵¹. Ces divers fondements ont été jugés suffisants *prima facie* par la section du contentieux administratif dans le cadre des recours en suspension qui lui ont été soumis³⁵², mais ils ont aussi donné lieu à des décisions judiciaires en sens opposé, ainsi qu'à de nombreuses contestations³⁵³, qui ont conduit à la loi du 14 août 2021 qu'est devenu l'avant-projet sur lequel fut donné l'avis commenté ici. Ce n'est pas notre sujet de reprendre l'ensemble de ces débats. Nous nous limiterons à remarquer que le fondement déduit de la loi sur la fonction de police en tout cas, s'il peut être admis, relève de la police générale. Les mesures prises n'ont dès lors pas porté préjudice aux pouvoirs des autorités communales en matière de police. Ne semble pas avoir posé problème le fait qu'en matière de police générale, l'intervention des communes était censément prioritaire³⁵⁴, tandis qu'en matière de polices spéciales, certains pouvoirs des communes auraient pu éventuellement prévaloir sur la police générale³⁵⁵. Enfin, il a été considéré que ces mesures, prises pour répondre à un trouble que l'on espère ponctuel, n'avaient pas de caractère permanent³⁵⁶.

³⁵⁰ Art. 4 : « Le Ministre ayant l'Intérieur dans ses attributions organise les moyens et provoque les mesures nécessaires à la protection civile pour l'ensemble du territoire national ».

³⁵¹ Art. 181 : « Le ministre ou son délégué peut, lors des interventions effectuées dans le cadre des [missions générales des services opérationnels de la sécurité civile], en l'absence de services publics disponibles et à défaut de moyens suffisants, procéder à la réquisition des personnes et des choses qu'il juge nécessaire ». Art. 182 : « Le ministre ou son délégué peut, en cas de circonstances dangereuses, en vue d'assurer la protection de la population, obliger celle-ci à s'éloigner des lieux ou régions particulièrement exposés, menacés ou sinistrés, et assigner un lieu de séjour provisoire aux personnes visées par cette mesure ; il peut, pour le même motif, interdire tout déplacement ou mouvement de la population. »

³⁵² C.E., 28 octobre 2020, n° 248.780 et 248.781 ; C.E., 30 octobre 2020, n° 248.818 et 248.819 et C.E., 13 novembre 2020, n° 248.918.

³⁵³ Voy. *supra*, note n° 2.

³⁵⁴ En vertu de la loi sur la fonction de police elle-même – art. 12.

³⁵⁵ Voy. sur ce sujet B. DE BUISSERET, « Chronique d'un chassé-croisé entre répression pénale et sanctions administratives communales (SAC). Un premier bilan des mesures de répression anti-Covid-19 », *Rev. dr. com.*, 2020, n° 4. Voy. aussi C.E., n° 248.541 du 9 octobre 2020 (un règlement de police communal en matière de prostitution, adopté dans le cadre de la crise sanitaire, est suspendu parce qu'il a été adopté sur la base de pouvoirs de police spéciale, qui ne peuvent pas être motivés par un problème de santé).

³⁵⁶ P. GOFFAUX, « Le pouvoir de police de l'ordre public et la crise sanitaire du coronavirus Covid-19 », *op. cit.* ; voy. cependant S. KAISERGRUBER, « L'interdiction de rassemblement au temps du covid et le principe de légalité en matière pénale », *A.P.T.*, 2021, n° 2, p. 217.

60. La loi du 14 août 2021 a pour objet de donner un fondement légal plus assuré aux mesures de police administrative qu'il serait nécessaire de prendre pour répondre à une situation d'urgence épidémique. Lorsqu'une situation d'urgence épidémique a été déclarée, par un arrêté royal qui doit être confirmé par le législateur, le Roi se voit attribuer le pouvoir de prendre les mesures nécessaires « en vue de prévenir ou de limiter les conséquences de la situation d'urgence épidémique pour la santé publique »³⁵⁷. En outre, l'article 4, § 2, de la loi du 14 août 2021 prévoit que lorsque les circonstances locales l'exigent, les gouverneurs et bourgmestres prennent, chacun pour son propre territoire, des mesures renforcées par rapport à celles qui ont été adoptées par le Roi³⁵⁸.

Tant l'auteur de l'avant-projet que la section de législation ont qualifié les mesures de police en matière sanitaire de mesures de police spéciale³⁵⁹ – logiquement nous semble-t-il. Ceci conduit la section de législation à soulever trois questions. Il s'agit d'abord de la question de la coexistence des nouveaux pouvoirs de police créés et des pouvoirs de police générale des autorités locales. Si la situation d'urgence épidémique n'a pas été déclarée *au motif* que l'épidémie en cours n'est pas susceptible de toucher un grand nombre de personnes en Belgique, les gouverneurs et les bourgmestres demeurent compétents pour adopter les mesures requises pour lutter contre une épidémie locale³⁶⁰. Il s'agit ensuite de la question de la coexistence des nouveaux pouvoirs de police créés et des pouvoirs de police prévus par la loi sanitaire du 1^{er} septembre 1945. Par l'avis commenté, la section de législation demanda qu'il fût précisé si le texte à l'examen avait pour objectif, dans les limites de son champ d'application, de se substituer aux normes de cette loi ou si au contraire, à l'intérieur de son champ d'application, leur application cumulée pouvait se concevoir³⁶¹. Sauf erreur de notre part, cette question a été laissée en

³⁵⁷ Exceptionnellement, des mesures qui ne peuvent souffrir aucun retard peuvent être prises par le ministre de l'Intérieur.

³⁵⁸ Conformément aux éventuelles instructions du ministre et après concertation avec les autorités fédérales et fédérées compétentes en fonction de la mesure envisagée. Les mesures possibles sont précisées par la loi, de manière distincte de celles qui peuvent être prises par le Roi (art. 5, § 2 – voy. ég. l'avis commenté, pt 92).

³⁵⁹ Avis commenté, pt 1.

³⁶⁰ Sur la base de l'article 135, § 2, de la Nouvelle loi communale et de l'article 11 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police – point 57 de l'avis commenté. En dehors du cas d'une épidémie purement locale, il est en principe exclu que les bourgmestres et gouverneurs s'appuient sur un autre fondement légal que la loi pandémie (C.E., avis n° 70.389/VR donné le 27 octobre 2021, p. 14).

³⁶¹ Avis commenté, pt 55, note 95.

suspens. Il s'agit enfin de la question de la coexistence des nouveaux pouvoirs de police créés et des pouvoirs de police du ministre de l'Intérieur dont il a été fait usage au cours des mois écoulés. Sur une indication ferme et répétée de la section de législation, cette coexistence a été exclue de manière expresse par le nouveau régime. La loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile ainsi que la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile ont été modifiées et ne s'appliquent plus aux situations d'« urgence épidémique ». En effet, ces lois ne peuvent s'appliquer à des situations d'urgence épidémique tant que le Roi n'a pas déclaré l'existence d'une telle situation – puisque Lui seul peut la déclarer – et elles ne peuvent pas non plus s'y appliquer lorsque le Roi a déclaré l'existence d'une telle situation – puisque Lui seul peut alors adopter les mesures requises pour y faire face. En revanche, la police générale subsiste dans la mesure où la nouvelle loi ne permettrait pas de faire face à tous les risques d'atteinte à l'ordre public général – mais alors sans se fonder sur un motif déduit d'une situation d'urgence épidémique³⁶².

VIII. LA CONTRIBUTION DE LA SECTION DE LÉGISLATION À LA RÉOLUTION (JURIDIQUE) DE LA CRISE

61. Comme indiqué ci-dessus³⁶³, en avril 2021, la crise était non seulement sanitaire, mais également juridique : doctrine et jurisprudence restaient divisées sur la légalité des mesures imposées, singulièrement après le premier confinement (mars-juin 2020)³⁶⁴.

Alors que la section du contentieux administratif n'avait rien trouvé à y redire³⁶⁵, constatant cependant que les diverses bases légales des interventions de la ministre de l'Intérieur³⁶⁶ restaient contestées devant divers tribunaux judiciaires³⁶⁷,

³⁶² Art. 11 et 12 de la loi du 14 août 2021 ; art. 12 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police ; avis commenté, p. 31-32, pt 53 et surtout 54 ; voy. ég. l'avis n° 69.598/AG du 23 juin 2021, *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1951/013, pp. 12 et s. ; *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 55-1951/001, pp. 9 et s.

³⁶³ Voy. *supra*, n° 2.

³⁶⁴ Sur ce point e.a. J. VELAERS, « Constitutionele lessen uit de COVID-19-crisis », *op. cit.*, p. 532 à 552.

³⁶⁵ Voy. les références *supra*, note n° 5.

³⁶⁶ Pour rappel, l'article 11 de la loi sur la fonction de police du 5 août 1992, l'article 4 de la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile ou encore les articles 181 et 182 de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile.

³⁶⁷ Voy. e.a. du côté francophone, les décisions de première instance qui déclarent illégales les mesures prises, et qui seront certes le plus souvent réformées sur recours : Pol. Charleroi, 21 septembre 2020 (réformé par Corr.

le Gouvernement s'est résolu à faire adopter, non sans mal, une loi dite « pandémie ».

Passage obligé et redouté³⁶⁸, l'avis de la section de législation du Conseil d'État, rendu en Assemble générale sur l'avant-projet de loi, mérite aussi de retenir l'attention en ce que la section de législation du Conseil d'État a voulu contribuer à résoudre la crise, au plan juridique du moins.

Cette volonté l'a obligée à se positionner elle-même, d'une part, en expliquant sa jurisprudence évolutive sur un point de droit très controversé (A) et, d'autre part à faire preuve de créativité pour promouvoir diverses solutions praticables (B).

A. GÉRER LA COHÉRENCE DE LA LÉGISPRUDENCE

62. Pour illustrer la démarche du Conseil d'État, nous repartirons de la manière dont il a traité la question de la constitutionnalité de la délégation par la loi des compétences au ministre qui a l'Intérieur dans ses attributions³⁶⁹. L'avis commenté n'esquive pas les contradictions multiples en la matière, que ce soit entre le droit et le fait, ou au sein même de la jurisprudence³⁷⁰ du Conseil d'État.

En droit, la situation est *a priori* assez simple : en vertu des articles 33, 37, 105 et 108 de la Constitution, au niveau fédéral, le pouvoir réglementaire n'appartient qu'au Roi. La Constitution n'attribue aucun pouvoir au ministre. Tout au plus, le Conseil d'État admet-il qu'une délégation accessoire ou de détail à un ministre soit prévue, mais il appartient en principe au Roi et non au législateur de la prévoir. Par conséquent, l'octroi par le législateur d'une délégation directe de pouvoirs réglementaires à un ministre, comme l'envisageait l'avant-projet de loi, équivaut à empiéter sur une prérogative du Roi en tant que chef du pouvoir exécutif fédéral.

Le rappel de cette rigoureuse position de principe, assortie de la petite exception précitée, ne pouvait cependant occulter une autre exception prétorienne et des lois en « sens contraire », que

Hainaut, 9 janvier 2021) ; Civ. Bruxelles (réf.), 31 mars 2021 (réformé par Bruxelles, 7 juin 2021) ; Civ. Bruxelles (réf.), 30 avril 2021 (réformé par Bruxelles 7 juin 2021) ; *adde* Pol. Bruxelles F., 12 janvier 2021 (définitif).

³⁶⁸ Sur les différents aspects du partenariat entre le monde politique et le Conseil d'État en vue d'une bonne gouvernance, *cf.* not. H. DUMONT et F. TULKENS, « La section de législation du Conseil d'État : un acteur constitutionnel indispensable pour une bonne gouvernance », L. WINTGENS (dir.), *La compétence d'avis du Conseil d'État*, Bruges, Die Keure, 2003, pp. 119-143.

³⁶⁹ Voy. *supra*, n°s 24 et 5.

³⁷⁰ Sur cette notion, *cf.* e.a. L. VANCRAEYBECK, « La jurisprudence de la section de législation du Conseil d'État », I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal/Bruxelles, Anthemis/Université Saint-Louis, 2012, vol.2, pp. 269-302.

l'avis commenté ne va pas ignorer. Ainsi, l'avis indique que la section de législation a admis, « à titre exceptionnel », qu'une délégation soit accordée par la loi au ministre en cas de « motifs objectifs qui requièrent une intervention urgente du pouvoir exécutif »³⁷¹. Bien plus, l'avis reconnaît que la même section de législation n'a pas du tout émis d'objection de principe sur... les trois législations invoquées par la ministre de l'Intérieur pour justifier ses arrêtés ministériels dédiés à la lutte anti-Covid, à savoir la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile, la loi sur la fonction de police du 5 août 1992 ainsi que la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile³⁷².

Dans ce contexte de tension entre le principe – l'interdiction de toute délégation par la loi – et les faits – il y a des exceptions et pas moins de trois précédents en sens contraire –, le Conseil d'État, qui se veut constructif³⁷³, va fournir une explication et une solution.

L'explication tiendra dans ce qu'il appelle « l'historicité du droit ». À textes constitutionnels inchangés depuis 1830, le Conseil d'État admet des variations dans l'interprétation qu'il en a faite : « dans le passé », les règles de délégation « n'étaient pas interprétées de manière aussi stricte » alors qu'aujourd'hui « une interprétation plus stricte » est préconisée³⁷⁴ (non sans de sérieuses failles dans l'absence de rappel de cette interprétation). Nouvelle illustration du fait que le texte juridique, « objet d'une ruminant argumentative permanente, [...] est sans arrêt remis sur le métier, approprié, réapproprié, détourné, redécouvert, réduit, étendu, transposé par des générations d'auteurs »³⁷⁵.

Le moment était donc venu de proposer une solution, à textes inchangés.

B. AIDER À DES SOLUTIONS (AU BESOIN CRÉATIVES)

63. Le Conseil d'État a proposé une nouvelle interprétation « pour l'avenir » : la délégation par le législateur au ministre est constitutionnelle si : (i) il s'agit pour ce dernier d'intervenir en raison de l'urgence et (ii) il n'est pas possible de prendre un arrêté royal. Donc très exceptionnellement,

³⁷¹ Et l'avis de renvoyer à pas moins de 6 autres avis donnés en ce sens entre 1999 et 2018 (avis commenté, pt. 60, note n° 100).

³⁷² Il est renvoyé à des avis de 1962, 1998 et 2007.

³⁷³ En ce sens, P. BOUVIER, « Avatars juridiques d'une crise sanitaire », *op. cit.*, p. 195.

³⁷⁴ Même si ce n'est pas à la section de législation d'en apprécier l'usage qui a été fait de ces délégations dans le cadre de la lutte contre la pandémie.

³⁷⁵ F. OST, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 82.

selon une situation à apprécier au cas par cas, un arrêté ministériel est admissible, même si un arrêté royal est toujours préférable (avec délibération du Conseil des ministres).

Le Conseil d'État échafaude donc une solution pour gérer l'urgence, l'arrêté royal, et une pour l'extrême urgence (« le péril imminent »), l'arrêté ministériel³⁷⁶.

Il est donc loin le temps où le Conseil d'État ne se préoccupait pas de savoir si son avis « va “faire plaisir” ou “faire mal” »³⁷⁷. Au contraire, le Conseil d'État a pris au sérieux « sa fonction de conseil »³⁷⁸, laquelle consiste non pas à paralyser le Gouvernement, mais à l'aider³⁷⁹.

Bien plus, l'avis commenté est en outre exemplaire, car il illustre la capacité de la section de législation à surmonter des désaccords communautaires en matière d'interprétation des règles répartitrices des compétences, capacité dont elle n'a pas toujours réussi à faire preuve dans le passé³⁸⁰.

En effet, avant l'avis commenté, le Conseil d'État avait considéré que certaines mesures fédérales anti-Covid envisagées empiétaient sur la compétence des Communautés, ce qui justifiait au moins un accord de coopération si l'autorité fédérale devait persister dans ses intentions³⁸¹. Avant la crise sanitaire, le Conseil d'État avait développé une jurisprudence évitant de faire de la lutte contre les pandémies une compétence en soi dont disposerait l'autorité fédérale sur pied de ses compétences résiduelles ou de sa compétence pour les mesures prophylactiques nationales³⁸².

Au vu des fondements de compétences pris en considération dans l'avis commenté, on voit que

³⁷⁶ Le législateur y ajoutant l'exigence de délibération en Conseil des ministres que le Conseil d'État n'a même pas indiqué comme requise (*cf.* art. 4, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique).

³⁷⁷ Sur cette indifférence, *cf.* B. JADOT, « La section de législation du Conseil d'État et l'élaboration de la règle de droit », in B. JADOT et F. OST (dir.), *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruxelles, Publ. FUSL 1999, p. 182.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 184.

³⁷⁹ En ce sens, A. PLANTEY, « Le rôle du Conseil d'État dans la confection de la loi », in R. DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, Paris, PUF, 2005, p. 57.

³⁸⁰ Sur ces divisions internes, *cf.* e.a. les thèses divergentes à propos de l'interprétation de l'article 4 de la Constitution explicitement exposées dans l'avis n° 15.784/VR donné le 25 janvier 1984, et dans l'avis n° 18.614/VR donné le 15 juin 1988.

³⁸¹ Avis n° 67.425/3-67.426/3-67.427/3 et n° 67.427/3 du 26 mai 2020 sur une proposition de loi portant création d'une banque de données auprès de Sciensano dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 ; dans le même sens, avis n° 67.424/3 du 26 mai 2020 une proposition de loi relative à l'utilisation d'applications numériques de traçage de contacts par mesure de prévention contre la propagation du coronavirus COVID-19 parmi la population.

³⁸² M. EL BERHOUMI, S. VAN DROOGHENBROECK et L. LOSSEAU, « Le fédéralisme belge ne connaît pas la crise : la gestion de la pandémie du Covid-19 à l'épreuve de la répartition des compétences », *op. cit.*

l'évolution est sensible, vers un recentrage en faveur de la compétence fédérale. On y verra le fruit d'un certain recul pris face à une pandémie persistante qui déjoue la répartition des compétences – ce qui permet de nouvelles interprétations – et qui nécessite une réaction unifiée, sans nier les interventions des entités fédérées, que le Conseil d'État va donc articuler autrement. On peut aussi y percevoir une adhésion implicite à la méthode « topique-problématisante » faisant des principes et des règles de droit un matériau dans lequel puisent librement les magistrats pour résoudre les problèmes concrets auxquels ils sont confrontés³⁸³.

64. Le Conseil d'État a donc fait œuvre pédagogique et innovante, tant pour démêler l'écheveau de la répartition des compétences³⁸⁴ que pour fixer des balises permettant des arbitrages entre droits fondamentaux concurrents³⁸⁵. Il conforte ainsi la légitimité de sa magistrature d'influence, même si son avis reste, en droit, non contraignant.

Plus généralement, se constitue ainsi, encore certes très partiellement, un droit constitutionnel de l'urgence. Il y a plus de 20 ans, François Ost constatait « les passe-droits de l'urgence », mettant en exergue ses « habilitations dans les termes les plus vagues », « les accommodements avec la légalité », « les interprétations judiciaires assouplies », tout en craignant le non-droit, le recul des libertés et les pratiques contestables³⁸⁶. On partagera le constat, mais on se réjouira aussi des solutions prétoriennement suggérées.

*
* *

65. En guise d'envoi, on fera trois observations, tirées d'éléments postérieurs à l'avis.

³⁸³ Voy. à ce sujet X. DELGRANGE, H. DUMONT, C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN, « Table ronde. Juge constitutionnel et interprétation des normes – Belgique », *A.L.J.C.*, XXXIII-2017, pp. 177 et s.

³⁸⁴ Voy. *supra*, n^{os} 11 et s.

³⁸⁵ Voy. *supra*, n^{os} 42 et s.

³⁸⁶ F. OST, *Le temps du droit, op. cit.*, pp. 286-287.

Tout d'abord, la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 septembre 2021, a jugé, de manière assez lapidaire, que la loi du 15 mai 2007 sur la sécurité civile consistait en un fondement légal suffisant aux arrêtés ministériels anti-Covid³⁸⁷. Ce qui rendrait donc *a posteriori* la loi pandémie inutile ? La réponse est négative, car la loi du 14 août 2021 indique elle-même que celle de 2007 ne s'applique pas « aux situations d'urgence épidémiques »³⁸⁸.

Ensuite, on doit rappeler que la question de la constitutionnalité de la délégation au ministre (par la loi de 2007 en particulier) n'a pas (encore) été tranchée au jour de la publication du présent commentaire. Des questions préjudicielles sont pendantes à cet égard devant la Cour constitutionnelle³⁸⁹. Gageons que l'avis commenté y sera attentivement étudié.

Enfin, toute cette saga judiciaire et législative confirme ce qui est devenu un truisme : les hautes juridictions font aussi la loi. Ce sont *volens nolens* des « assemblées délibératives », aux pouvoirs variables selon leur rôle, leurs compétences, leurs pouvoirs. Leurs interventions sont souvent décisives pour la société. Le législateur n'est cependant (et heureusement) aucunement mis hors-jeu. Il est, selon les cas, tantôt empêché d'agir, tantôt contraint de le faire ou tantôt encore aidé en ce sens. L'avis commenté illustre parfaitement ces trois aspects, ce qui justifiait que de substantielles observations lui soient consacrées.

³⁸⁷ « Une urgence épidémique ou pandémie ayant un effet potentiellement mortel sur l'ensemble de la population, telle que la pandémie du coronavirus, doit être considérée comme un désastre ou une situation catastrophique au sens de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile, ce qui peut, le cas échéant, conduire à une situation menaçant les personnes, pouvant justifier les mesures visées à l'article 182, alinéa 1^{er}, de la loi. L'interdiction de rassemblements et l'interdiction de se trouver sans nécessité sur la voie publique et dans les lieux publics, telles que prévues aux articles 5 et 8 de l'arrêté ministériel du 23 mars 2020, visent à prévenir la propagation du coronavirus Covid-19 en réduisant à un minimum les contacts entre les personnes afin de réduire le risque d'infection. Ces mesures ont donc pour objet d'éviter une utilisation sans nécessité de l'espace public, qui constituerait une menace au sens de l'article 182 de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile. Il s'ensuit que cette disposition constitue un fondement légal pour l'interdiction de rassemblements et de déplacements prévue aux articles 5 et 8 de l'arrêté ministériel précité » (Cass., 28 septembre 2021, P. 21.1129.N/1).

³⁸⁸ Art. 12. Sur cette articulation, voy. *supra*, n^o 60.

³⁸⁹ Affaires inscrites sous les numéros de rôle 7543 et 7544.