

La loi du temps et le temps de la loi

David RENDERS

Professeur à l'Université catholique de Louvain

Avocat au barreau de Bruxelles

et

Henri SIMONART

Professeur émérite de l'Université catholique de Louvain

1. Si la Cour constitutionnelle a un visage, c'est bien celui de Michel Melchior.

L'on sait que l'homme n'a jamais cessé de siéger Place Royale depuis que la Cour a tenu sa première audience. Depuis un certain nombre d'années, il préside même aux destinées de la juridiction. Sans nul doute, il a rendu son office avec intelligence, simplicité, efficacité, sens de l'accueil et bienveillance à l'égard de chacun.

Qui le contestera, dès lors? Quelque chose ne sera plus comme avant lorsque, atteignant l'âge butoir que fixe la loi, le juge Melchior cessera de quitter Liège, chaque matin, pour ouvrir les portes de la juridiction avec laquelle il fait corps.

2. La loi qui met fin à l'activité de Michel Melchior, quel singulier renversement de perspectives! Jusqu'à l'avènement de la Cour constitutionnelle, l'on croyait la loi immortelle. Depuis que la Cour existe, c'est Michel Melchior qu'on croyait éternel.

Tout a donc un temps: la loi et les hommes.

3. C'est précisément sur le mode de la finitude que les auteurs de la présente contribution entendent se placer pour rendre hommage à un grand président, autant qu'à un grand homme.

L'occasion en est donnée par l'examen de l'intervention du législateur fédéral dans le dossier sensible de la grippe A (H1N1) (I), qui conduit à devoir s'interroger sur la régularité du procédé normatif utilisé (II), avant de se demander dans quelle mesure les prescriptions constitutionnelles qui s'imposent à l'action du législateur ne mériteraient pas d'être revues ou complétées (III).

I. Les termes de l'intervention législative

4. L'intervention législative à laquelle on s'attache ici se traduit par l'adoption de la loi de pouvoirs spéciaux du 16 octobre 2009¹. Elle trouve son origine dans les initiatives prises par l'Organisation mondiale de la santé (en abrégé: l'O.M.S.) et les mesures décidées dans la foulée par les autorités belges, ensuite de la diffusion du virus de la grippe mutante A (H1N1), généralement qualifiée de grippe nord-américaine².

5. L'O.M.S. est une institution spécialisée, reliée à l'Organisation des Nations Unies, comme indiqué à l'article 57 de la Charte du 26 juin 1945, dont le texte fondateur, qualifié de « Constitution », date du 22 juillet 1946³. Elle compte actuellement, selon les indications fournies par l'Organisation, 194 États membres.

Parmi les multiples tâches qui lui sont assignées, il y a notamment celle d'étudier et d'observer la nature et la propagation des virus grippaux en général et d'en aviser les États membres en les invitant à prendre les mesures qui s'imposent.

6. Depuis 2009, le mécanisme d'alerte est subdivisé en six phases successives. Par souci de commodité, on ne retient ici que les deux dernières.

La phase 5 se caractérise par une propagation interhumaine du virus dans au moins deux États d'une des six Régions de l'O.M.S.⁴ Si, à ce stade, la plupart des États ne sont pas touchés, le déclenchement de cette phase constitue un signal fort, indiquant qu'une pandémie est imminente et qu'il reste peu de temps aux États pour prendre les mesures qui s'imposent. Dans le dossier qui nous occupe, le début de cette phase a été fixée par l'O.M.S. au 29 avril 2009.

La phase 6, traditionnellement qualifiée de phase pandémique, se caractérise, quant à elle, par des flambées dans au moins un État d'une autre région. Elle indique qu'une pandémie mondiale est en cours. C'est à la suite de la réunion du Comité d'urgence de l'O.M.S. du 11 juin 2009 que son directeur général décide de passer à cette dernière phase.

¹ Loi du 16 octobre 2009 « accordant des pouvoirs au Roi en cas d'épidémie ou de pandémie de grippe », M.B., 21 octobre 2009, p. 68658.

² J.-Ph. DERENNE et B. HOUSSET, *Grippe A (H1N1), Tout savoir. Comment s'en prémunir*, Paris, Éditions Fayard, septembre 2009, p. 11.

³ Ce texte a été adopté par la Conférence internationale de la Santé, qui s'est tenue à New York du 19 juin au 22 juillet 1946. Il a été signé par les représentants de 61 États le 22 juillet 1946 et est entré en vigueur, conformément à son article 80, le 7 avril 1948.

⁴ Les États du monde sont groupés en six régions: Afrique, Amériques, Asie du Sud-Est, Europe, Méditerranée orientale et Pacifique occidental.

7. Dès le passage en phase O.M.S. n° 5 les choses vont s'accélérer en Belgique. Le 30 avril 2009, le Conseil des ministres décrète le passage à la phase fédérale « gestion de crise ».

Dans les jours et semaines qui suivent, des décisions sont prises et des stratégies de lutte mises en place : organisation d'une campagne de vaccination non obligatoire ; achat par l'État à la firme GSK, selon la procédure négociée, de 12,6 millions de vaccins ; achat de masques ; règles spécifiques, dérogoatoires par rapport à la législation en vigueur, pour la distribution et la délivrance de médicaments ; mise en place d'une banque de données, etc.

8. Prises dans l'urgence et dans un souci – en soi louable – de précaution, certaines de ces mesures manquent à l'époque de tout fondement légal. D'autres, on l'a relevé, sont dérogoatoires par rapport à la législation existante.

C'est notamment pour « consolider » les mesures déjà adoptées et celles qui pourraient s'avérer nécessaires par la suite, que l'option est prise de procéder par le biais d'une loi de pouvoirs spéciaux.

9. Le texte de l'avant-projet de loi est soumis, le 22 juillet 2009, à la section de législation du Conseil d'État pour avis dans un délai ne dépassant pas trente jours⁵. Ce document diffère, sur des points importants, du projet de loi qui sera déposé le 11 septembre à la Chambre des représentants.

Ainsi, l'avant-projet de loi ne prévoit pas, à l'époque, que les arrêtés à prendre par le Roi pourraient avoir un effet rétroactif. C'est un aspect des choses sur lequel le Conseil d'État n'a, par conséquent, pas pu se prononcer.

L'avant-projet ne prévoit pas non plus explicitement que l'ensemble des arrêtés royaux pourraient abroger ou modifier les dispositions législatives en vigueur dans les matières expressément réservées à la loi par la Constitution. Il utilise à l'époque une formule, à la fois ambiguë, maladroite et inexacte selon laquelle le Roi est autorisé à abroger ou modifier les dispositions légales en vigueur, à l'exception de la Constitution et la loi spéciale du 8 août 1980 « de réformes institutionnelles », prescrivant, par ailleurs, la confirmation législative de l'ensemble des arrêtés royaux⁶. Cela a donné lieu, on s'en doute, à des difficultés d'interprétation du texte de l'avant-projet de loi.

⁵ Avant-projet de loi accordant des pouvoirs au Roi en cas de pandémie ou d'épidémie de grippe, *Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 52-2156/001*, p. 13.

⁶ C'est à juste titre que le Conseil d'État suggère d'omettre de la formule les mots « à l'exception de la Constitution et (de) la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles » (*Avis du Conseil d'État, n° 47.062/1/V du 18 août 2009, Doc. Parl., Ch. repr., sess. ord., 2008-2009, n° 52-2156/001*, p. 20).

10. Dans les observations générales de l'avis qu'il rend le 18 août 2009⁷ – auxquelles on se limite ici –, le Conseil d'État vérifie s'il est satisfait en l'espèce aux trois conditions de fond exigées pour qu'une loi de pouvoirs spéciaux soit conforme à l'article 105 de la Constitution : 1°, existence de circonstances exceptionnelles ; 2°, attribution de pouvoirs limités dans le temps ; 3°, détermination précise des pouvoirs accordés tant en ce qui concerne les finalités et les objectifs qu'en ce qui a trait aux matières dans lesquelles des mesures peuvent être prises et la portée de celles-ci.

En substance, le Conseil d'État estime, sous réserve d'un certain nombre d'observations, qu'il est satisfait à ces trois conditions de fond. Il convient toutefois de relever deux éléments.

S'agissant de l'habilitation formellement et matériellement très large prévue à l'article 3, alinéa 1^{er}, 6°, de la loi, qualifiée, dans l'exposé des motifs, d'habilitation plus générique, le Conseil d'État est d'avis qu'elle répond à l'exigence de précision « [...] puisqu'il est requis qu'en cas d'urgence, tout péril grave relatif à la santé publique doit être écarté dans le cadre strict de l'épidémie ou de la pandémie de grippe constatée [...] »⁸, tout en concédant par ailleurs qu'elle peut avoir trait à toutes sortes de domaines. Il y va, semble-t-il, d'une approche quelque peu novatrice de cette troisième condition.

Sur le plan de la terminologie, l'avis – à tout le moins sa version en langue néerlandaise – opère une distinction, à notre sens bienvenue, entre la notion d'habilitation (« *machtiging* ») et de délégation (« *delegatie* » ou « *bevoegdheidsdelegatie* »). Là où, sur la base de son interprétation du texte de l'avant-projet de loi, le Conseil d'État estime que le Roi est autorisé à prendre des mesures dans le cadre de matières résiduelles, il s'exprime au moyen du terme générique « habilitation ». Là, par contre, où les habilitations s'étendent à des matières réservées à la loi par la Constitution, ce qui selon le Conseil d'État est ou paraît être le cas pour les domaines visés à l'article 3, alinéa 1^{er}, 5°, et alinéa 3, de la loi, il utilise l'expression « délégation »⁹.

11. La loi de pouvoirs spéciaux du 16 octobre 2009 se singularise des lois précédentes accordant de tels pouvoirs au Roi par la faculté explicitement reconnue à ce dernier d'imprimer une portée rétroactive à ses arrêtés.

Cette rétroactivité est doublement limitée par le texte de l'article 2, § 2, dernier alinéa, de la loi. Elle ne peut remonter au-delà de la date, à fixer à l'époque par le Roi, du début officiellement constaté d'une épidémie ou pandémie de grippe, date qui, par arrêté royal du 28 octobre 2009, sera fixée au 29 avril 2009, jour où a débuté la phase

⁷ Voy. les références citées ci-dessus.

⁸ Avis précité du 18 août 2009, *Doc. Parl.*, passage cité p. 18.

⁹ La version en langue française de l'avis du 18 août 2009 ne fait, quant à elle, pas cette distinction. Elle utilise systématiquement l'expression « délégation ».

O.M.S. n° 5. Elle ne peut, par ailleurs et en toute hypothèse, remonter au-delà du 30 avril 2009, jour où le Conseil des ministres a décrété le passage à la phase fédérale de la gestion de crise.

Dans l'exposé des motifs du projet de loi, la portée rétroactive ainsi autorisée est présentée comme devant permettre de «régulariser» un certain nombre de mesures déjà décidées à l'époque (règles particulières relatives à la distribution et à la délivrance de médicaments) ou d'autres mesures pouvant s'avérer nécessaires avant la publication de la loi, dans le souci de garantir la sécurité juridique des mesures à prendre d'urgence en la matière.

12. Six arrêtés royaux ont, jusqu'à ce jour, été pris sur le fondement de la loi de pouvoirs spéciaux du 16 octobre 2009. Trois d'entre eux sont de nature rétroactive, puisqu'ils produisent leurs effets antérieurement à la date de leur publication.

13. Le premier arrêté royal en date est l'arrêté du 3 novembre 2009 «portant la création d'une banque de données fédérale relative à la vaccination», publié au *Moniteur belge* du 9 novembre, qui comme l'indique son intitulé procède à la création de cette banque de données, à son alimentation par les médecins vaccinateurs et à son accès.

Soumis au Conseil d'État le 19 octobre 2009, soit le jour où, semble-t-il¹⁰, débute la campagne de vaccination, il produit, pour l'essentiel, ses effets à cette date.

Toutefois, pour ce qui est de l'accès relativement limité à ladite banque de données, l'effet est retardé au 8 novembre, veille de la date de la publication de l'arrêté royal au *Moniteur belge*. La raison en est que l'accès avait été autorisé précédemment, sur la base du projet d'arrêté royal alors en voie de confection, également aux médecins associés en personne aux actes de diagnostic, de prévention ou de prestation de soins à l'égard de la personne concernée, ce qui selon l'avis du Conseil d'État du 22 octobre 2009 est contraire au droit au respect de la vie privée. D'où la décision, «[d]ans un souci évident de sécurité juridique, et afin de ne pas pénaliser les médecins qui ont de bonne foi accédé à la banque de données entre le 19 octobre et le 8 novembre 2009 [...]», de «confirmer» *a posteriori* cette autorisation¹¹.

14. L'arrêté royal du 10 novembre 2009, publié au *Moniteur belge* du 17 novembre, autorise formellement la transmission aux bourgmestres et gouverneurs ou à leurs remplaçants d'informations contenues dans la banque de données fédérale des professionnels des soins de santé en vue du bon fonctionnement des points de contact

¹⁰ Le rapport au Roi cite la date du 19 octobre 2009. Le préambule de l'arrêté royal, comme la motivation de l'urgence, font, quant à eux, référence au 18 octobre.

¹¹ Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 3 novembre 2009 «relatif à la création d'une banque de données fédérale relative aux vaccinations contre le virus de la grippe A/H1N1», *M.B.*, 9 novembre 2009, p. 71661.

locaux, intermédiaires ou indispensables dans le correct déroulement de la campagne de lutte contre le virus de grippe nord-américaine.

Il produit ses effets le 30 avril 2009, pour le motif que ces données avaient déjà été communiquées aux intéressés.

15. Quant à l'arrêté royal du 12 novembre 2009, publié au *Moniteur belge* du 19 novembre, il confirme dans un texte juridique, les règles particulières dérogatoires à la législation en vigueur, concernant la distribution et la délivrance des médicaments nécessaires à cette lutte.

Cet arrêté produit, lui aussi, ses effets le 30 avril 2009 sous réserve, il est vrai, des sanctions pénales qui assortissent ses prescriptions, sanctions qui, pour d'évidents motifs de conformité à l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, n'entrent en vigueur qu'au jour de la publication de l'arrêté.

16. Le dernier acte de «l'opération de pouvoirs spéciaux» est la confirmation législative des six arrêtés royaux pris sur le fondement de la loi du 16 octobre 2009, comme prescrit par l'article 5, § 2, de cette loi.

Cette confirmation est obtenue sans difficulté par la loi du 23 mars 2010¹².

La boucle est, en quelque sorte, bouclée par la traduction en langue allemande de cette loi, publiée près d'un mois plus tard¹³.

II. L'examen de régularité de l'intervention législative

17. L'intervention législative en deux temps à laquelle on assiste est d'un abord pour le moins classique. Dans un premier temps se présente une loi de pouvoirs spéciaux habilitant le Roi à arrêter des mesures dans les matières résiduelles et déléguant au Roi le soin de ce faire dans les matières réservées. Dans un second temps est adoptée une loi de confirmation, qui assume le contenu des arrêtés pris sur le fondement de la loi de pouvoirs spéciaux.

Une particularité affecte cependant l'intervention en cause : celle d'autoriser le Roi à adopter des arrêtés pouvant produire leurs effets avant l'entrée en vigueur de la loi, en ce compris dans les matières réservées au législateur.

La question se pose de savoir si un tel procédé est respectueux des prescriptions qui s'imposent à l'action du législateur.

¹² Loi du 23 mars 2010 «portant confirmation des arrêtés royaux pris en application des articles 2 et 3 de la loi du 16 octobre 2009 accordant des pouvoirs au Roi en cas d'épidémie ou de pandémie de grippe», *M.B.*, 29 mars 2010, p. 19326.

¹³ Traduction allemande de la loi précitée du 23 mars 2010, *M.B.*, 26 avril 2010, p. 22978.

18. Dans la typologie des lois de consolidation qu'on a pu établir, une loi de pouvoirs spéciaux ne constitue rien d'autre qu'une « habilitation »¹⁴.

En droit public, l'habilitation est « la procédure par laquelle une autorité publique autorise une autre à faire quelque chose que, sans cette permission, elle ne pourrait pas faire »¹⁵. L'acte d'habilitation législative est, dans cette perspective, celui par lequel le législateur attribue à d'autres autorités – le plus souvent au pouvoir exécutif correspondant – des compétences « qui n'ont pas été conférées à ces autorités par la Constitution »¹⁶.

Utilisée à des fins de « consolidation », l'habilitation législative est « la technique par laquelle le législateur procure ou permet de procurer rétroactivement un fondement juridique régulier à un acte administratif en vigueur qui en est dépourvu ou – s'il est en phase d'être adopté pour marquer l'aboutissement d'un processus étalé dans le temps – qui en serait dépourvu en l'absence d'une telle intervention »¹⁷.

19. La loi de pouvoirs spéciaux du 16 octobre 2009 entend notamment couvrir des mesures déjà prises par l'adoption d'arrêtés royaux autorisés à produire des effets à compter de l'entrée en vigueur de ces mesures.

Il est vrai que les actes administratifs unilatéraux – notamment les arrêtés royaux – ne sont pas en droit de rétroagir¹⁸. Le principe est acquis en doctrine¹⁹ et en jurispru-

¹⁴ Voy., à ce sujet, H. SIMONART et J. SALMON, « Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 1994, p. 201; B. MATHIEU, *Les « validations » législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Paris, Economica, 1987, p. 39; D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2003, pp. 139 et s.; J. THEUNIS, « Over scheiding der machten, exceptie van onwettigheid en wetgevende validatie », in A. ALEN et S. SOTTIAUX (éd.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, Die Keure, 2010, pp. 267-268.

¹⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1992, v^o « habilitation ».

¹⁶ J. VELU, *Droit public*, t. I, *Le statut des gouvernants*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 602.

¹⁷ D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, *op. cit.*, p. 140.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 59-60.

¹⁹ Voy. not. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et public*, 11^e éd., Paris, Sirey, 1907, p. 609; C. CAMBIER, « Le Conseil d'État et la règle de droit », *J.T.*, 1952, p. 118; O. DUPEYROUX, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, Paris, L.G.D.J., 1954, p. 94; C. CAMBIER, *La censure de l'excès de pouvoir par le Conseil d'État*, Bruxelles, Larcier, 1956, col. 42 et s.; P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Liège, Presses universitaires de l'ULg, 1975, p. 127 et s.; J.-J. ISRAËL, *La régularisation en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1981, pp. 57, 88 et 140; G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 37; B. MATHIEU, *Les « validations » législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 17; R. ANDERSEN, « La sécurité juridique et la section de législation du Conseil d'État », in *La sécurité juridique. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 14 mai 1993*, Liège, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 1993, p. 210; J. SALMON, *Le Conseil d'État*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 351 et s.; O. DAURMONT, « Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs », *C.D.P.K.*, 1997, pp. 95 et 99; C. MOLITOR, « Le contrôle par le Conseil d'État de l'arrêté royal du 26 septembre 1994 fixant les principes généraux du statut de la fonction publique », note sous C.E., 5 novembre 1996, arrêt *Orfinger*, n^o 62.922, *A.P.T.*, 1997, pp. 199 et s.; Ch. HORE-

dence²⁰. Il vaut aussi bien pour les actes réglementaires que pour les actes individuels. Son fondement fut jadis discuté²¹. Il semble aujourd'hui se dégager un certain consensus pour le trouver, non dans l'article 2 du Code civil²², mais dans un principe général de droit²³.

Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs n'a toutefois pas valeur absolue. Plusieurs exceptions sont admises qui – même si elles doivent être interprétées de façon restrictive²⁴ – n'en existent pas moins.

L'une de ces exceptions procède de ce que le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs se voit reconnaître une valeur législative²⁵. En bonne logique, il en a été déduit que la rétroactivité d'un acte administratif devait être admise chaque fois que le législateur l'autorisait ou que l'application de la loi l'imposait²⁶.

En tant que telle, la loi de pouvoirs spéciaux en cause – parce qu'elle autorise le Roi à rétroagir – rend l'action du Roi régulière du point de vue de sa confrontation avec le principe de non-rétroactivité. Seule la matière pénale constitue une limitation à l'autorisation ainsi consentie. L'article 7, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose, en effet, que « [n]ul ne peut être

VOETS, « Les principes qui régissent la promulgation des lois, arrêtés et règlements, et leurs effets », *C.D.P.K.*, 1998, pp. 419 et s.

²⁰ Voy. not. le recensement de la jurisprudence effectuée par J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in B. BLERO (éd.), *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 638 et s.

²¹ Voy., sur ce point, le développement consacré par P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, op. cit., pp. 135 à 146.

²² Ou encore dans la limitation de compétence *ratione temporis*, le respect de la légalité ou le respect des droits acquis résultant du souci de sécurité juridique.

²³ Voy. sur ce point J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », op. cit., p. 640. C'était déjà la thèse de P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, op. cit., p. 146. Voy., dans le même sens, D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., p. 60, et les références citées.

²⁴ En ce sens, voy. not. P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, op. cit., p. 206; C. YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1997, pp. 414-421; Ch. HOREVOETS, « Les principes qui régissent la promulgation et la publication des lois, arrêtés et règlements, et leurs effets », op. cit., p. 420; D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., p. 61.

²⁵ Voy. not. C.E., 24 novembre 1966, arrêt *Jooris*, n° 12.072; C.E., 3 février 1976, arrêt *Casaer*, n° 17.412; C.E., 27 avril 1984, arrêt *Hosson*, n° 24.292; C.E., 27 mai 1988, arrêt *Fédération belge des chambres syndicales des médecins*, n° 30.165.

²⁶ Voy. not. P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, op. cit., pp. 210-216; J.-F. LECLERCQ, « La non-rétroactivité des règlements: principe général du droit », op. cit., pp. 34-35; Ch. HOREVOETS, « Les principes qui régissent la promulgation et la publication des lois, arrêtés et règlements, et leurs effets », op. cit., p. 420; J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », op. cit., p. 641; D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., p. 61.

condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise»²⁷.

20. Si elle ne contrevient pas au principe de non-rétroactivité – sauf en tant qu'elle serait interprétée comme autorisant le Roi à prendre des mesures pénales produisant des effets avant l'entrée en vigueur de l'arrêté qui les contient –, la loi de pouvoirs spéciaux du 16 octobre 2009, toujours parce qu'elle rétroagit, ne porterait-elle pas atteinte au principe de sécurité juridique en permettant précisément au Roi de prendre des mesures rétroactives ?

Suivant les jurisprudences classiques de la Cour constitutionnelle et de la section de législation du Conseil d'État, le principe de «sécurité juridique» impose, «en principe», que «le contenu du droit» soit «prévisible et accessible de sorte que le sujet de droit puisse prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte se réalise»²⁸. Suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, il en résulte «notamment que le citoyen doit pouvoir faire confiance aux services publics et doit pouvoir être assuré qu'ils respectent les règles et poursuivent une politique constante qui n'est pas susceptible d'une interprétation différente par le citoyen»²⁹.

De la combinaison de ces enseignements, il se déduit que la loi qui oriente tous ses effets vers le passé ne peut être régulière que pour des motifs exceptionnels, si tant est que le contenu du droit, qui, seul, doit «en principe être prévisible et accessible», vient à être modifié à la faveur de l'intervention du législateur³⁰.

Il se fait que le procédé de l'habilitation à prendre des mesures rétroactives correspondant trait pour trait à des mesures prises antérieurement sans habilitation, ne nuit en rien à la sécurité juridique : les droits et obligations consacrés n'ont jamais varié, si bien que la prévisibilité et l'accessibilité ont toujours été sauvegardées.

21. La circonstance que la loi de pouvoirs spéciaux autorise le Roi à agir dans le cadre de matières réservées au législateur par la Constitution, n'influe-t-elle pas sur

²⁷ Voy., à propos de cette disposition, P. ROLLAND, « Article 7 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 298.

²⁸ Voy. not. C.C., 5 juillet 1990, n° 25/90 ; égal. l'avis de la section de législation du C.E. du 23 janvier 1997 rendu sur un avant-projet de loi « portant confirmation des arrêtés royaux pris en application de la loi du 26 juillet 1996 visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne, et de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux de pensions », *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 925/1, p. 28.

²⁹ Cass., 14 juin 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 352. Dans le même sens, Cass., 13 février 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 400.

³⁰ Voy. D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, *op. cit.*, p. 404.

l'examen de régularité de la loi en cause avec les principes de non-rétroactivité et de sécurité juridique ?

Dès lors que le principe de non-rétroactivité n'interdit pas l'adoption d'arrêtés royaux rétroactifs, si la chose a été autorisée par le législateur, la circonstance qu'une matière réservée soit en cause ne change apparemment rien à la donne. Il en va de même pour ce qui concerne le principe de sécurité juridique qui exige que soient garanties la prévisibilité et l'accessibilité du droit, sans opérer de distinction entre les matières réservées et celles qui ne le sont pas.

22. L'on en arrive ainsi à devoir considérer que le droit public belge paraît autoriser le législateur à doter le Roi de pouvoirs spéciaux rétroactifs, même dans les matières que le constituant réserve expressément au législateur.

III. Les perspectives suscitées par l'intervention législative

23. Le constat suivant lequel le droit public belge autoriserait le législateur à consentir des pouvoirs spéciaux rétroactifs, même dans les matières réservées, suscite quelques réticences.

24. Partant de l'idée que les pouvoirs spéciaux constituent, en soi, des mesures exceptionnelles, l'on pourrait estimer que, d'interprétations extensives en positions accommodantes, il soit exagéré de consentir des pouvoirs spéciaux rétroactifs, en particulier lorsque sont en jeu des matières que le constituant lui-même a confiées au législateur. Dans cette perspective, ne conviendrait-il pas d'interdire, dans la Constitution, le recours à la rétroactivité dans le cadre de l'adoption d'arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux, à tout le moins dans les matières réservées ?

La difficulté d'une telle solution est que, dans certaines circonstances, comme en l'espèce, l'obligation de réagir est à ce point urgente qu'il est bien difficile de mobiliser les Chambres, en vue d'organiser un vrai débat à propos d'un texte qui doit, de toute évidence, être mis en œuvre sans autre retard.

25. Un autre point de vue reviendrait à observer qu'il est des situations à ce point urgentes qu'elles appellent un remède immédiat, impropre à suivre quelle que procédure d'élaboration normative que ce soit.

Dans cette perspective, ne conviendrait-il pas d'instituer, dans la Constitution, une procédure urgente d'élaboration de la loi ?

L'on pourrait, à cet égard, se calquer sur le schéma consacré par l'article 134 de la Nouvelle loi communale. Dans le cadre des compétences reconnues en matière de police générale, l'article 134 dispose qu'«[e]n cas d'émeutes, d'attroupements

hostiles, d'atteintes graves portées à la paix publique ou d'autres événements imprévus, lorsque le moindre retard pourrait occasionner des dangers ou des dommages pour les habitants, le bourgmestre peut faire des ordonnances de police, à charge d'en donner sur le champ communication au conseil, en y joignant les motifs pour lesquels il a cru devoir se dispenser de recourir au conseil». L'article 134 ajoute que « [c]es ordonnances cesseront immédiatement d'avoir effet si elles ne sont confirmées par le conseil à sa plus prochaine réunion »³¹.

Dans l'hypothèse d'une situation ne permettant pas d'attendre, ne serait-il pas heureux de reconnaître au Roi le droit – si ce n'est le devoir – d'adopter des mesures motivées qui devront être confirmées par le législateur, à l'occasion de la plus prochaine séance des Chambres ?

La solution ainsi préconisée permettrait d'assurer à l'action requise par l'extrême urgence sa pleine et entière efficacité, sans encombrer les autorités en charge de la fonction législative de méandres procéduraux aussi nombreux que complexes, qui n'aboutissent quand même pas à un autre résultat.



26. Des circonstances telles que celles de la pandémie grippale que l'on a connue conduisent, à notre estime, à devoir s'interroger sur l'opportunité d'adopter une nouvelle disposition constitutionnelle qui, tout en consacrant de façon explicite, le droit de recourir à la technique des pouvoirs spéciaux, devrait en modaliser l'exercice. Un alinéa 2 pourrait utilement venir compléter l'article 105 de la Constitution – siège historique des pouvoirs spéciaux³² – qui dispose, comme on le sait, que « Le Roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même ».

Une première proposition, en mode mineur, pourrait être la suivante :

« Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, le Roi peut, en cas d'événements imprévus, lorsque le moindre retard pourrait occasionner des dangers ou des dommages, exercer la fonction législative sans régler, de façon rétroactive, des matières réservées au législateur par la Constitution ».

³¹ Art. 134 de la Nouvelle loi communale, M.B., 3 septembre 1988. Voy., à propos de cette disposition, P. LEVERT, « Article 134 », in P. LAMBERT (dir.), *Manuel de droit communal*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 1998, pp. 190-192.

³² Voy. not. Y. LEJEUNE et H. SIMONART, « L'article 78 de la Constitution ou la faculté d'étendre le pouvoir réglementaire royal », *Ann. dr. Louvain*, 1980, pp. 313-386; A. ALEN, « De bijzondere machten: een nieuwe 'besluitengering' in België? », *T.B.P.*, 1986, pp. 199-215.

Une seconde proposition, en mode majeur, pourrait être la suivante :

« Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, le Roi peut, en cas d'événements imprévus, lorsque le moindre retard pourrait occasionner des dangers ou des dommages, exercer la fonction législative.

Il est tenu de motiver l'arrêté ainsi pris et d'en obtenir la confirmation par la Chambre des représentants et, le cas échéant, le Sénat, à l'occasion de leur plus prochaine séance. À défaut de confirmation, l'arrêté cesse immédiatement de produire ses effets ».

27. Quelle que soit l'option retenue, la Cour constitutionnelle devrait, par ailleurs, se voir confier le pouvoir d'examiner la régularité de la loi de confirmation et, à travers elle, de l'arrêté royal confirmé, sans devoir passer par le prisme des articles 10 et 11 de la Constitution.

L'attribution de ce nouveau chef de compétence juridictionnelle impliquerait techniquement que la loi spéciale du 6 janvier 1989 « sur la Cour constitutionnelle » soit modifiée³³.

Mais l'importance des enjeux qui sous-tendent les pouvoirs spéciaux ne le mérite-t-elle pas ?

³³ Voy. l'art. 142, alinéa 2, 3^o, de la Constitution.