

«L'ETAT DE DROIT ET LA CRISE SANITAIRE»¹

I - La confection de la norme de crise sanitaire

1°) Votre droit comporte-t-il des dispositions préparées à l'avance pour répondre à une situation de crise telle que celle du Covid-19 ? A défaut, l'Etat a-t-il créé, en urgence, un régime juridique spécifique pour répondre à la crise du Covid-19 ? Ou bien a-t-il mis en œuvre un principe général, éventuellement jurisprudentiel, d'« état de nécessité » ou de « circonstances exceptionnelles » ?

1. A la différence de ce qui existe en France, il n'y a pas, en Belgique, de régime d'état d'urgence. Si la Constitution ne le prévoit pas, elle ne fait toutefois pas obstacle à la mise en place d'un régime de pouvoirs spéciaux susceptible d'être sollicité tant par l'autorité fédérale que par les entités fédérées. Par ailleurs, et plus particulièrement à l'effet d'enrayer la propagation du virus, des dispositions législatives et réglementaires particulières ont été mobilisées, tant par l'autorité fédérale que par les autorités locales. Encore convient-il de ne jamais perdre de vue l'article 187 de la Constitution qui porte que « La Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie ».

2. Avant d'identifier plus en détail les règles ainsi évoquées, il s'indique de situer la crise sanitaire dans le contexte politique particulier du pays au moment de sa survenance². Plus précisément, cette crise voit le jour au cœur d'une autre crise, politique celle-là, qui perdure depuis de longs mois. A la suite des élections

¹ Les périodes examinées vont principalement du 13 mars au 30 juin 2020 pour la première partie de l'étude (La confection de la norme sanitaire) et du 8 avril au 10 décembre 2020 pour la seconde partie (Le contrôle du juge durant la crise sanitaire). La période postérieure n'est pas entièrement négligée pour autant. **Le document d'origine a par ailleurs été augmenté de développements liés à des événements survenus postérieurement aux dates précitées. Cette actualisation est arrêtée au 28 mai 2022. Elle apparaît en couleur rouge dans le corps du texte.**

² Pour aller plus avant, voy. Fr. 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, n° 2446, 2020, pp. 5 et s. et N. Bernard, « Les pouvoirs du gouvernement fédéral en période de crise : le gouvernement Wilmès face à l'épidémie de Covid-19 », *J.T.*, 2020, pp. 372-375. **Adde : Le droit public belge face à la crise du Covid-19 : quelles leçons pour l'avenir ?**, (dir. F. Bouhon, E. Slautsky et S. Wattier). Bibliothèque de droit public, Bruxelles, Larcier, 2022, 1084 p.), **Etat de Droit, état d'exception et libertés publiques**, (dir. S. Parsa et Fr. Tulkens), Limal, Anthémis, 2022, 359 p., H. Dumont : **Le COVID-19 : quels défis pour les Etats et l'Union européenne ?** Bruxelles, Bruylant, 2022, 234 p.

législatives survenues le 26 mai 2019, le pays peine à former un nouveau gouvernement fédéral, alors spécialement que celui qui est en place depuis la législature précédente a perdu sa majorité parlementaire depuis le 21 décembre 2018. Ensuite de ces élections, des gouvernements communautaires et régionaux ont toutefois pu voir le jour assez rapidement.

Au niveau de l'autorité fédérale, le gouvernement toujours en place est un gouvernement « démissionnaire » qui ne bénéficie donc pas de majorité parlementaire au moment où la Covid-19 se répand sur le Royaume : sa marge de manœuvre est dès lors réduite à la gestion des affaires courantes, c'est-à-dire, en substance, les affaires touchant à la gestion journalière, les affaires déjà en cours lorsque le gouvernement pouvait encore s'appuyer sur une majorité parlementaire et les affaires urgentes. Il tombe sous le sens que la catastrophe sanitaire qui se dessine alors et ses implications insoupçonnées sur la santé publique et la vie économique, sociale et culturelle ont exigé des autorités publiques une réactivité instantanée. C'est précisément sous le bénéfice des « affaires urgentes » que sera adopté l'arrêté ministériel du 13 mars 2020 portant le déclenchement de la phase fédérale concernant la coordination et la gestion de la crise coronavirus et l'arrêté ministériel du même jour portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19.

Pour faire face au désastre sanitaire, un gouvernement fédéral disposant de coudées franches néanmoins s'imposait, alors pourtant que la profonde crise politique en cours n'était pas promise à un dénouement imminent. Une solution se dégage. Le gouvernement en affaires courantes existant est « transformé » en gouvernement de plein exercice. Ce gouvernement demeure minoritaire mais, pour la gestion de la crise sanitaire, il bénéficie de la confiance d'une majorité parlementaire grâce à l'appui des membres de partis politiques qui le soutiennent « de l'extérieur ». Nous sommes alors le 19 mars 2020. Le temps presse.

3. La technique des pouvoirs spéciaux permet une rapidité d'intervention dans l'adoption de normes que les exigences de la procédure parlementaire ne permet pas. A l'effet de tenter d'endiguer autant que faire se peut la pandémie et ses conséquences potentiellement dévastatrices sur la vie économique et sociale du pays, l'autorité fédérale et certaines entités fédérées y ont eu recours. Fondée sur l'article 105 de la Constitution et, pour les entités fédérées, sur l'article 78 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, la technique des pouvoirs spéciaux consiste en un transfert du pouvoir de décision du législatif vers l'exécutif : la loi de pouvoirs spéciaux est celle qui confère au pouvoir exécutif celui d'établir ou de modifier des règles qu'il appartient normalement au législateur d'édicter.

L'attribution de tels « pouvoirs spéciaux » ne se conçoit que pour une période limitée et en raison de circonstances exceptionnelles. Il se comprend que, pour ce faire et à

l'instar des gouvernements des entités fédérées, le gouvernement fédéral devait pouvoir s'appuyer sur une majorité parlementaire et donc, être de plein exercice, fût-il toujours minoritaire³.

A côté du recours aux pouvoirs spéciaux, l'autorité fédérale, en la personne de son ministre de l'Intérieur a également mis en œuvre des compétences à celui-ci attribuées en matière de protection civile, de sécurité civile et de police administrative générale. L'on peut s'étonner, du moins à première vue, que le gouvernement n'ait pas eu recours à la loi sanitaire du 1^{er} septembre 1945 qui attribue au Roi de larges pouvoirs réglementaires pour adopter des mesures de prophylaxie afin de « prévenir ou combattre les maladies transmissibles présentant un danger général ». C'est toutefois le lieu d'avoir à l'esprit qu'en raison des réformes institutionnelles répétées que la Belgique connaît depuis 50 ans, la politique de la santé est éparpillée entre l'Etat, les communautés et les régions, en manière telle que le recours à la loi du 1^{er} septembre 1945, laquelle figure pourtant toujours dans l'ordonnancement juridique, se serait sûrement heurtée à de sérieux obstacles juridiques⁴. Il demeure toutefois que le domaine de la protection civile, celui de la sécurité civile et celui de la police administrative générale sont demeurés au pouvoir de l'autorité fédérale. Et il se trouve que des dispositions législatives existent dans ces matières, que cette autorité a cru pouvoir mobiliser ici, non sans s'être d'ailleurs concertée avec les autorités fédérées.

La Belgique a donc pu trouver dans son arsenal juridique existant de quoi « parer au plus pressé ». Autre est la question de savoir si, *de lege ferenda*, il ne conviendrait pas de dégager des outils mieux appropriés pour répondre de façon plus efficace et plus efficiente à une situation largement inédite. Tant le souci de protéger les droits fondamentaux, au rang desquels figure aussi le droit à la vie et à la santé, que l'impérieuse nécessité de ne pas mettre en péril la viabilité des structures de soins et de préserver les intérêts économiques et sociaux du pays et de ses habitants, commandent d'y réfléchir et certainement d'adapter nos structures en conséquence.

³ Selon certains auteurs, l'urgence née la nécessité de lutter sans désespérer contre la pandémie aurait toutefois pu justifier que le parlement issu des dernières élections attribue des pouvoirs spéciaux au gouvernement en affaires courantes (en ce sens, T. Moonen et J. Riemslogh : « Bijzondere machten tijdens een pandemie : analyse en evaluatie van de wetten van 27 maart 2020 », *T.V.W.*, 2020/4, p. 250).

⁴ Cela n'a toutefois pas empêché le gouvernement de la Communauté française d'y recourir quand même en tout début de pandémie (voy. son arrêté du 13 mars 2020 suspendant les activités de services du secteur de l'enfance pour lutter contre la propagation du coronavirus COVID-19). Dans son arsenal juridique, le droit belge compte également, encore toujours, un décret sanitaire du 18 juillet 1831, d'ailleurs directement inspiré de la loi française du 3 mars 1822 relative à la police sanitaire. Ce décret, destiné à combattre les maladies pestilentielles, est cependant devenu obsolète.

2°) L'Etat, dans l'édition des normes liées à la crise sanitaire, s'est-il inspiré de normes mises en œuvre dans d'autres pays ? le cas échéant, lesquels ?

Des développements qui précèdent, il peut être retenu que la Belgique a fait usage des instruments juridiques qui étaient à sa disposition pour tenter de juguler au mieux la crise exceptionnelle à laquelle elle est confrontée, et ceci à l'instar de tous les autres pays.

Quant au contenu matériel des mesures prises, l'on s'aperçoit bien sûr que, sauf à parier sur l'immunité collective, elles sont toutes peu ou prou du même ordre et trouvent leur principale raison d'être dans la nécessité de réduire drastiquement les contacts humains à l'effet de « casser » la transmission du virus.

3°) Le droit de la crise a-t-il engendré peu ou beaucoup de textes ? Dans quelle proportion le droit de la crise sanitaire est-il législatif ou réglementaire ? Quelle est la part de la « législation déléguée » (du type des ordonnances de l'article 38 de la Constitution en France) ? Le Parlement a-t-il occupé un rôle prépondérant dans l'écriture du droit de la crise ou est-ce que l'essentiel des textes a été rédigé par le Gouvernement ?

1. La crise sanitaire a engendré l'adoption de nombreux textes législatifs et réglementaires. C'est là presque un lieu commun. La circonstance qu'en Belgique, les compétences sont réparties entre l'autorité fédérale et les entités fédérées accentue « naturellement » la prolifération de règles : chaque entité fédérée ayant des compétences matérielles identiques et une compétence territoriale propre, il se comprend que pour un même objet, les règles sont démultipliées.

L'on se concentrera sur les règles adoptées sous le régime des pouvoirs spéciaux au niveau fédéral, sachant qu'une même matière peut être « morcelée » entre les différentes collectivités politiques. Le domaine de la santé, déjà évoqué, en offre une illustration parmi d'autres.

Ainsi, si la politique de dispensation des soins dans et en dehors des institutions de soins relève en principe des communautés, la législation organique en matière de santé publique, le financement de l'exploitation, les règles de base relatives à la programmation sont du ressort de l'autorité fédérale. Il en va de même pour l'assurance maladie-invalidité. Et si la médecine préventive est au pouvoir des communautés, les mesures prophylactiques « nationales » (lesquelles sont reçues comme se réduisant à la vaccination obligatoire !) demeurent de la compétence de l'autorité... « fédérale ».

Les mesures prises en vertu des pouvoirs spéciaux seront analysées sous le point 3.

2.1. Le point de départ de l'action de l'autorité fédérale est l'arrêté ministériel du 13 mars 2020 portant le déclenchement de la phase fédérale concernant la coordination et la gestion de la crise coronavirus Covid-19. Cet arrêté, déjà cité, est adopté par le ministre de l'Intérieur qui fonde son initiative sur deux arrêtés royaux, à savoir 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. Ces deux arrêtés royaux trouvent à leur tour leur base juridique dans des habilitations qui figurent, pour le premier, dans la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile et, pour le second, dans la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile.

Egalement le 13 mars 2020, le ministre de l'Intérieur adopte un arrêté portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19. Il est le premier d'une longue série d'arrêtés ministériels relatifs au même objet, lesquels se présentent comme l'ossature des mesures qui seront prises au gré du flux et du reflux de la pandémie en Belgique.

Ce premier arrêté ministériel est remplacé par un arrêté ministériel du 18 mars, auquel succède un arrêté ministériel du 23 du même mois, lui-même modifié à 10 reprises, pour être finalement remplacé par un arrêté ministériel du 30 juin 2020. Ce dernier arrêté sera à son tour modifié à 6 reprises, avant d'être remplacé par un arrêté ministériel du 18 octobre 2020.

Modifié une seule fois, l'arrêté ministériel du 18 octobre 2020 ne survivra guère, pour être en effet lui-aussi remplacé par un arrêté ministériel du 28 octobre 2020, toujours en vigueur à l'heure où ces lignes sont écrites et à ce jour modifié par vingt et un arrêtés ministériels, datés respectivement des 1^{er} et 28 novembre, 11, 19, 20, 21 et 24 décembre 2020, 12, 14, 26, 29 janvier, 6, 12 février, 6, 20, 26 mars, 24, 28 avril, 7 mai, 4 et 23 juin 2021.

2.2. Ainsi que leur intitulé en fait foi, tous ces textes ont pour seul et unique objet l'identification d'une panoplie de mesures visant à lutter contre la propagation de la Covid-19. Ce cortège de restrictions et de tempéraments à celles-ci, qui participent du confinement plus ou moins étendu de la population, concernent tant l'organisation du travail (développement du télétravail...) que les commerces, l'Horeca (hôtellerie, restauration, cafés), les établissements relevant des secteurs culturel, sportif, récréatif, les centres commerciaux, les rues commerçantes, les marchés, les déplacements (couvre-feu, « bulle sociale ») et les rassemblements (exercice du culte, mariages, funérailles, réceptions, compétitions sportives...), les transports publics, les établissements d'enseignement, les voyages à l'étranger, les responsabilités individuelles (distanciation sociale, port du masque)... Si toutes les

immixtions ainsi imposées dans la vie quotidienne de chacun trouvent un fondement justifié dans les dangers que la diffusion exponentielle du virus fait courir à la population et dans l'impérieuse nécessité de la préserver de l'effondrement de notre système de santé, elles n'en affectent pas moins tout aussi dangereusement la vie économique, sociale et culturelle du pays et de ses habitants, sans parler de la santé physique et mentale de ces derniers. Autre est également l'incidence exceptionnelle de ces mesures sur les droits fondamentaux, sur laquelle l'on reviendra.

Au fil du temps et des variations de l'intensité de circulation du virus dans la population, les contraintes ont été plus ou moins relâchées ou renforcées. Certes, la question de l'opportunité des règles prises n'entre nullement dans le présent propos. Sur le plan juridique toutefois, c'est-à-dire celui qui nous concerne ici, elles n'en demeurent pas moins frappées d'un double paradoxe.

2.3. Ce flot de règles procède, en droit, du seul ministre de l'Intérieur. En raison même de leur impact extraordinaire et inédit sur le déroulement de la vie économique et sociale, au sens large, de tout un chacun, ceci a de quoi surprendre. Certes, le ministre se fonde sur des habilitations que le législateur lui a formellement données : il s'agit en substance de l'article 4 de la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile, de l'article 11 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police et de l'article 182 de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile. Ces dispositions lui confèrent effectivement d'importantes compétences touchant à l'identification des moyens et des mesures nécessaires à la protection civile, à la prévention des troubles à l'ordre public ainsi qu'à la protection de la population en cas de circonstances dangereuses.

Outre la question de la conformité à la Constitution de ces habilitations législatives (en principe, l'exécutif est en effet constitutionnellement au pouvoir du Roi) et celle de savoir si toutes les mesures prises peuvent effectivement s'autoriser des limites de la compétence matérielle attribuée par les lois précitées au ministre de l'Intérieur (au point que l'on est aussi en droit de se demander si celui-ci ne va pas jusqu'à empiéter sur les compétences des entités fédérées), force est toutefois d'observer qu'en fait, cette « monumentale » œuvre ministérielle est, très concrètement et avant tout, le fruit d'un travail collectif. La lecture des longs préambules des arrêtés ministériels en question suffit à s'en convaincre : les mesures prises ont été délibérées en conseil des ministres, adoptées en concertation avec les gouvernements des communautés et des régions⁵ et sélectionnées sur la base d'avis d'organes consultatifs, parfois multidisciplinaires, composés notamment d'experts scientifiques, de médecins, d'économistes, voire de spécialistes du comportement humain (psychologues, sociologues, anthropologues).

⁵ Au sein du conseil national de sécurité dans un premier temps, du comité de concertation par la suite.

Entre le droit positif et la réalité très concrète, il y a donc plus qu'un abîme. C'est là un premier paradoxe. Il se double d'un second.

2.4. Les mesures prises ont donc été soigneusement discutées et soupesées par les experts et les responsables politiques avant d'être coulées dans des arrêtés signés par le seul ministre de l'Intérieur. Pour autant, elles n'ont pas été soumises à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat avant leur adoption. Pourtant, les projets d'arrêtés ministériels à caractère réglementaire figurent au nombre des textes qui doivent être soumis à l'avis préalable de celle-ci. Si le demandeur d'avis le sollicite, elle est même tenue de se prononcer dans les 5 jours ouvrables qui suivent sa saisine. En pareille occurrence, la demande d'avis en urgence doit être spécialement motivée et le Conseil d'Etat limite son examen à la question de la compétence de l'auteur du texte en projet, au fondement juridique de ce dernier et à l'accomplissement des formalités prescrites par la loi. Toutefois, l'autorité concernée peut malgré tout se dispenser de solliciter cet avis, également sous le bénéfice d'une urgence spécialement motivée.

C'est bien cette dernière voie qui fut systématiquement⁶ empruntée par le ministre de l'Intérieur avant l'adoption de tous ses arrêtés précités (jusqu'ici au nombre de 44, en ce compris les arrêtés modificatifs). Cette non-consultation est certes soigneusement motivée dans chaque arrêté : l'évolution fulgurante de la pandémie et les variations incessantes des résultats épidémiologiques imposent d'intervenir sans désespérer et d'adapter les mesures sans souffrir le moindre délai d'attente, fût-ce celui de 5 jours.

Chacun conviendra sans peine que le temps mis pour effectuer le choix des mesures les plus appropriées pour combattre le virus « à chaque jour que Dieu fait » prévaut largement sur celui requis pour la consultation du Conseil d'Etat, si bref le délai de consultation de celui-ci peut-il être. Il en est d'autant plus ainsi que la Covid-19 galope bien plus vite que le droit. *Volens nolens*, l'on assiste quand même bien ici à un recul de l'Etat de droit, lequel pèse évidemment moins lourd que la survie du genre humain...

« Nécessité ne connaît pas de loi. Tout le reste n'est qu'argutie ». Ces propos, tenus voici plus d'un demi-siècle et, semble-t-il, teintés d'une once d'ironie, sont prêtés à Marc Somerhausen qui fut par ailleurs Premier président du Conseil d'Etat⁷!... Le second paradoxe ici relevé n'en prend que plus de saveur !

2.5. Au nombre des dispositions prises à l'effet d'enrayer la dissémination du virus, il doit encore être fait mention de l'adoption de nombreux arrêtés de police pris par les gouverneurs de province et les bourgmestres dans le prolongement des arrêtés

⁶ A trois exceptions près (arrêtés ministériels des 24 avril, 7 mai et 4 juin 2021).

⁷ Cité par J.M. Favresse : « Le pouvoir général de police du Roi », *A.P.T.*, 2011/1, pp. 1 et s.

ministériels précités⁸ et sur la base du pouvoir que le législateur leur attribue en matière de police administrative générale, lequel trouve toujours son origine directe dans l'article 50 du décret du 14 décembre 1789 sur la constitution des municipalités et dans l'article 3 du titre XI de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire! Par souci de complétude, on relève encore que, pour la Région bruxelloise qui est « hors province » et ne compte plus de gouverneur, les compétences en matière de police sont exercées par le ministre-président du gouvernement bruxellois, assisté d'un haut fonctionnaire. Ledit ministre-président a lui-aussi usé de ses pouvoirs de police administrative dans le cadre de la crise sanitaire.

C'est ainsi qu'au nom de la salubrité publique, un couvre-feu plus étendu a été adopté à Bruxelles et dans certaines provinces. Encore à ce titre, l'obligation du port du masque dans l'espace public a été réglementée par les bourgmestres de nombreuses communes.... et par le ministre-président précité pour la Région bruxelloise⁹ !

3.1. Dès l'apparition de la Covid-19 et à l'instar du législateur fédéral, les différents législateurs régionaux et communautaires que compte le pays, à l'exception notable du législateur flamand, ont attribué des pouvoirs spéciaux à leur exécutif respectif à l'effet de gérer sans désemparer la crise sanitaire naissante, chacun pour les matières relevant de ses compétences. De nombreux arrêtés numérotés, ainsi peut-on identifier leur nature « spéciale », ont été adoptés sur la base de ces différentes habilitations législatives. Il y est fait mention ici pour mémoire. Ajoutons qu'à défaut de pouvoirs spéciaux, les autorités flamandes ne sont évidemment pas demeurées inactives : ainsi par exemple, dès le 20 mars 2020, la Communauté flamande prenait un décret contenant des mesures en cas d'urgence civile en matière de santé publique.

Le 27 mars 2020, le législateur fédéral adopte, pour sa part, deux lois habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19. Dans son avis du 25 mars 2020 précédant celles-ci, la section de législation du Conseil d'Etat rappelle, au sujet du régime des pouvoirs spéciaux, ce qui suit¹⁰ :

⁸ Ainsi, l'arrêté royal du 28 octobre 2020, dispose, en son article 27, § 1er, alinéa 2, que « Les autorités locales compétentes peuvent prendre des mesures préventives complémentaires à celles prévues par le présent arrêté, en concertation avec les autorités compétentes des entités fédérées. Le bourgmestre se consulte avec le gouverneur en la matière. » Pour aller plus loin : L. Todts : « Corona op lokaal niveau: de juridische mogelijkheden en grenzen van een lokaal coronabeleid », *T.V.W.*, 2020/4, pp. 292 et s.

⁹ Observons-le en passant : tout réglementaires qu'ils sont, ces textes n'ont pas été soumis à l'avis préalable de la section de législation et ne pouvaient d'ailleurs pas l'être, faute de législation en ce sens.

¹⁰ Doc. parl., Chambre, 2020-2021, 55-1104/002, p. 6.

« Comme le Conseil d'État l'a indiqué dans un avis du 31 mai 1996, pour être compatibles avec l'article 105 de la Constitution, les pouvoirs spéciaux doivent satisfaire aux conditions suivantes:

1° il faut que se présentent certaines circonstances de fait, qualifiées généralement de circonstances exceptionnelles ou de circonstances de crise et qui déterminent les limites de la période pendant laquelle des pouvoirs spéciaux peuvent être attribués;

2° les pouvoirs spéciaux ne peuvent être attribués que pour une période limitée;

3° les pouvoirs attribués au Roi doivent être définis avec précision, tant en ce qui concerne les buts et les objectifs qu'en ce qui concerne les matières où des mesures peuvent être prises et leur portée;

4° lors de l'attribution des pouvoirs spéciaux, le législateur doit respecter tant les normes supranationales et internationales que les règles constitutionnelles de répartition de compétences ».

3.2. La première loi Covid-19 (I) a vocation, en raison de son objet, à être soumise à la Chambre et au Sénat, du moins si ce dernier le requiert (bicaméralisme optionnel - article 78 de la Constitution). Cette loi porte sur le Conseil d'État et les autres juridictions administratives. En l'espèce, le Sénat renoncera à l'examen du texte en projet, en raison de l'urgence créée par la crise sanitaire. La seconde loi Covid-19 (II) relève de la seule compétence de la Chambre (monocaméralisme – article 74 de la Constitution). Elle traite des mesures sociales, fiscales et économiques.

Dans les deux cas, l'objectif expressément poursuivi par le législateur en attribuant des pouvoirs spéciaux au Roi est de mettre le pays en mesure « de réagir à l'épidémie et à la pandémie du Covid-19 et d'en gérer les conséquences ».

A cet effet, la loi Covid-19 (I) habilite le Roi à adopter par arrêtés délibérés en conseil des ministres des mesures relatives à « la compétence, le fonctionnement et la procédure de la section du contentieux administratif du Conseil d'État et des juridictions administratives ».

Quant à la loi Covid-19 (II), elle confère au Roi le pouvoir des prendre des mesures, également délibérées en conseil des ministres visant à :

« 1° combattre la propagation ultérieure du coronavirus Covid-19 au sein de la population, y compris le maintien de la santé publique et de l'ordre public ;

2° garantir la capacité logistique et d'accueil nécessaire, y compris la sécurité

d'approvisionnement, ou en prévoir davantage ;

3° apporter un soutien direct ou indirect, ou prendre des mesures protectrices, pour les secteurs financiers, les secteurs économiques, le secteur marchand et non marchand, les entreprises et les ménages, qui sont touchés, en vue de limiter les conséquences de la pandémie ;

4° garantir la continuité de l'économie, la stabilité financière du pays et le fonctionnement du marché, ainsi que protéger le consommateur ;

5° apporter des adaptations au droit du travail et au droit de la sécurité sociale en vue de la protection des travailleurs et de la population, de la bonne organisation des entreprises et des administrations, tout en garantissant les intérêts économiques du pays et la continuité des secteurs critiques ;

6° suspendre ou prolonger les délais fixés par ou en vertu de la loi selon les délais fixés par Lui ;

7° dans le respect des principes fondamentaux d'indépendance et d'impartialité du pouvoir judiciaire et dans le respect des droits de la défense des justiciables, garantir le bon fonctionnement des instances judiciaires, et plus particulièrement la continuité de l'administration de la justice, tant au niveau civil qu'au niveau pénal :

(...)

8° se conformer aux décisions prises par les autorités de l'Union européenne dans le cadre de la gestion commune de la crise. »

Les pouvoirs ainsi dévolus au Roi l'autorisent à « compléter, modifier ou remplacer les dispositions légales en vigueur, même dans les matières qui sont expressément réservées à la loi par la Constitution ». Il peut en outre déterminer les sanctions administratives, civiles et pénales applicables à certaines infractions à ces arrêtés, sans que ces dernières ne puissent comporter de peines supérieures à celles que la législation modifiée ou remplacée attache aux infractions en cause.

De ce qui précède, il ressort que l'intrusion autorisée du pouvoir exécutif dans le champ législatif est particulièrement large ; les termes utilisés se révèlent être peu circonscrits, pour ne pas dire imprécis...

Des balises sont cependant fixées dans les deux lois.

La loi Covid-19 (I) précise que les mesures à prendre par arrêté royal doivent l'être « dans le respect des principes fondamentaux d'indépendance et d'impartialité et en tenant compte des droits de la défense des justiciables ».

La loi Covid-19 (II) porte que les arrêtés de pouvoirs spéciaux ne peuvent pas porter atteinte au pouvoir d'achat des ménages et à la protection sociale existante et qu'ils ne peuvent pas toucher aux cotisations de sécurité sociale, aux impôts et toutes autres taxes.

Enfin, les deux lois disposent encore que les mesures prises peuvent avoir un effet rétroactif sans toutefois être antérieur au 1er mars 2020, que les pouvoirs spéciaux expirent après trois mois, soit le 30 juin 2020, que les arrêtés royaux pris en application de ceux-ci doivent être confirmés par le législateur dans l'année qui suit leur entrée en vigueur et qu'à défaut, ils sont réputés n'avoir jamais produit leurs effets.

3.3. Entre la date du premier et celle du dernier arrêté numéroté (soit du 6 avril au 27 juin) le gouvernement fédéral a sollicité les pouvoirs spéciaux à 47 reprises. Deux arrêtés royaux ont été adoptés sur la base de la loi Covid-19 (I) et les 45 autres sur le fondement de la loi Covid19 (II).

En date du 16 juillet 2020, les projets de loi portant confirmation des arrêtés royaux pris en application des lois de pouvoirs spéciaux sont déposés sur le Bureau de la Chambre des représentants. Finalement votées par les députés le 3 décembre 2020¹¹, ces lois seront sanctionnées et promulguées par le Roi le 24 du même mois et publiées au Moniteur belge du 15 janvier 2021.

Au-delà du 30 juin 2020, l'autorité fédérale n'a plus sollicité le régime des pouvoirs spéciaux, à la différence de la Communauté française, de la Région wallonne, de la Région bruxelloise et de la Commission communautaire commune, toujours bien sûr pour une durée extrêmement limitée dans le temps.

3.4. Les arrêtés de pouvoirs spéciaux ne représentent finalement qu'une partie relativement limitée des textes adoptés au cours de la période pendant laquelle ils ont été pris et qui sont en rapport avec la pandémie. Ainsi, en dehors de ces arrêtés et au cours de la même période de référence (6 avril - 27 juin), l'on recense en effet 90 textes, dont 23 lois, 51 arrêtés royaux et 16 arrêtés ministériels. Parmi les arrêtés royaux figurent 8 textes prorogeant des mesures adoptées par arrêtés numérotés et qui feront, eux-aussi, l'objet d'une confirmation par le législateur. Parmi les arrêtés ministériels se retrouvent les 8 textes pris au cours de cette période par le ministre de l'Intérieur en vue de limiter la propagation du virus.

A ces textes, il faut encore ajouter toutes les mesures adoptées par l'autorité fédérale en dehors de la période des pouvoirs spéciaux et tous ceux qui ont été et qui sont encore et toujours pris par les entités fédérées, qu'il s'agisse de décrets,

¹¹ Annales, Chambre, 2020-2021, C.R.I.V. 55, PLEN, 073, pp. 25 et s.

d'ordonnances, d'arrêtés de pouvoirs spéciaux ou d'arrêtés ordinaires. Même si la part des dispositions législatives n'est pas négligeable, les règlements se révèlent bien être les plus nombreux. Le tout forme un ensemble considérable, même s'il est vrai que bon nombre d'entre ces textes ont eu un caractère éphémère au point, en raison de la durée prolongée de la crise, de devoir être reconduits, modifiés voire même abrogés.

4°) Quelle dynamique s'est mise en place entre les autorités centrales/nationales et les autorités décentralisées/locales ? Quel le rôle les autorités locales ont-elles été conduites à jouer par rapport aux autorités centrales ?

1. La Belgique est un Etat à la fois fédéral et décentralisé. Au niveau fédéral, il comprend des entités fédérées, dénommées communautés et régions (pour l'essentiel, communautés flamande, française, germanophone et régions wallonne, flamande et Bruxelles-capitale). La décentralisation se matérialise par les provinces et les communes.

Ainsi qu'il résulte des développements qui précèdent, tous ces pouvoirs publics sont intervenus dans la gestion de la crise. L'Etat et les entités fédérées ont adopté des mesures dans la limite de leurs compétences respectives, sachant que celles-ci sont en principe exclusives les unes des autres et que les règles qu'ils prennent ont normalement une même intensité de force obligatoire. Un comité de concertation, institué par l'article 31 la loi du 9 août 1980 ordinaire de réformes institutionnelles et composé de représentants de l'Etat et des entités fédérées s'est régulièrement réuni pour s'accorder plus spécialement sur les mesures visant à endiguer la propagation du virus et adoptées au niveau fédéral. Ce mode opératoire se justifie par la circonstance que, pour exclusives qu'elles soient, les compétences de ces différentes autorités ne sont pas étanches pour autant. Pour rappel, la politique de la santé n'en est qu'un exemple parmi d'autres.

Les bourgmestres (maires)¹², les gouverneurs de province, le ministre-président de la Région de Bruxelles-capitale ont également usé d'initiative de leur pouvoir de police administrative générale en leur qualité de gardiens « de première ligne » de l'ordre public (« lois communale et provinciale » et article 11 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police).

2. Dorénavant, une mention particulière doit encore être réservée à la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique, dite « loi pandémie », entrée en vigueur le 4 octobre 2021, mais qui n'a

¹² Le terme « maire » est d'usage à Virton, commune belge, frontalière de la France !

été activée pour la première fois que le 28 du même mois¹³. Jusqu'à cette date, toutes les mesures de police administrative visant à combattre la propagation de la Covid-19 et prises au niveau fédéral en concertation avec les entités fédérées, l'avaient été sur la base de 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.

Adoptée en plein cœur de la pandémie pour encadrer plus spécifiquement les situations d'urgence épidémique, la loi du 14 août 2021 attribue de larges pouvoirs au Roi (*in concreto* au gouvernement) pour prendre les mesures qu'il juge nécessaires à l'effet de faire face à de telles situations pour cause de santé publique. Limitée dans le temps (3 mois) mais renouvelable, cette attribution de pouvoirs est strictement encadrée par la loi qui énumère par ailleurs les domaines susceptibles de faire l'objet de mesures et qui instaure le principe de la concertation « chaque fois que les mesures ont un impact direct sur des domaines politiques relevant de la compétence des entités fédérées ». En son article 4, § 2, elle dispose également que « Lorsque les circonstances locales l'exigent, les gouverneurs et bourgmestres prennent, chacun pour son propre territoire, des mesures renforcées par rapport à celles visées au paragraphe 1^{er}¹⁴, conformément aux éventuelles instructions du ministre ». Et le texte de préciser notamment que : « A cet effet, ils se concertent avec les autorités fédérales et fédérées compétentes en fonction de la mesure envisagée ».

La loi « pandémie » n'a toutefois été mobilisée, du moins jusqu'ici, que pour une période relativement courte, soit du 28 octobre 2021 au 11 mars 2022. Eu égard à ce bref laps de temps, la « collaboration » entre les différents pouvoirs au départ de cette loi n'a pas trouvé beaucoup d'occasions d'être mise en œuvre. Mentionnons tout de même l'existence d'un arrêté de police du ministre-président de la Région de Bruxelles-capitale du 15 novembre 2021 maintenant certaines restrictions sanitaires dans la lutte contre le COVID-19. Ce texte s'autorise précisément de l'article 4, § 2, de la loi « pandémie » et s'inscrit dans le prolongement des 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-19¹⁵.

¹³ *Mon. b.* 20 août (2^{ème} éd.). Au sujet de cette loi, on consultera avantagusement l'étude de M. El Berhoumi et alii : « Le Conseil d'Etat et l'avant-projet de loi «Pandémie», expiation du passé ou balises pour l'avenir », *A.P.T.*, 2021/4, p. 633 et s.

¹⁴ A savoir « les mesures de police administrative nécessaires en vue de prévenir ou de limiter les conséquences de la situation d'urgence épidémique pour la santé publique (...) notamment en matière de droits fondamentaux, d'économie et de santé mentale ».

¹⁵ *Voy. infra*, 11^o). *Adde* : Ph. Bouvier : « Fin de partie ? », *A.P.T.*, 2021/4, p. 806.

5°) Le droit de la crise sanitaire a-t-il porté sur des domaines circonscrits ou a-t-il concerné tous les domaines du droit ?

1. La Covid-19 n'opère évidemment pas de distinction selon les branches du droit que, par hypothèse, elle ne connaît pas. La réduction des contacts humains à l'effet, faute de mieux, de combattre cette maladie varie de façon plus ou moins drastique selon le degré d'intensité de sa transmission. Cette réduction des contacts passe nécessairement par l'adoption de règles qui touchent autant la vie quotidienne de chacun que l'organisation de toutes les activités économiques et sociales. Le droit positif, dans son ensemble, est donc susceptible d'être concerné.

Le droit de la crise sanitaire affecte évidemment et directement les droits fondamentaux. La question de la légitimité, de la nécessité et de la proportionnalité des mesures imposées est prégnante. L'on y reviendra.

2. Au niveau fédéral, des mesures ont été prises en droit civil et judiciaire, en droit pénal, en droit économique et commercial, en droit fiscal, en droit du travail et de la sécurité sociale, en droit public et administratif.

Semblable constat peut aussi être dressé pour les entités fédérées qui sont chacune également intervenues dans le périmètre de leurs compétences. Très sommairement :

- les matières relevant des communautés touchent au domaine de la culture (musées, bibliothèques, médias, sports, loisirs...), à l'enseignement, aux questions relatives aux personnes (certains aspects de la santé, l'aide sociale, l'accueil et l'intégration des immigrés, les moins valides, les personnes âgées, la protection de la jeunesse, les allocations familiales...);
- les matières appartenant aux régions ont trait à l'aménagement du territoire et à l'environnement, au logement, à l'agriculture, à certains aspects de la politique de l'économie, de l'énergie, de l'emploi, de la sécurité routière, aux travaux publics et au transport....

6°) Les procédures de production des textes ont-elles été respectées comme en temps ordinaire (par ex., pour les textes du gouvernement en France : consultations préalables, avis du Conseil d'Etat, examen en conseil des ministres) ? Ou bien ces procédures ont-elles été adaptées pour les besoins de la crise ? Quelle a été la place accordée aux experts scientifiques dans la préparation des textes ?

1. L'on sait que toutes les mesures qui ont trait au confinement et qui, à ce titre, touchent directement à la vie des gens et à l'organisation de la vie en société ont, au

niveau de l'autorité fédérale et depuis le début de la crise, pour seul auteur le ministre de l'Intérieur, lequel agit sur le fondement de pouvoirs à lui attribués directement par les lois du 31 décembre 1963 sur la protection civile, du 5 août 1992 sur la fonction de police et du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile. L'on a vu également que, pour être parsemée d'avis et de concertations, la procédure d'élaboration de ces arrêtés tranche avec la circonstance qu'ils ne sont assumés en droit que par un seul ministre.

Il demeure que, nous le savons aussi, sous l'angle juridique une pièce cependant essentielle du « puzzle » fait systématiquement défaut : la section de législation du Conseil d'Etat n'est presque jamais consultée par le ministre de l'Intérieur sur ses projets d'arrêtés en raison de l'urgence à faire face aux « caprices » d'un virus aussi agressif qu'imprévisible. En justifiant ces non-consultations, le ministre entend se conformer à l'article 3, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Aucun grief ne pourrait lui être fait de ce chef, sauf à contester la pertinence de la motivation de l'urgence dont il se prévaut.

D'autres formalités ont toutefois systématiquement été accomplies, sans qu'elles soient pour autant nécessairement imposées par un texte. Il en va ainsi, pour rappel, de l'examen opéré sur chaque projet par le conseil des ministres, des concertations étroites entre les gouvernements des entités fédérées et les autorités fédérales, des avis formulés par des experts. Ces derniers s'expriment par le truchement d'organismes consultatifs dont ils sont membres, tels la CELEVAL, le GEES, le Conseil supérieur de la santé ou encore le Conseil supérieur des Indépendants et des PME...

En termes d'expertise, l'on épingle ici le rôle crucial joué par la CELEVAL et le GEES.

Toutes les mesures contenues dans les différents arrêtés ministériels ont en tout cas été sélectionnées au départ des recommandations formulées par la « Cellule d'évaluation » (CELEVAL). Cela ne signifie évidemment pas que toutes ces recommandations ont été à chaque fois suivies. Ce groupe de travail *ad hoc* se voulait multidisciplinaire, pour être composé d'experts de la santé, mais également de spécialistes dans les matières économique et sociale. Sa composition a d'ailleurs varié au fil des semaines, pour prendre en compte les différentes sensibilités exprimées, parfois même au sein d'une seule spécialité.

Vers la fin de l'année 2020, la « CELEVAL » a toutefois été dissoute au profit du Risk Assessment Group (RAG) dont la mission, toujours consultative, est axée, quant à elle, sur l'évaluation du risque sanitaire et de son évolution¹⁶, déterminée principalement au départ des données épidémiologiques fournies par l'organisme

¹⁶ Organe permanent, le RAG a été institué au terme d'un protocole intervenu le 5 novembre 2018 entre le gouvernement fédéral et les autorités fédérées (*Mon.b.* 14 décembre 2018).

public « Sciensano ». Cette institution publique, dotée de la personnalité juridique, joue usuellement un rôle de soutien à la politique de la santé au niveau de l'autorité fédérale et des entités fédérées. Sa mission dans la collecte des données épidémiologiques relatives à la crise de la Covid-19 est centrale. Tout comme la « CELEVAL », le « RAG » n'exerce, on le répète, qu'une fonction purement consultative. Ce n'est pas à dire que leurs avis sont dépourvus d'incidence sur le choix des mesures, par hypothèse restrictives de libertés, qui sont prises par les autorités politiques.

Quant au Groupe d'Experts en charge de l'Exit Strategy (GEES), sa mission consultative était centrée, comme son nom l'indique, sur la progressivité du déconfinement. Composé de médecins, de virologues, d'économistes, il lui est revenu d'éclairer les autorités politiques sur le retrait progressif des mesures en s'efforçant d'assurer un équilibre entre le maintien de la santé, qu'elle soit physique ou mentale, la réalisation des missions pédagogiques dans le domaine de l'enseignement et la relance de l'économie. Le GEES a lui-aussi disparu pour céder le terrain au GEMS (Groupe d'experts de stratégie de crise pour la Covid-19) à qui il revient désormais de suivre l'évolution de l'épidémie, d'évaluer les mesures prises et de conseiller le gouvernement sur la stratégie à adopter¹⁷.

2. Des termes mêmes des lois de pouvoirs spéciaux Covid-19 (I et II), il ressort que tous les arrêtés royaux adoptés sur la base de celles-ci doivent être délibérés en conseil des ministres. Ceci fait obstacle à ce qu'un arrêté puisse être soumis à la signature royale sans cette délibération.

La loi Covid-19 (I) règle la question de la consultation de la section de législation du Conseil d'Etat pour les projets d'arrêtés royaux pris sur le fondement de cette loi et de la loi Covid-19 (II). En résumé et à une réserve près, exprimée ci-après, il n'est pas dérogé à l'obligation de principe, inscrite dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, de soumettre ces projets à l'avis préalable de la section de législation, mais celle-ci est tenue, dans tous les cas, d'émettre son avis dans un délai de 5 jours ouvrables.

La loi Covid-19 (I) institue cependant une exception notable pour les arrêtés royaux adoptés sur la base de la loi Covid-19 (II), lorsque ceux-ci portent sur des mesures visant à « combattre la propagation ultérieure du coronavirus Covid-19 au sein de la population, y compris le maintien de la santé publique et de l'ordre public ». En pareille occurrence, l'avis de la section de législation n'est pas requis.

¹⁷ A la différence du GEES, dépourvu de statut particulier, le GEMS semble trouver un embryon de statut dans l'article 3 de 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 (*Mon.b.* 20 novembre).

Ces « aménagements » sont à tout le moins singuliers car ils vont directement à l'encontre de l'article 3*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat qui dispose comme suit :

« §1^{er}. Les projets d'arrêtés royaux qui peuvent abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions légales en vigueur, sont soumis à l'avis motivé de la section de législation.

Cet avis est publié en même temps que le rapport au Roi et l'arrêté royal auquel il se rapporte. Les arrêtés, l'avis, le rapport au Roi et le texte des projets d'arrêtés soumis à l'avis de la section de législation seront communiqués, avant leur publication au Moniteur belge, aux Présidents de la Chambre des représentants et du Sénat.

§ 2. Pour les projets d'arrêtés royaux visés au § 1^{er} du présent article, l'urgence, prévue au § 1^{er} de l'article 3, ne pourra pas être invoquée ».

Le législateur du 27 mars 2020 s'est donc écarté de cette disposition législative ce qui ne manque pas de surprendre, si ce n'était l'impérieuse nécessité de combattre sans désespérer les effets potentiellement dévastateurs d'une crise inédite et de grande ampleur, provoquée par un virus dangereux, sauvage et volatil....

La réalité concrète a toutefois aussi ses droits. Sur les 47 arrêtés de pouvoirs spéciaux, seuls 9 d'entre eux n'ont finalement pas été soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat. Dans ces 9 cas, les arrêtés royaux sont assortis d'une motivation tirée de l'urgence pour justifier cette non consultation. Ainsi, par exemple, le préambule de l'arrêté royal n° 18 du 4 mai 2020 portant création d'une banque de données auprès de Sciensano dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 expose « qu'il est d'une vitale importance pour la santé publique et pour éviter une résurgence de l'épidémie de COVID-19, (que) Sciensano dispose dans les plus brefs délais d'une base de données permettant de rechercher et contacter les contacts (sic) des personnes infectées ». De même, l'arrêté royal n° 20 du 13 mai 2020 portant des mesures temporaires dans la lutte contre la pandémie COVID-19 et visant à assurer la continuité des soins en matière d'assurance obligatoire soins de santé se prévaut-il de « l'impossibilité de réunir formellement les organes institués ».

Au surplus, dans l'exposé des motifs des projets de lois de confirmation des pouvoirs spéciaux, le gouvernement fournit la précision suivante : « Chaque semaine, le Parlement a été informé et a débattu du contenu desdits ARPS dans la Commission chargée du contrôle de la mise en oeuvre des lois du 27 mars 2020 créée à cet effet. Le contrôle parlementaire s'est exercé tout au long du processus »¹⁸. Et avant le vote des lois, survenu en commission de la Chambre des représentants le 25 novembre suivant, le premier ministre insiste : « Les pouvoirs spéciaux ont été assortis d'un certain nombre de conditions démocratiques. Comme l'obligation de demander l'avis

¹⁸ Doc. parl. Chambre, 2020-2021, 55 -1441/001, pp. 4-5 et 1442/001, pp. 4-5.

du Conseil d'État, sauf pour les cas d'extrême urgence concernant la sécurité et la santé publique ». Et d'ajouter que : « Les arrêtés ont aussi à chaque fois été délibérés en Conseil des ministres après avoir été transmis au Parlement, puis publiés avec le rapport au Roi »¹⁹.

3. L'on observera encore que tant la loi Covid-19 (II) que les textes législatifs attribuant des pouvoirs spéciaux aux gouvernements communautaires et régionaux prévoient la faculté pour ces différents exécutifs d'adopter leurs arrêtés sans que les avis légalement ou réglementairement requis au préalable, soient nécessairement recueillis.

Il tombe sous le sens que tous les avis légalement requis n'ont pas pu être sollicités, vu l'urgence à laquelle les autorités ont dû faire face. L'arrêté royal n° 20 du 13 mai 2020, précité, nous en donne une illustration. Sous cette réserve, il est à supposer que tous les textes, législatifs et réglementaires, adoptés par l'autorité fédérale et les entités fédérées dans le cadre de la crise sanitaire l'ont été selon les procédures usuelles, lesquelles peuvent comprendre des examens en urgence. Mentionnons ici, par exemple, l'arrêté royal du 22 avril 2020 portant des mesures particulières pour les membres du personnel de la fonction publique fédérale dans le cadre de la crise sanitaire liée au Coronavirus COVID-19 : il ressort du préambule de cet arrêté qu'outre l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat obtenu sous le bénéfice de l'urgence ainsi que la dispense d'analyse d'impact de la réglementation, le texte avait bien été soumis à l'avis de l'inspecteur des Finances, à l'accord du ministre du Budget et à la négociation syndicale.

7°) Les délais de préparation des textes ont-ils été raccourcis, et si oui dans quelle mesure ?

Les développements reproduits ci-avant montrent qu'en raison même de la nécessité de se doter sans attendre de règles de comportement visant à endiguer la propagation de la Covid-19 et des mesures d'accompagnement à l'effet de préserver, autant que faire se peut, le tissu économique et social, les procédures d'élaboration des textes ont effectivement été télescopées, notamment par le recours aux pouvoirs spéciaux et par la non-consultation de conseils consultatifs, dont la section de législation du Conseil d'Etat.

S'il serait téméraire d'affirmer que tout a toujours été fait dans les règles de l'art, l'on ne peut toutefois manquer de mettre l'accent sur ces informations fournies par le premier ministre lors de son exposé introductif avant le vote des lois de confirmation des pouvoirs spéciaux : « On a calculé que le délai moyen compris entre le premier passage d'un arrêté de pouvoirs spéciaux en Conseil des ministres et sa publication

¹⁹ Doc. parl. Chambre, 2020-2021, 55-1441/002, pp. 4-5.

au *Moniteur belge* était de 17 jours, alors que pour les propositions de loi portant sur des mesures de crise et déposées au cours de la même période, le délai compris entre la finalisation de la proposition en vue de son dépôt et la publication de celle-ci était de 41 jours»²⁰.

Mérite quand même d'être mentionnée pour mémoire, cette réflexion de ce grand juriste belge que fut Robert Henrion : « le droit est une discipline de raisonnement qui demande de la rigueur et du temps avant de prendre parti »²¹. Du moins, en temps ordinaire car le temps de l'élaboration de la règle de droit n'est pas celui de la circulation du virus...

8°) *Au-delà des mesures prises pour lutter directement contre la propagation du Covid-19 et celles adoptées pour répondre aux conséquences économiques et sociales de la crise sanitaire, les textes adoptés pendant cette période ont-ils également conduit : à reporter des réformes qui étaient prêtes et devaient normalement entrer en vigueur pendant la crise ? à reporter à une date ultérieure le terme préalablement fixé de certaines dispositions, notamment des dispositions expérimentales, faute que le Gouvernement et le cas échéant le Parlement puissent se prononcer en temps utile sur leur maintien ou leur abandon ?*

1. La longue et profonde crise politique dans laquelle l'autorité fédérale se trouvait lors de la survenance du tsunami sanitaire autorise à considérer qu'aucune réforme d'envergure n'a été entravée qui trouverait sa cause dans l'irruption de la pandémie. Ce n'est pas à dire que de grands chantiers en cours ou à ouvrir n'existent pas. Il suffit de songer à « l'urgence climatique » qui nous concerne tous, à la modernisation de la justice ou encore à la réforme du régime des pensions de retraite, dont la Belgique n'a pas non plus le monopole et qu'elle avait d'ailleurs déjà entamée lors de la législature précédente.

Paradoxe apparent s'il en est, la catastrophe exceptionnelle et inédite survenue en mars dernier aura sans doute contribué à accélérer le mouvement en vue de la formation d'un gouvernement fédéral disposant d'une majorité parlementaire. C'est chose faite depuis octobre dernier. L'on parle de la coalition « Vivaldi », par référence aux « Quatre saisons » du célèbre compositeur, c'est-à-dire à la couleur des différents partis politiques représentés au sein du gouvernement. L'accord de

²⁰ Doc. parl. Chambre, 2020-2021, 55-1442/002, p. 4. La pertinence de ces chiffres est toutefois mise en doute par T. Moonen et J. Riemsdagh : d'après leurs calculs, la différence entre le temps de l'adoption d'un arrêté de pouvoirs spéciaux celui d'une loi ordinaire a été, dans le contexte de la présente crise sanitaire, quasi insignifiante (« op.cit. », *T.V.W.*, 2020/4, p. 257).

²¹ R. Henrion : « En cas d'urgence », *Journ. Proc.*, n° 204, 15 novembre 1991, p. 10.

gouvernement, intervenu le 30 septembre 2020, évoque bien évidemment les questions précitées, parmi de nombreuses autres.

2. La situation est toute différente dans les entités fédérées, au sein desquelles des gouvernements, disposant chacun d'une majorité parlementaire, ont pu être installés dans les semaines qui ont suivi les élections législatives du 26 mai 2019. Il va de soi que la bonne marche des ambitions affichées dans les diverses déclarations de politiques communautaires ou régionales des gouvernements concernés a été entravée par l'apparition de la pandémie et par ses effets dévastateurs. Ainsi en a-t-il été, à titre d'illustration, de la réforme de l'enseignement au niveau de la Communauté française, dénommé Pacte pour un enseignement d'excellence. Au rang de celui-ci figure notamment la réforme de la formation initiale des enseignants dont l'impact financier est, il est vrai, non négligeable !... Pour autant, ce n'est évidemment pas à dire que le projet est abandonné²², pas plus d'ailleurs que les catalogues d'intentions qui figurent dans les programmes des différents gouvernements dont le Royaume de Belgique est parsemé.

9°) Des dispositions adoptées en raison de la crise sanitaire ont-elles désormais un caractère pérenne ? Si oui, dans quel domaine : restriction des libertés, simplification du droit, dématérialisation des procédures, etc. ?

1. A l'heure où ces lignes sont écrites²³, il est encore trop tôt pour pouvoir observer que certaines des règles adoptées depuis le mois de mars auraient déjà acquis un caractère pérenne.

2. L'atteinte portée aux libertés publiques par certaines d'entre elles, spécialement les multiples mesures adoptées par le ministre de l'Intérieur, est une évidence : liberté d'aller et venir, liberté de culte, liberté de réunion, liberté d'enseignement, droit au respect de la vie privée, droit de mener une vie conforme à la dignité humaine, liberté du commerce et de l'industrie (à l'origine consacrée par le décret d'Allarde et désormais rebaptisée en « liberté d'exercer l'activité économique de son choix ») ...

Certains observateurs avertis ont d'ailleurs brandi, avec beaucoup d'à-propos, l'article 187 de la Constitution, déjà évoqué *in limine litis*. Protection et liberté ne font pas toujours bon ménage. A tout le moins est-on en droit d'exiger que le reflux de la pandémie s'accompagne du reflux de l'atteinte aux droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis dans l'ordre interne et dans l'ordre international.

²² A titre d'illustration, en témoigne la mise en œuvre progressive du décret du 3 mai 2019 portant les livres 1er et 2 du Code de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire.

²³ Soit, pour l'essentiel, en décembre 2020.

Loin d'avoir simplifié les règles, la crise sanitaire a entraîné leur prolifération. C'est là un truisme dont il ne faut cependant pas s'émouvoir. Certes, selon des propos prêtés à Portalis « on ne périt pas faute de lois ; il y en a toujours assez, c'est plutôt leur multiplicité qui est pernicieuse »²⁴. Pour autant, la multitude de mesures visant à enrayer la propagation du virus, ainsi que toutes celles ayant pour objet de venir en aide aux secteurs et aux personnes en difficulté, et encore celles prises pour assurer la continuité du service public, dont celui de la justice, à l'évidence s'imposaient. Encore faut-il, ici aussi, parier sur le caractère éphémère de la plupart d'entre elles : ce serait là le signe du retour à une « vie normale »²⁵.

3. Sans doute la situation actuellement vécue entraînera-t-elle l'adoption de nouvelles normes qui restent toutefois à inventer.

Il est par exemple fort à parier que le télétravail, il est vrai déjà répandu avant la crise, s'inscrira davantage dans une perspective durable et, partant, se verra encadré par des règles nouvelles tant dans le secteur public que dans le secteur privé. De même, la collecte de données à caractère personnel effectuée dans le cadre des opérations de traçage et de dépistage conduit à s'interroger sur la nécessité d'améliorer notre arsenal législatif en vue d'une meilleure prise en compte du Règlement Général sur la Protection des Données et de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel²⁶.

Par ailleurs et encore, les réunions à distance se sont multipliées ces derniers temps, en ce compris pour des organes officiels. A titre d'illustration, un décret wallon du 1^{er} octobre 2020, qui figure dans le prolongement de l'arrêté du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n° 30 du 30 avril 2020 organisant la tenue des réunions des organes communaux et provinciaux, précité, autorise et organise, jusqu'au 31 mars 2021, la tenue des réunions des organes communaux et provinciaux de manière virtuelle, par téléconférence ou vidéoconférence. Lors des discussions

²⁴ D'après Thibaudeau : *Mémoires sur le Consulat*, Paris, Ponthieu et cie, 1827, p. 227.

²⁵ Sur « l'accentuation du désordre normatif », voy. les toutes récentes et pénétrantes observations de B. Stirn et Y. Aguilla : *Droit public français et européen*, Paris, Presses de la Fondation nationale des Sciences politiques et Dalloz, 3^{ème} éd., 2021, pp. 149 à 154.

²⁶ Pose ainsi question, par exemple, l'article 22, alinéa 1^{er}, de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, modifié par l'arrêté ministériel du 12 janvier 2021, précités, qui attribue à l'Office national de sécurité sociale, « en qualité de sous-traitant (...) de tous les services ou institutions chargés de surveiller le respect des obligations prévues dans le cadre des mesures d'urgence prises pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19, (le pouvoir de) collecter, combiner et traiter, y compris via le datamining et le datamatching, des données concernant la santé relatives au coronavirus COVID-19, des données de contact, d'identification, de travail et de résidence relatives aux travailleurs salariés et travailleurs indépendants, en vue de soutenir le traçage et l'examen des clusters et des collectivités. » Cette disposition fait d'ailleurs l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat par l'Autorité de protection des données (*Mon.b.* 13 avril 2021) et par la Ligue des droits humains (*Mon.b.* 26 mai 2021, 2^e éd.). Voy. aussi à ce sujet, *Le Soir* du 21 janvier 2021.

parlementaires, certains intervenants ont préconisé d'envisager le maintien de cette faculté à titre définitif²⁷.

4. Le service public de la Justice n'échappe pas à la tendance d'organiser des « réunions à distance ».

Ainsi, dans l'exposé d'orientation politique établi par le ministre de la Justice le 4 novembre 2020 à l'attention de la Chambre des représentants, on trouve ce qui suit :

« La crise du coronavirus crée une conjoncture propice à l'accélération de la numérisation de la justice. Nous ne devons pas perdre cet élan. (...). Nous créons les cadres juridiques adaptés nécessaires pour organiser des audiences par vidéoconférence. Dans ce cadre, nous prenons en compte les objections formulées précédemment par la Cour constitutionnelle afin que leur utilisation puisse se faire conformément aux droits de la défense »²⁸.

De son côté, dans son exposé d'orientation politique du 6 novembre 2020 et également destiné aux députés, la ministre de l'Intérieur mentionne, parmi les mesures qu'elle envisage de prendre pour optimiser la mission du Conseil d'Etat, ce qui suit: « A l'instar du régime provisoire de l'AR n° 12 du 21 avril 2020, il y a lieu d'examiner si à l'avenir, l'on devrait pouvoir recourir davantage, en permanence et de manière générale, à la procédure écrite et au système de vidéoconférence »^{29/30}.

Il reste bien évidemment à voir ce qu'il adviendra de ces déclarations d'intention³¹.

L'on observera dès à présent que le ministre de la Justice, quant à lui, a dû d'ores et déjà marquer le pas. Dans l'exposé des motifs d'un projet de loi portant des dispositions diverses temporaires et structurelles en matière de justice dans le cadre de la lutte contre la propagation du COVID-19, déposé sur le Bureau de la Chambre des représentants le 25 novembre 2020, le ministre indique en effet que le texte de l'avant-projet de loi consacré à « l'utilisation de la vidéoconférence dans les affaires pénales, dans les affaires d'exécution des peines et dans le cadre de l'exécution des mesures d'exécution d'internement, a été supprimé suite à l'avis du Conseil d'Etat et aux remarques des acteurs de terrain (...). Le recours à la vidéoconférence dans ces matières fera ultérieurement l'objet d'un débat plus approfondi »³².

²⁷ Parl. wal., 2020-2021, 281, C.R.I.C., n° 23.

²⁸ Doc. parl. Chambre, 2020-2021, 55-1610/15, p. 19.

²⁹ Doc. parl. Chambre., 2020-2021, 55-1610/20, p. 18.

³⁰ Pour comprendre cette intervention de la ministre de l'Intérieur, il faut avoir ici à l'esprit qu'en Belgique, les crédits nécessaires pour le fonctionnement du Conseil d'Etat sont inscrits au budget du Service Public Fédéral Intérieur (art. 118 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat).

³¹ A propos de la procédure écrite devant le Conseil d'Etat, voy. *infra*, II, 5°, 1.1.

³² Doc. parl. Chambre, 2020-2021, 55-1668/001, p. 5.

10°) Pensez-vous que le droit national, tel qu'il existait avant la crise et tel qu'il a pu être amendé au cours de la crise, a permis de répondre de manière satisfaisante aux difficultés qu'elle posait ? Dans la négative, quels sont les normes ou organisations qui vous semble manquer ou avoir montré leurs limites ?

En dépit de la crise politique dans laquelle la Belgique était plongée, et que la crise sanitaire a finalement contribué à résoudre, au moins provisoirement, les responsables publics ont eu recours aux instruments juridiques dont ils disposaient et dont ils pouvaient faire usage : la police administrative générale ainsi que les lois sur la protection civile et la sécurité civile, d'une part, la technique des pouvoirs spéciaux, d'autre part.

Il tombe sous le sens que ces outils n'ont pas été imaginés par leurs concepteurs dans la perspective de l'apparition d'un phénomène dont la soudaineté et l'ampleur a pris le plus grand nombre au dépourvu. Ce n'est bien sûr pas à dire que la survenance de catastrophes (industrielles, climatiques, terroristes, voire nucléaires par exemple) n'a jamais hanté les esprits. De là à imaginer l'obligation de prendre pour un temps long des mesures qui régissent la vie des gens d'une manière à ce point intrusive, qui entravent bon nombre de leurs droits fondamentaux et qui mettent en péril notre modèle économique et social, il y a un pas que l'on peut difficilement franchir.

Sans doute la nécessité d'intervenir sans désespérer face à un péril imminent explique-t-elle l'attribution de compétences au seul ministre de l'Intérieur. Il reste qu'à la lueur de cette crise aussi gigantesque que soudaine et inédite, qui s'inscrit de surcroît dans la durée, les pouvoirs attribués par le législateur à un seul ministre, fût-il fédéral, se révèlent à présent bel et bien exorbitants. Au surplus, ils s'accordent mal avec nos règles constitutionnelles qui réservent le pouvoir exécutif au Roi, dans le respect du contreseing ministériel.

Si, pour sa part, le recours à la technique des pouvoirs spéciaux a déjà fait couler beaucoup d'encre³³, elle semble cependant répondre adéquatement aux exigences de rapidité dans la prise de décision que la survenance d'un péril pour la vie même commande et que le processus parlementaire ne permet pas d'assurer, fût-ce à distance. Pour autant, il ne faudrait pas que la « mise sur la touche » des assemblées parlementaires se prolonge au-delà du strict nécessaire, à peine de porter dangereusement atteinte au principe de « la séparation des pouvoirs », lui-

³³ Pour une étude exhaustive récente, voy. M. Leroy : « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », *A.P.T.*, 2014/4, pp. 483 et s. Il s'agit du texte d'une communication présentée à l'occasion d'une journée d'études organisée le 6 juin 2014, par la Société de législation comparée. Il a également été publié dans la « Collection colloques », vol. 24, Paris, 2014, pp. 73 à 111.

même garant du bon fonctionnement et de la pérennité de nos démocraties représentatives. A cet égard, la durée strictement limitée dans le temps, de ce transfert du pouvoir législatif vers le pouvoir exécutif, la confirmation par le premier des règles adoptées par le second et le contrôle permanent exercé par le parlement tout au long de la période des pouvoirs spéciaux constituent des « garde-fou » incontournables. On se souviendra encore ici qu'à la différence de certaines entités fédérées, l'autorité fédérale a, du moins jusqu'à présent, limité à une seule fois l'usage des pouvoirs spéciaux, pour une période de trois mois, s'étendant du 1^{er} mars au 30 juin 2020.

Il serait certainement indiqué de réfléchir à l'amélioration de l'arsenal juridique existant. Si la prépondérance du rôle joué par le gouvernement s'impose en quelque sorte naturellement pour affronter, avec célérité et efficacité, une crise de la nature de celle que nous traversons, encore conviendrait-il de ne pas confier autant de pouvoirs qu'aujourd'hui à un seul de ses membres et encore faudrait-il préserver autant que faire se peut la fonction parlementaire. *De lege ferenda*, il serait sans doute également préférable de conférer aux pouvoirs spéciaux un encadrement constitutionnel plus étoffé que le peu qui est aujourd'hui inscrit dans l'article 105 de la Constitution, en dépit de l'interprétation large qui est généralement reconnue à cette disposition par la jurisprudence et la doctrine. Pour l'heure cette disposition constitutionnelle se borne en effet à disposer comme suit : « 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. »

Encore sied-il de se souvenir - ce n'est là qu'une règle élémentaire de bon sens - qu'il y a toujours un temps pour tout et que changer les règles du jeu en cours de partie aurait pour conséquence inéluctable de fragiliser certaines des mesures prises depuis le début de la pandémie. Le droit à la vie et à la santé commande sans doute de ne pas courir ce risque, même si donner un blanc-seing aux experts, dont les voix sont d'ailleurs parfois dissonantes, n'est pas recommandable non plus.

Il reste que, sur le plan du droit, l'heure est assurément à la vigilance et à la réflexion, sans doute pas encore à des changements radicaux, mais seulement dans l'immédiat, alors spécialement qu'au terme de cette année 2020, il est encore à craindre que la seconde vague n'en était pas seulement une deuxième.... L'on renvoie à l'épilogue provisoire pour le surplus (voir *in fine*, **mais également supra 4° et ci-après**).

11°) Pouvez-vous nous communiquer des statistiques faites dans le cadre de l'élaboration des normes de crise sanitaire (nombre de textes, de modifications des textes de crise, de prorogation de ces textes, etc.) ?

1. Identifier l'ensemble des textes adoptés depuis le début de la crise sanitaire et touchant à celle-ci, relève du pari impossible. Nous avons vu, en effet, que non seulement, cette crise a requis l'adoption de mesures dans de nombreuses branches du droit, mais qu'en outre la répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les entités fédérées a entraîné, au sein des ces dernières, la prise de règles ayant le même objet mais ne s'appliquant que dans la sphère d'intervention de chacune des collectivités politiques concernées³⁴.

Relevons tout de même que l'on dénombre 47 arrêtés ministériels ayant spécifiquement pour objet de limiter la propagation du coronavirus Covid-19 et qui ont été adoptés sur la base de la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police et de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile. Parmi ces textes figurent 6 arrêtés de base et 41 arrêtés modificatifs. Le premier arrêté de base date du 13 mars 2020 et le dernier, du 28 octobre de la même année. Cet arrêté ministériel du 28 octobre 2020 a été modifié à 24 reprises, et pour la dernière fois le 27 septembre 2021. Tous ces textes avaient pour objet « d'épouser » les flux et les reflux successifs de la pandémie.

2. Le relais est ensuite pris par la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique, activée pour la première fois par un arrêté royal du 28 octobre 2021, en raison de la recrudescence de la pandémie. Un arrêté royal du même jour énumère les mesures de police administrative jugées nécessaires pour enrayer le nouveau développement de la pandémie. Ce dernier texte sera modifié à 8 reprises et pour les deux dernières fois les 17 février et 5 mars 2022. Ces deux derniers arrêtés royaux portent une série de mesures d'assouplissement dictées par l'évolution favorable de la situation. Une loi du 11 mars 2022 désactive la loi « pandémie » et, dans la foulée, abroge l'arrêté royal de police du 28 octobre 2021, tel qu'il avait été modifié à 8 reprises.

Parmi les mesures ainsi levées au niveau fédéral au titre de la lutte contre la pandémie, figurait l'obligation de porter un masque dans les transports publics et les établissements de soins et assimilés. Jugeant de l'opportunité du maintien de cette obligation dans ces lieux, les entités fédérées compétentes en matière de santé préventive ont adopté des règles visant à prolonger cette mesure : sont ainsi visées la Communauté flamande, la Région wallonne, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune pour la Région de Bruxelles-capitale. Tous ces textes, dont il serait fastidieux de procéder à l'énumération ici³⁵, témoignent, si

³⁴ Voy. supra, **3°) et 5°).**

³⁵ Voy. Ph. Bouvier « Entre alpha et Omega : au pays des juges et de la loi », *A.P.T.*, à paraître.

besoin en était encore, du haut degré d'ingénierie du système institutionnel belge^{36/37}.

3. L'imposition du « Covid Safe Ticket » (pass sanitaire, ci-après dénommé CST) offre une autre illustration de cette complexité.

Généré par le certificat COVID numérique de l'UE et destiné à régler l'accès à certains lieux ou à certains événements dans le contexte de la pandémie de coronavirus COVID-19, le CST a fait l'objet d'un accord de coopération intervenu le 14 juillet 2021, lequel a été modifié les 27 septembre et 28 octobre suivants. Ces accords ont été conclus 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. Ces différents accords ont reçu l'assentiment des parlements de chacune des collectivités précitées et ont fait l'objet de 5 accords d'exécution conclus entre les gouvernements de ces collectivités.

Il s'agissait en substance de permettre aux différentes parties à l'accord, dans les limites de leurs compétences respectives, de recourir au cadre juridique du CST dans les endroits où les « gestes barrières » peuvent difficilement être respectés, tels les dancings et discothèques, les événements de masse, les projets pilotes, le secteur horeca, les centres de sport et de fitness, les établissements relevant des secteurs culturel, festif et récréatif. Une avalanche de textes consacrés à l'usage du CST s'en est suivie dans la foulée pour les différentes parties du pays. Parallélisme des compétences et des formes obligent, il y en eut tout autant lorsqu'en mars 2022, le CST, de toutes parts, a été mis au rebut. En tout cas provisoirement...

Une substantielle économie de règles n'aurait-elle pas pu être effectuée si la mise en œuvre et l'utilisation du CST n'étaient pas demeurés dans le giron de l'Etat fédéral³⁸ ? La question mérite d'autant plus d'être posée que toutes ces dispositions étaient largement similaires et que, fût-ce en concertation avec les entités fédérées, l'Etat aurait été fondé à conserver la main au titre de l'urgence épidémique.

³⁶ L'Etat n'est pas demeuré en reste eu égard à sa compétence pour le rail : voy. l'AR du 15 mars 2022 portant obligation du port du masque dans les trains (*Mon. b.* 22 mars).

³⁷ La décision, cette fois, de lever l'obligation du port du masque dans les transports publics, prise en comité de concertation le 20 mai 2020, doit évidemment être traduite en droit par les diverses autorités compétentes pour ce faire, chacune pour ce qui la concerne. Ainsi, l'AR du 15 mars 2022, précité, a-t-il été abrogé par un AR du 20 mai 2022 (*Mon. b.* 23 mai, 2^{ème} éd.). Mais ce texte ne concerne que les trains, à l'exclusion des trams et des bus qui relèvent de l'une ou l'autre entité fédérée. Désormais et jusqu'à nouvel ordre, le port du masque demeure seulement imposé dans les établissements de soins et assimilés.

³⁸ Pour davantage de précisions sur ces textes, voy. « Fin de partie ? », *op.cit.*, p. 804 et s., ainsi que « Entre alpha et Omega : au pays des juges et de la loi », *op. cit.*

4. Ajoutons encore qu'à toutes ces mesures visant directement à endiguer la pandémie, s'ajoutent celles qui ont été décidées par les autorités provinciales et communales et qu'il n'est pratiquement pas possible d'énumérer non plus.

II - Le contrôle du juge durant la crise sanitaire

1°) Les recours

1. La crise sanitaire a-t-elle suscité une augmentation du nombre des recours ? Dans quelle proportion ? Quels ont été les contentieux concernés ? En cas de dualité juridictionnelle, l'un des ordres de juridictions a-t-il été davantage sollicité ?

1.1. En Belgique, le contrôle juridictionnel de l'action administrative est partagé entre le juge judiciaire et le juge administratif. Pour l'essentiel, la « ligne de démarcation » figure aux articles 144 et 145 de la Constitution. En substance, les contestations touchant aux droits civils relèvent *exclusivement* des juridictions judiciaires. Il en va de même pour les contestations relatives aux droits politiques sauf, ici, les exceptions établies par la loi. Au nombre de ces exceptions figure, par exemple, le contentieux électoral communal confié au Conseil d'Etat lequel, en pareille occurrence, statue en pleine juridiction et en degré d'appel. Toujours à titre d'illustration, mentionnons aussi le contentieux de l'accès au territoire, du séjour, de l'établissement et de l'éloignement des étrangers, en ce compris le contentieux de la protection internationale, que le Conseil du contentieux des étrangers connaît en qualité de premier juge et le Conseil d'Etat en cassation administrative.

Parmi les juridictions administratives figure au premier rang le Conseil d'Etat, seule juridiction administrative à compétence générale que connaît le pays. Consacré par l'article 160 de la Constitution, le Conseil d'Etat compte en son sein une section de législation, dont il a été question dans la première partie de cette contribution, et la section du contentieux administratif. Parmi les compétences que la loi attribue à cette dernière figurent notamment les contentieux précités, mais également et, en tout cas quantitativement d'abord, le contentieux d'annulation pour illégalité des actes administratifs unilatéraux : c'est le recours pour excès de pouvoir, « pièce essentielle forgée par la jurisprudence du Conseil d'Etat (de France) », selon les mots de Gaston Jèze, tels qu'ils furent prononcés par l'éminent professeur lors du premier congrès international des sciences administratives, tenu à Bruxelles du 28 au 30 juillet 1910³⁹.

³⁹ G. Jèze : *Le recours pour excès de pouvoir*, Premier congrès international des sciences administratives, section III – organisation des services publics, III-1-3, Bruxelles, Goemaere, 1910, p. 2.

S'il advient que le contrôle de la légalité des actes administratifs, dont bien sûr ceux engendrés par la crise sanitaire, soit exercé par le juge judiciaire, c'est au seul Conseil d'Etat qu'appartient le pouvoir, en premier et en dernier ressort, de les annuler sur recours lorsque, d'aventure, leur illégalité est avérée. Certes, selon les termes de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, celui-ci n'est compétent que « si le contentieux n'est pas attribué par la loi à une autre juridiction ». Fort de ce qui précède, il n'en demeure pas moins permis d'affirmer que la « haute juridiction administrative » est bien le juge naturel du contentieux créé par l'ensemble des mesures administratives adoptées pour endiguer la propagation de la Covid-19 et pour gérer les conséquences sanitaires, économiques et sociales qui en résultent. Sans doute les décisions prises à ce propos par le juge judiciaire ne sont-elles pas négligeables. Elles ne seront d'ailleurs pas négligées non plus dans les développements qui suivent. Surabondamment, il faut encore savoir que le caractère jusqu'ici largement inédit de la jurisprudence des juridictions de fond de l'ordre judiciaire rend son accessibilité malaisée.

Précisons enfin, avant d'aller plus loin, qu'au recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat s'arriment deux « accessoires » qu'il importe d'avoir dès à présent à l'esprit : le contentieux du référé administratif qui habilite le Conseil d'Etat à suspendre l'exécution de la décision attaquée et/ou à ordonner des mesures provisoires, celui de l'indemnité réparatrice ensuite⁴⁰.

1.2. Entre le 8 avril et le 10 décembre 2020, le Conseil d'Etat a été saisi à 117 reprises de dossiers contentieux en rapport avec la crise sanitaire. Dans ces affaires, 82 arrêts ont été prononcés au cours de la période considérée. Ce n'est toutefois pas à dire que toutes ces affaires sont définitivement terminées : pour la plupart, elles ont en effet été examinées en référé.

Par période de 12 mois, le Conseil d'Etat a enregistré, au cours des années 2015-2016, 2016-2017 et 2017-2018 une moyenne de 3031 affaires, dont 491 dossiers au contentieux dit « des étrangers »⁴¹.

Si le contentieux généré par la crise sanitaire contribue à augmenter significativement le nombre de nouvelles affaires, les chiffres donnent à penser que l'augmentation est à relativiser. Il reste encore à voir comment la situation évoluera... Au surplus et à moyens constants, la charge de travail est déjà de toute façon

⁴⁰ Pour un ouvrage récent et circonstancié sur la section du contentieux administratif, voy. D. Renders et B. Gors : *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Larcier, 2020.

⁴¹ Les rapports d'activités figurent sur le site du Conseil d'Etat. Celui de l'année 2018-2019 n'est pas disponible à ce jour (juin 2020). **Les chiffres des années 2018-2019 et 2019-2020 sont à présent connus (mai 2022) : Il y a eu, pour la première année, 2920 nouvelles affaires, dont 468 dossiers «étrangers ». Pour l'année 2019-2020, ces chiffres s'élèvent à, respectivement, 2674 et 553. Le contentieux « étrangers » excepté, il y a donc eu un tassement des nouvelles affaires au cours de ces deux années. Le rapport d'activités de l'année 2020-2021 n'est pas encore disponible.**

alourdie en raison des conditions par hypothèse difficiles dans lesquelles celui-ci est exercé, tant d'un point de vue matériel que simplement humain.

Au cours de la période considérée, le plus grand nombre d'affaires introduites en raison de la crise sanitaire vise les arrêtés pris par le/la ministre de l'Intérieur portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19, ainsi que les arrêtés de police adoptés par les pouvoirs locaux dans le cadre de la police administrative générale. Ceci correspond à 81 dossiers, au nombre desquels 42 litiges ont pour objet des arrêtés réglementaires pris par le/la ministre de l'Intérieur. L'on compte également 6 recours dirigés contre des arrêtés de pouvoirs spéciaux, 14 ayant trait à des refus de primes, d'aides ou d'indemnités compensatoires justifiées par les conséquences économiques de la crise, 5 marchés publics, 1 affaire d'urbanisme, 2 arrêtés royaux rendant obligatoire des conventions collectives du travail, 1 décision du Commissaire général aux réfugiés et apatrides et 7 recours divers.

2. Quelles procédures ont été utilisées ? 3. Les procédures d'urgence ont-elles été utilisées ? Lesquelles ?

Le référé administratif s'est révélé être le chemin privilégié pour, au Conseil d'Etat, aller à l'encontre des règlements et des actes individuels adoptés par l'autorité publique à l'effet de combattre les effets dévastateurs de la pandémie sur la santé publique et pour atténuer ses conséquences désastreuses en termes économique, social et culturel.

Pour être institué comme complément au recours en annulation, le référé administratif ne s'envisage pas, en règle, isolément. Une distinction s'impose : si une demande en référé ordinaire ne peut être introduite devant la section du contentieux administratif qu'au plus tôt au moment du dépôt du recours en annulation, une procédure en extrême urgence autorise toutefois à faire précéder celle-ci dans le temps et donc à l'introduire avant même une requête en annulation.

A propos de la plus grande partie des cas recensés, c'est bien à une course-poursuite que l'on assiste : le virus a déboulé à la vitesse de l'éclair, les autorités le prennent en chasse sur-le-champ et c'est au quart de tour que les justiciables s'empressent de contester devant le juge la légalité des mesures ainsi adoptées, lesquelles elles-mêmes n'ont naturellement pas vocation à s'éterniser. Ainsi, 70 arrêts sur les 82 décisions dénombrées au cours de la période de référence (pour rappel, du 8 avril au 10 décembre 2020) l'ont été au contentieux de l'extrême urgence. S'y ajoutent un recours irrecevable, trois référés ordinaires, trois désistements et cinq divers. Quant aux affaires toujours pendantes ayant pour objet des décisions touchant à la crise et introduites au cours de la même période, elles ne l'ont pas été sous le couvert de l'extrême urgence.

Ajoutons que, pour sa part, le juge judiciaire a lui-aussi été saisi en référé de plusieurs litiges nés de l'irruption de la Covid-19 dans notre quotidien⁴².

De nombreuses autres décisions sont encore intervenues entre le 11 décembre 2020 et le 28 mai 2022, date à laquelle la présente mise à jour a été arrêtée. Qu'il s'agisse du Conseil d'Etat, du juge judiciaire ou de la Cour constitutionnelle, toutes ces décisions ont été prises au contentieux de l'urgence. Ce n'est pas à dire que des actions au fond ne sont pas en cours de procédure mais, précisément pour ce motif, il est prématuré d'en faire état. Mentionnons encore une intervention importante de la Cour de cassation et ne perdons pas de vue l'évolution du cadre juridique, spécialement la loi « pandémie » du 14 août 2021⁴³. L'on reviendra ultérieurement sur tout ceci⁴⁴.

2°) L'organisation des juridictions

1. Comment la juridiction s'est-elle organisée ? Des mesures destinées à prévenir ou remédier à la vacance ou à l'empêchement des magistrats ont-elles été mises en place ? Des formations spéciales ont-elles été créées ?

1.1. Des mesures touchant à l'organisation du travail au sein du Conseil d'Etat ont été adoptées à l'entame de la pandémie, soit dès le 16 mars 2020. Ces mesures ont été dictées par la volonté du gouvernement d'encourager le recours au télétravail. Pour le Conseil d'Etat, service reconnu comme étant essentiel, il s'est agi de réorganiser ses services, afin de réduire le plus possible les contacts physiques et les déplacements, tant du personnel que des justiciables. Au fil des semaines, l'institution a communiqué sur son site Internet toutes les dispositions qu'elle a adoptées pour faire face à la situation et à son évolution⁴⁵.

Ainsi, dès le 16 mars 2020, les litiges examinés par la section du contentieux administratif ont été strictement limités aux seules affaires introduites sous le couvert de l'extrême urgence. Celles-ci ont toutes fait l'objet d'une procédure exclusivement écrite, à l'exception de quelques-unes d'entre elles, traitées via Skype. Toutes les audiences ordinaires qui avaient déjà été fixées entre le 16 mars et le 19 avril ont été reportées *sine die*. Le greffe a été fermé au public et chargé d'assurer un service minimum, étant en substance et principalement l'enrôlement des requêtes en extrême urgence⁴⁶.

⁴² Voy. *infra*, 4°, 3.3.3.

⁴³ Voy. *supra*, I, 4°) et 11°).

⁴⁴ Voy. *infra*, 4°, 5, 6 et 9.

⁴⁵ Voy. aussi R.STEVENS : « Regards croisés - Le Conseil d'Etat belge pendant la crise sanitaire », in *La lettre de la Justice administrative*, édition spéciale, n° 60, Juillet 2020.

⁴⁶ Voy. également *infra*, les commentaires sur l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020.

Le 22 avril 2020, le Conseil d'Etat fait savoir qu'il examine comment redémarrer le traitement d'autres affaires que celles introduites en extrême urgence et que des initiatives ont été prises en interne pour permettre, notamment, le prononcé des arrêts dans des affaires qui étaient déjà passées à l'audience et qui étaient délibérées ou sur le point de l'être. Et de préciser qu'il « s'efforce, dans ces circonstances exceptionnelles, de continuer à accomplir ses missions de la manière la plus optimale qui soit ».

Cette situation est confirmée le 4 mai suivant. Le Conseil d'Etat expose alors que, sans compter les arrêts prononcés en extrême urgence, il lui a été possible de prononcer 161 arrêts et 14 ordonnances de cassation.

A partir du 18 mai 2020, le greffe reprend le traitement d'autres affaires que celles introduites en extrême urgence, tout en demeurant fermé au public. Le Conseil d'Etat annonce également la reprise des audiences à partir du 8 juin. Il est précisé que le nombre des audiences et le nombre des affaires par audience sera limité, à l'effet d'assurer le respect des règles de sécurité et d'hygiène.

Le 5 juin, la reprise des audiences, en nombre limité, est confirmée pour le 8 du même mois. Il est précisé qu'un maximum de trois à quatre affaires est fixé par demi-jour et qu'il appartiendra aux avocats et aux parties de respecter les consignes imposées (distanciation, désinfection des mains, port du masque...). En pratique, les audiences « en présentiel » recommenceront à partir du mois de juillet.

Le 20 novembre 2020, le Conseil d'Etat indique que le greffe de la section du contentieux est à nouveau accessible au public pour la consultation des dossiers, sur rendez-vous et dans le respect des « gestes barrières ». Il ajoute « avoir pris différentes initiatives en interne afin de permettre, notamment, le prononcé d'arrêts et d'ordonnances en toutes circonstances, notamment à distance et par la voie électronique ». Il fait part de son projet, en cours examen, tendant à rendre définitive la faculté de recourir à la procédure écrite, selon les formes dans laquelle celle-ci a été provisoirement prévue par l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020⁴⁷. Il confirme enfin le maintien des audiences selon le scénario mis au point en juin.

1.2. Mis à part les mesures précitées, aucune autre disposition propre à la situation exceptionnelle créée par la crise sanitaire ne semble avoir été prise.

Ce n'est pas à dire que le Conseil d'Etat n'a pas souffert et ne souffre pas de la vacance de plusieurs fonctions ou de l'absence de magistrats empêchés à plus ou moins long terme pour cause de maladie. La haute juridiction administrative fait face, avec « les moyens du bord » et sans avoir mis sur pied des formations spéciales, à supposer qu'il eût été en position de le faire.

⁴⁷ Voy. *infra*, 3°.

Encore faut-il toutefois déplorer que des difficultés d'ordre informatique ont malheureusement aussi contribué à ralentir le cours des affaires.

2. Des procédures de tri des requêtes ou de traitement des affaires accélérées ont-elles été mises en place ? Des mesures d'aménagement du contradictoire (communication des conclusions et des pièces) ont-elles été prévues ? D'autres mécanismes spécifiques ont-ils été instaurés ?

Aucune procédure de tri n'a été officiellement mise en place. Comme il l'a indiqué plusieurs fois, le Conseil d'Etat s'est efforcé « de continuer à accomplir ses missions de la manière la plus optimale qui soit », par exemple en favorisant, par des mesures internes, le prononcé d'arrêts et d'ordonnances en toutes circonstances, notamment à distance et par la voie électronique ». Ces mesures proactives lui ont permis, entre le début de la pandémie et le 18 mai, de prononcer 246 arrêts et 15 ordonnances en procédure de cassation, en plus du traitement des nombreuses requêtes en extrême urgence au « contentieux du coronavirus », mais également en dehors de ce dernier.

Les questions touchant plus particulièrement à la procédure seront traitées sous le point **3°**.

3. Avec quelles incidences sur le contrôle juridictionnel ?

Sans qu'il soit permis, à ce stade, de mesurer l'incidence exacte de la pandémie sur le flux des affaires soumises à la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat et sur le nombre des dossiers traités par elle, il faut malgré tout s'attendre à devoir constater, à terme, une augmentation du stock des affaires en souffrance. Seule une diminution éventuelle des entrées, qui pourrait être consécutive elle-aussi au désordre général causé par la propagation du virus, serait de nature à atténuer l'accroissement du nombre des affaires pendantes.

La mise au point des statistiques donnera de poser un diagnostic fiable... si l'on ose le terme. Il est à craindre que les conditions de travail pénibles endurées par les « acteurs du terrain » pèsent, elles-aussi, négativement sur l'effectivité du contrôle juridictionnel.

3°) Les règles procédurales

1. Les délais de procédure ont-ils été modifiés (délais de recours, délais de clôture d'instruction et délais impartis au juge pour statuer, par exemple) ?

Comme il a déjà été indiqué, si l'irruption intempestive de la pandémie a, dans un premier temps, entraîné le report d'affaires déjà fixées à l'audience et du prononcé

des arrêts dans les affaires en délibéré, la détermination de remédier à cette situation au plus tôt a bien été affichée à plusieurs reprises.

C'est dans ce contexte que, le 21 avril 2020, a été adopté l'arrêté de pouvoirs spéciaux n° 12 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite. Produisant ses effets à partir du 9 avril 2020, il sera prorogé, du moins pour partie, par des arrêtés royaux des 4 et 18 mai 2020⁴⁸.

L'arrêté royal n° 12 a automatiquement prolongé tous les délais de forclusion imposés aux parties pour l'introduction et le traitement des procédures qui sont venus à échéance entre les 9 avril et 3 mai 2020 inclus, à concurrence de trente jours à compter du lendemain de cette dernière date. Selon le rapport au Roi qui précède l'arrêté royal, cette règle vise à assurer une égalité de traitement avec les justiciables « impliqués dans des procédures devant le juge judiciaire »⁴⁹. Cette mesure, qui n'a naturellement pas été étendue aux recours en extrême urgence, n'a plus été renouvelée par la suite.

On ne perdra évidemment pas de vue qu'en matière juridictionnelle, les délais impartis aux juges eux-mêmes demeurent toujours des délais d'ordre. Ainsi en va-t-il par exemple, pour l'article 15 du règlement général de procédure qui porte que l'arrêt doit être prononcé dans les 12 mois du jour auquel le rapport de l'auditeur est déposé.

2. Les règles de procédure ont-elles été aménagées ? L'ont-elles été, le cas échéant, par le juge ou par les textes ? Ces aménagements ont-ils concerné uniquement les recours en lien avec la crise sanitaire ou tous les contentieux ?

Sous réserve de ce qui est indiqué ci-dessous pour les recours en extrême urgence, l'arrêté royal n° 12 prévoit, en règle, la faculté de traiter tous les recours sans audience publique, à la condition que toutes les parties en fassent la demande ou marquent leur accord. Ici encore, les auteurs du texte disent s'inspirer de ce qui se pratique devant les juridictions judiciaires⁵⁰. Il va de soi que cette possibilité ne vaut que pour les affaires dans lesquelles, depuis le 9 avril 2020, toutes les pièces de procédure ont déjà été échangées et qui sont prêtes à être fixées à l'audience. En pareille occurrence, l'avis du membre de l'auditorat donné en principe à l'audience, juste avant la clôture des débats, est remplacé par un avis écrit.

⁴⁸ Pour aller plus loin, voy. M. Kaiser : « L'arrêté royal de pouvoirs spéciaux numéro 12 relatif au Conseil d'Etat », *La Tribune*, n° 172 du 23 avril 2020, publiée par Avocats.be. et D. Lagasse et B. Gribomont, « Les procédures au Conseil d'État en période de Covid-19 », *J.T.*, 2020, pp. 376-377.

⁴⁹ *Mon. b.* 22 avril, 2^{ème} éd. p. 27.761.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 27.763.

Par l'effet cumulé des arrêtés royaux des 4 et 18 mai 2020, l'usage de cette faculté a été prolongée jusqu'au 30 juin 2020.

3. Des mesures destinées à la tenue des audiences ont-elles été mises en place (publicité des débats; audiences par audio ou visio-conférence; dispense d'audience) ?

3.1. L'arrêté royal n° 12 prescrit des règles spéciales pour les recours introduits sous le bénéfice de l'extrême urgence qu'ils soient, ou non, liés à la crise sanitaire : ces affaires peuvent toutes faire l'objet d'une procédure écrite. Selon les informations fournies par le Conseil d'Etat sur son site Internet, ces litiges peuvent aussi, par exception, être traités au moyen d'une vidéo-conférence via *Skype*. Il a effectivement été fait usage de cette possibilité à plusieurs reprises⁵¹.

Ici encore et sauf le recours à la visioconférence, l'avis du membre de l'auditorat est donné par écrit. Et, une nouvelle fois, ces dispositions propres aux extrêmes urgents sont demeurées en vigueur jusqu'au 30 juin 2020, par l'effet cumulé des arrêtés royaux des 4 et 18 mai 2020.

3.2. A chaque fois que la procédure écrite est utilisée au cours de la période considérée, les textes sous revue précisent que les parties peuvent envoyer leurs actes de procédure au Conseil d'Etat par courriel, à l'adresse qui leur est indiquée. De même, mais ici dans tous les cas, celui-ci est-il habilité à envoyer toutes ses notifications et communications par la voie électronique. Une exception est cependant prévue en faveur des particuliers qui ne peuvent pas utiliser Internet.

4°) L'office du juge

1. Quelle interprétation des textes a été adoptée par le juge national pour répondre à la crise du Covid-19 ? Les méthodes et instruments de contrôle existants ont-ils permis de répondre à la crise du Covid-19 ? De nouvelles méthodes ont-elles été dégagées à cette occasion ?

1.1. Sur les 70 arrêts prononcés par le Conseil d'Etat entre les 8 avril au 10 décembre 2020, sous le bénéfice de la procédure du référé en extrême urgence, l'on identifie 63 décisions de rejet et 7 décisions de suspension de l'exécution des actes attaqués. Observons d'emblée qu'à une exception près et dont il sera question plus

⁵¹ Voy. les arrêts n°s 247.393 du 10 avril 2020, 247.493 du 5 mai 2020, 247.620 du 26 mai 2020, 247.674 du 28 mai 2020, 247.689 du 1^{er} juin 2020, 247.761 du 10 juin 2020 et 247.790 du 14 juin 2020.

loin⁵², aucune des mesures prises par le ministre de l'Intérieur visant à limiter la propagation du coronavirus Covid-19 n'a été censurée par le Conseil d'Etat depuis le début de la crise sanitaire et en tout cas jusqu'au 10 décembre 2020. Parmi les 6 autres suspensions ordonnées figurent l'attribution d'un marché public⁵³, 4 mesures de police locale⁵⁴, dont un acte à caractère réglementaire⁵⁵ et 1 décision du Commissaire général aux réfugiés et apatrides⁵⁶.

Au nombre des 63 arrêts de rejet figurent notamment 4 dossiers de marchés publics⁵⁷, 4 affaires ayant pour objet des arrêtés de pouvoirs spéciaux⁵⁸, une affaire d'urbanisme⁵⁹ et un dossier « prime »⁶⁰.

Vu dans l'ensemble et pour la plupart d'entre eux, les litiges concernent soit des mesures contenues dans les arrêtés adoptés par le/la ministre de l'Intérieur portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19, soit des mesures de police locale⁶¹. Les réponses aux questions posées sous les points **2 à 4, 7, 8, 10 et 11**, ci-après, seront apportées au départ de ces arrêtés, du moins les plus marquants d'entre eux⁶².

⁵² Il s'agit de l'arrêt n° 249.177 du 8 décembre 2020, lequel porte des mesures provisoires.

⁵³ Arrêt n° 247.727 du 8 juin 2020 (réhabilitation de sols - l'urgence invoquée pour attribuer le marché par la voie d'une procédure écrite électronique n'est pas justifiée).

⁵⁴ Arrêts n°s 248.435 du 2 octobre 2020 (évacuation d'un immeuble squatté - les troubles d'insalubrité ou liés à la sécurité ou à la tranquillité ne sont pas établis), 248.483 du 6 octobre 2020 (fermeture d'un espace événementiel – non-respect du contradictoire et motivation insuffisante) et 248.672 du 20 octobre 2020 (fermeture d'un complexe sportif – non-respect du contradictoire). Dans toutes ces affaires, la condition de l'extrême urgence a bien sûr été jugée remplie.

⁵⁵ Arrêt n° 248.541 du 9 octobre 2020 (règlement de police par lequel le bourgmestre de la ville de Bruxelles fait interdiction de la prostitution sur le territoire communal pour des motifs de salubrité publique, alors qu'en cette matière les autorités municipales ne peuvent intervenir que pour des considérations liées à la protection de la moralité et de la tranquillité publiques). Ici encore, le Conseil d'Etat a jugé qu'il était satisfait à la condition de l'extrême urgence. Victoire à la Pyrrhus cependant : les mesures de confinement contenues dans l'arrêté ministériel du 1^{er} novembre 2020 ont eu tôt fait de refermer à double tour la porte entrouverte par le Conseil d'Etat.

⁵⁶ Arrêt n° 249.163 du 7 décembre 2020.

⁵⁷ Dont les arrêts n°s 247.840 du 19 juin 2020 et 247.995 du 3 juillet 2020 portant sur une commande publique de masques. Les trois moyens ont été jugés non sérieux, l'urgence étant présumée, conformément à l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics (...).

⁵⁸ Arrêts n°s 247.472 du 29 avril 2020, 247.585 du 19 mai 2020, 247.689 du 1^{er} juin 2020 et 247.856 du 22 juin 2020 Dans chacune de ces affaires, la requête a été rejetée, faute pour les requérants d'établir qu'ils répondaient bien à la condition de l'extrême urgence.

⁵⁹ Arrêt n° 249.019 du 24 septembre 2020.

⁶⁰ Arrêt n° 248.985 du 20 novembre 2020 (affaire dans laquelle le Conseil d'Etat a décliné sa compétence).

⁶¹ Parmi lesquelles, on inclut l'arrêt n° 248.213 du 4 septembre 2020 qui concerne en réalité une décision relative au port du masque dans les écoles en Communauté française.

⁶² Auxquels s'ajoute l'arrêt n° 249.177 du 8 décembre 2020, déjà cité. **Les points 5, 6, 9 et 12 relèvent de la mise à jour, arrêtée au 28 mai 2022.**

1.2. Toutes les procédures initiées sous le couvert de l'extrême urgence ont été et sont traitées à bref délai par le Conseil d'Etat. Il n'y a pas de dossiers en souffrance dans ce contentieux.

Sous réserve de ce qui a été déjà dit à propos des aménagements particuliers mis au point en raison des mesures de confinement et des règles de procédure spécifiques et temporaires contenues dans l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite, prorogé par les arrêtés royaux des 4 et 18 mai 2020, la charge de travail générée par la crise sanitaire a été gérée par les méthodes et instruments de contrôle existants.

1.3. Les règles propres au référé administratif sont au cœur du contrôle opéré par le Conseil d'Etat sur les décisions administratives engendrés par la crise sanitaire. Les conditions du référé sont fixées par la loi. La section du contentieux en a précisé les contours et les rappelle inlassablement⁶³ :

« Conformément à l'article 17, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la suspension de l'exécution d'une décision administrative suppose deux conditions, une urgence incompatible avec le délai de traitement de l'affaire en annulation et l'existence d'au moins un moyen sérieux susceptible, *prima facie*, de justifier l'annulation de cette décision.

(...) ».

C'est notamment à l'aune de ces balises qu'un survol de la jurisprudence « Covid-19 » développée par le Conseil d'Etat sera effectué ci-après, avec quelques incursions dans des décisions prises par les juges judiciaires.

2. Le juge national s'est-il inspiré des décisions rendues par d'autres juges nationaux ? le cas échéant, lesquels ?

Il n'y a pas d'éléments qui conduirait à considérer que d'un Etat à l'autre, une telle influence aurait opéré. Pour autant, il n'y aurait rien de surprenant à constater l'existence de tendances comparables, du moins dans nos régions : le virus provoque les mêmes dégâts, les mesures prises procèdent du même souci de réduire les contacts humains et les droits fondamentaux participent de notre patrimoine commun.

Comment d'ailleurs, mais sans y voir plus qu'une simple coïncidence, ne pas effectuer un rapprochement entre l'arrêt prononcé par le Conseil d'Etat de France le

⁶³ Par exemple, arrêt n° 239.134 du 3 décembre 2020.

29 novembre 2020 et l'arrêt n° 249.177 du 8 décembre 2020 rendu par son homologue belge. C'est qu'ils partagent une même tension entre les mesures sanitaires entraînées par la pandémie et l'atteinte qui en résulte pour la liberté de culte que les deux juridictions décident en l'occurrence de faire prévaloir. Une fois encore, la prudence est de mise, ainsi qu'en atteste un arrêt du Conseil d'Etat belge, rendu quelques semaines plus tard⁶⁴.

3. Quelles théories jurisprudentielles ont été mobilisées pour répondre à la crise du Covid-19 ? De nouvelles théories ont-elles été créées à cette occasion ? Des revirements de jurisprudence ou des évolutions notables ont-ils été observés ?

3.1. Les affaires déferées au Conseil d'Etat et passées en revue ci-après, soit 31 dossiers, ont pour objet des mesures de confinement et assimilées décidées par le/la ministre de l'Intérieur (20) et les autorités locales (10), auxquelles s'ajoute une règle adoptée par la ministre de l'Enseignement pour la Communauté française. Elles donnent une image fidèle de la « tendance lourde » de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Ces différents dossiers peuvent être classés en trois catégories. Le plus grand nombre d'entre eux (25) inclut des arrêts de rejet fondés sur un défaut d'extrême urgence (20), sur l'absence de moyens sérieux (4) ou sur l'incompétence du Conseil d'Etat pour connaître de l'acte attaqué (1). Une deuxième catégorie d'arrêts de rejet est formée de litiges (5) dans lesquels le Conseil d'Etat examine notamment, et à une réserve près, la question de la compétence matérielle du ministre de l'Intérieur. Ces affaires seront rapprochées de trois décisions adoptées par des juridictions de l'ordre judiciaire. La troisième catégorie est constituée par... le seul arrêt de censure pris à l'encontre d'une mesure restrictive de liberté adoptée par la ministre de l'Intérieur.

De toutes ces décisions ne se dégagent pas, à proprement parler, de nouvelles théories conçues spécialement pour appréhender les litiges nés de la crise sanitaire. L'on sait que la majorité des requêtes ont été rejetées pour défaut d'extrême urgence ; ce sont plutôt les virtualités offertes par cette condition propre au référé administratif, telles que la jurisprudence du Conseil d'Etat les a développées, qui ont été sollicitées pour rejeter celles-ci. L'une ou l'autre exception confirme la règle.

Au surplus, et c'est là une évolution notable de la jurisprudence du Conseil d'Etat dans ce contentieux, celui-ci en arrivera à aborder la délicate question, déjà évoquée dans la première partie, de la compétence du ministre de l'Intérieur pour adopter la multitude d'arrêtés visant à endiguer la propagation de la Covid-19.

⁶⁴ Voy. *infra*, point 10.

3.2. Dans la première catégorie d'arrêts figurent donc une requête pour laquelle le Conseil d'Etat se déclare incompétent, quatre recours rejetés en l'absence de moyens sérieux et 20 qui l'ont été pour défaut d'urgence.

Une requête était dirigée contre l'obligation imposée aux élèves et au corps enseignant de porter un masque en classe dans les établissements d'enseignement secondaire en Communauté française. Cette mesure faisait partie d'un ensemble de directives contenues dans une circulaire ministérielle qui visait à permettre une rentrée des classes « en présentiel » dans le respect de la sécurité de tous les usagers. L'arrêt rejette la requête au motif qu'en suspendant l'exécution d'une mesure indissociable d'une série d'autres consignes, le Conseil d'Etat procéderait à une réformation de la circulaire, ce qui ne se peut⁶⁵.

Le Conseil d'Etat n'a par ailleurs pas reconnu de rupture d'égalité dans la mesure permettant la réouverture des magasins de bricolage et de jardinage, à l'exclusion des marchands de machine de jardinage, et a conclu de la même manière à l'endroit des forains qui se plaignaient de n'être pas traités comme les ambulants dans les marchés⁶⁶. Eu égard au risque sanitaire, il n'a pas non plus qualifié de disproportionnée la décision d'avancer l'heure de fermeture des magasins de nuit⁶⁷. Si, dans ces affaires, les vices de légalité allégués ont bien été abordés, aucun d'entre eux ne portait sur la compétence *ratione materiae* de son auteur, étant le ministre de l'Intérieur. Cette question est au centre de l'examen des décisions relevant de la deuxième catégorie.

A plusieurs reprises, le Conseil d'Etat sollicite le caractère momentané de la mesure attaquée pour dénier l'urgence revendiquée par le requérant. Ainsi en a-t-il été pour l'interdiction de cérémonies religieuses⁶⁸, la fermeture des salles de jeux automatiques⁶⁹, l'interdiction d'organiser des salons en intérieur accueillant plus de 400 personnes⁷⁰, l'obligation de porter un masque dans les magasins, les lieux de culte, les cinémas...⁷¹. Tous ces arrêts sont intervenus dans un contexte de déconfinement progressif, lequel a débuté au cours du printemps 2020.

A plusieurs reprises encore, le Conseil d'Etat décide que le risque de difficultés financières, susceptible de justifier valablement l'urgence à le saisir n'est toutefois pas établi. Telle fut sa position pour un recours introduit par des gérants

⁶⁵ Arrêt n° 248.213 du 4 septembre 2020.

⁶⁶ Arrêts n°s 247.452 du 27 avril 2020 et 248.151 du 17 août 2020.

⁶⁷ Arrêts n°s 248.131 et 248.132 du 10 août 2020.

⁶⁸ Arrêt n° 247.674 du 28 mai 2020.

⁶⁹ Arrêt n° 247.939 du 26 juin 2020.

⁷⁰ Arrêt n° 248.039 du 9 juillet 2020.

⁷¹ Arrêts n°s 248.108 et 248.109 du 3 août 2020.

d'établissements du secteur Horeca⁷², par des exploitants de « bars à chicha »⁷³, par un gérant d'une agence de voyage⁷⁴ et par des agents immobiliers⁷⁵.

D'autres arrêts considèrent que le degré de gravité que l'urgence requiert n'est pas établi, qu'il s'agisse de l'obligation de porter un masque⁷⁶, du couvre-feu⁷⁷, ou encore de l'interdiction de voyager en dépit d'une relation affective supposée avec un partenaire qui séjourne hors d'Europe⁷⁸. Cerise sur le gâteau, le Conseil d'Etat refuse encore le bénéfice de l'extrême urgence au requérant dont les filles sont privées de la visite de Saint-Nicolas dans leur école, sur décision de l'autorité municipale en raison d'une recrudescence de l'épidémie. Le juge fait notamment valoir qu'il « n'aperçoit pas en quoi le remplacement de la venue de Saint-Nicolas par une visioconférence constituerait un inconvénient d'une gravité telle qu'il justifierait le recours à une procédure en référé »⁷⁹.

Pour être demeurés en défaut d'aborder les critiques de légalité invoquées par les requérants, la plupart des arrêts passés en revue ci-dessus interpelle. Certes, rien n'oblige le juge administratif à procéder à un tel examen lorsque d'autres voies existent pour rejeter une requête en référé. Mais nul n'ignore que toutes ces mesures « corona » sont par nature éphémères. Elles se succèdent d'ailleurs les unes aux autres, à la mesure du degré d'intensité de circulation du virus. Lorsque viendra l'heure de traiter les recours en annulation dont certains de ces référés d'extrême urgence pourraient être assortis, de quel intérêt pourront encore se prévaloir les requérants ? Sans aller jusqu'à décréter qu'ils n'en auront plus, l'éventuel constat de l'illégalité de l'une ou l'autre de ces mesures ne pourra plus, en toute hypothèse, avoir la même saveur⁸⁰.

3.3.1. La deuxième catégorie de décisions est composée de quatre arrêts d'assemblée, d'un cinquième arrêt et de trois décisions judiciaires. Elles méritent une attention particulière par cela qu'à une exception près, elles abordent la question de la compétence du ministre de l'Intérieur. Pour prendre ses nombreuses mesures visant à limiter la propagation du virus, le/la ministre se fonde sans relâche sur la loi

⁷² Arrêts n°s 248.141 du 29 juillet 2020, 248.149 du 17 août 2020 et 248.798 du 29 octobre 2020.

⁷³ Arrêts n°s 248.144 et 248.145 du 13 août 2020.

⁷⁴ Arrêt n° 248.270 du 15 septembre 2020.

⁷⁵ Arrêts n°s 248.921 et 248.922 du 13 novembre 2020.

⁷⁶ Arrêts n°s 248.124 du 5 août 2020, 248.161, 248.162 et 248.165 du 20 août 2020. Dans ces affaires, le juge expose incidemment qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de trancher une éventuelle controverse scientifique quant à l'efficacité prouvée ou non des effets du port obligatoire du masque sur la propagation du virus.

⁷⁷ Arrêt n° 248.167 du 21 août 2020.

⁷⁸ Arrêt n°248.347 du 24 septembre 2020.

⁷⁹ Arrêt n° 249.134 du 3 décembre 2020.

⁸⁰ En Belgique, l'intérêt à agir doit exister du moment de l'introduction du recours jusqu'au prononcé de l'arrêt au fond. Voy. à ce sujet D. Renders et B. Gors : op. cit., pp. 136 et s. Voy. cependant aussi, *infra*, **4°), 12 et 6°)**.

du 31 décembre 1963 sur la protection civile, notamment l'article 4, la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, notamment l'article 11, et la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile, notamment l'article 182. Ces articles, déjà évoqués dans le première partie⁸¹ sont libellés comme suit :

- Loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile, article 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. Il coordonne la préparation et l'application de ces mesures, au sein tant des divers départements ministériels que des organismes publics.

(...) »

- Loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, article 11 :

« 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 localisée dans une seule commune, l'intérêt général exige leur intervention.

(...) »

- Loi du 15 mai 2007 sur la sécurité civile, article 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. Le même pouvoir est reconnu au bourgmestre ».

C'est spécialement sous le prisme de l'approche réservée à ces dispositions législatives que sont envisagés les développements qui suivent.

3.3.2. Le 28 octobre 2020, l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État rejette deux demandes de suspension d'extrême urgence introduites par des restaurateurs contre l'arrêté ministériel du 18 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19, et notamment son article 6, § 1er, alinéa 1er, qui impose la fermeture des cafés et restaurants. Le Conseil d'État quitte cette fois le terrain de l'urgence pour examiner l'apparence du bien-fondé des moyens. Ceux-ci sont tirés de la violation des principes de diligence, de proportionnalité, de la liberté d'entreprendre, du principe d'égalité. Aucun d'entre eux ne trouve grâce à ses yeux⁸². Mais l'une des deux requêtes recèle aussi un moyen pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte,

⁸¹ Voy. *supra*, I.3°.2.3.

⁸² Arrêts A.G. n°s 248.780 et 248.781 du 28 octobre 2020.

que le juge rejette car ce n'est qu'à l'audience, c'est-à-dire tardivement, que le requérant a porté sa critique sur l'attribution de pouvoirs conférée par la loi directement à un ministre⁸³. Dans le même arrêt, il fait par ailleurs observer que si le pouvoir réglementaire est dévolu au Roi par la Constitution, «Il n'est cependant pas exclu (...) qu'une délégation de pouvoirs puisse dans des circonstances précises et délimitées être accordée à un Ministre ».

Deux jours plus tard, soit le 30 octobre 2020, l'assemblée générale rejette à nouveau deux demandes de suspension introduites en extrême urgence.

La première requête conteste la fermeture de cafés et de restaurants imposée par l'arrêté ministériel du 18 octobre 2020, modifié le 23 du même mois, ainsi que l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, lequel remplace les deux premiers cités. La seconde requête est dirigée contre le couvre-feu instauré par les mêmes arrêtés ministériels.

Une nouvelle fois, le Conseil d'Etat se concentre sur les moyens qu'il juge d'ailleurs non sérieux. L'on ne s'attarde pas sur ceux qui invoquent la violation d'un certain nombre de principes ou de droits fondamentaux, tels que le principe de proportionnalité, le principe d'égalité, la liberté d'entreprendre, la liberté individuelle, le droit au respect de la vie privée...

Retiennent en revanche tout spécialement l'attention, les développements que, dans son premier arrêt, l'assemblée générale consacre à la question de la compétence de l'auteur des mesures contestées⁸⁴. Ici, le Conseil d'Etat prend soin de contextualiser l'intervention du ministre de l'Intérieur, fondée sur les lois du 31 décembre 1963 sur la protection civile, du 5 août 1992 sur la fonction de police et du 15 mai 2007 sur la sécurité civile ; mais le juge prend également en considération les arrêtés royaux des 31 janvier 2003 et 22 mai 2019, déjà cités, sur la base desquels le ministre a, dès le 13 mars 2020, déclenché la phase fédérale concernant la coordination et la gestion de la crise coronavirus Covid-19⁸⁵. Après avoir décrit les contours de la protection civile et de la sécurité civile, ainsi que les pouvoirs dévolus en ordre subsidiaire au ministre en matière de police administrative, l'arrêt juge que la fermeture obligatoire du secteur Horeca « semble pouvoir être rattachée à la compétence conférée au ministre par l'article 11 de la loi du 5 août 1992 », qu'elle « semble servir (...) la sécurité civile et donc la protection de la population » et qu'elle peut être assimilée à une interdiction de circuler au sens de l'article 182 de la loi du 15 mai 2007 ».

Ainsi, le Conseil d'Etat décline-t-il le moyen pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte, non sans rappeler à nouveau qu'il n'est pas en son pouvoir de se prononcer sur la conformité constitutionnelle des habilitations législatives directement conférées

⁸³ Arrêt A.G. n° 248.781.

⁸⁴ Arrêt A.G. n° 248.818 du 30 octobre 2020.

⁸⁵ Voy. *supra*, I. 3°. 2.1.

à un ministre. L'assemblée générale confirme cette dernière analyse dans son second arrêt prononcé le même jour⁸⁶.

Le 13 novembre 2020, le Conseil d'Etat rejette une demande de suspension d'extrême urgence ici dirigée contre l'arrêté ministériel du 1er novembre 2020 modifiant l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020. Est une nouvelle fois en cause la fermeture du secteur Horeca et à nouveau, le juge s'exprime sur les moyens et non pas sur la condition de l'urgence. Sur la question de la compétence du ministre de l'Intérieur, il se range derrière la position adoptée par l'assemblée générale dans le premier des arrêts prononcés le 30 octobre 2020^{87/88}.

3.3.3. Le débat touchant à l'étendue du pouvoir attribué au ministre de l'Intérieur par les lois des 31 décembre 1963, 5 août 1992 et 15 mai 2007, précitées, a également été porté devant les juridictions judiciaires. Trois décisions sont ici épinglées⁸⁹.

La première affaire concerne une personne qui est poursuivie devant le tribunal de police du Hainaut, division de Charleroi, pour ne pas avoir respecté les règles de confinement prescrites par l'arrêté royal du 23 mars 2020. Il lui est reproché de s'être trouvé à plusieurs reprises sur la voie publique sans motif valable. Parmi d'autres considérations générales touchant à la pandémie et à l'Etat de droit en Belgique, le juge s'attache spécialement à examiner la légalité de l'arrêté ministériel du 23 mars 2020. Après avoir exposé la portée de l'article 182 de la loi 15 mai 2007, ainsi que l'objet et la finalité dudit arrêté ministériel, il arrive à la conclusion que l'habilitation contenue dans cette disposition législative, permet certes au ministre d'interdire tout déplacement ou mouvement d'une population, mais seulement accessoirement à son évacuation, à l'effet de la protéger matériellement du danger et de faciliter les opérations de secours. En aucun cas, souligne-t-il, il ne s'agit là d'un pouvoir susceptible d'être mis en œuvre en cas de circonstances dangereuses dans l'absolu.

⁸⁶ Arrêts A.G. n° 248.819 du 30 octobre 2020.

⁸⁷ Arrêt n° 248.918 du 13 novembre 2020. Cette décision rejette également un moyen tiré du défaut de consultation de la section de législation avant l'adoption de l'arrêté ministériel attaqué en considérant que le non-respect de l'accomplissement de cette formalité était valablement motivé (dans le même sens, arrêt A.G., n° 248.819).

⁸⁸ Toujours dans le même sens, voy. aussi l'arrêt n° 249.723 du 4 février 2021 qui rejette une demande de suspension d'extrême urgence dirigée contre l'arrêté ministériel du 12 janvier 2021 prolongeant, jusqu'au 1er mars 2021, la mesure de fermeture du secteur Horeca. Entre autres considérations, le juge administratif confirme à nouveau la jurisprudence initiée par les arrêts d'assemblée du 30 octobre 2020, tant en ce qui concerne la compétence de l'auteur de l'acte que s'agissant du défaut de consultation de la section de législation du Conseil d'Etat. » *Addé* : arrêt n° 249.904 du 24 février 2021 pour le secteur des casinos, des salles de jeux automatiques et des bureaux de paris.

⁸⁹ Il s'agit de décisions intervenues au cours de la période examinée, soit entre les 8 avril et 10 décembre 2020. Les juges judiciaires seront encore sollicités à de multiples reprises ultérieurement (voy. à ce sujet mon étude sur les « Avatars juridiques d'une crise sanitaire », *A.P.T.*, 2021/2, p. 164 et s., [ainsi que la mise à jour arrêtée au 28 mai 2022](#)).

Sur le fondement de l'article 159 de la Constitution, le tribunal écarte donc l'application de l'arrêté ministériel du 23 mars 2020, à défaut pour celui-ci de pouvoir prendre valablement appui sur l'article 182 de la loi du 15 mai 2007. En conséquence de quoi, il déclare l'action publique irrecevable⁹⁰.

Quant aux restaurateurs et autres tenanciers de débits de boissons, ils ne se sont pas seulement tournés vers le Conseil d'Etat pour contester les mesures de fermeture dont leurs établissements ont fait l'objet. Le 21 octobre 2020, certains d'entre eux se sont également adressés au président du tribunal de 1^{ère} instance de Liège siégeant en référé pour qu'il fasse interdiction à l'Etat de les empêcher d'ouvrir dans l'attente d'un arrêt du Conseil d'Etat que d'aucuns avaient saisi par ailleurs. Pour justifier leurs prétentions, ils excipent de l'illégalité de l'arrêté ministériel du 18 octobre 2020 qui leur causerait un dommage au sens l'article 1382 du Code civil. Au gré des motifs de son ordonnance, le tribunal prend acte de l'arrêt du 29 octobre 2020, par lequel le Conseil d'Etat a finalement rejeté pour défaut d'extrême urgence le recours introduit par certains des demandeurs⁹¹ et se rallie ensuite à la position prise par la haute juridiction administrative dans son arrêt d'assemblée n° 248.818 du 30 octobre 2020 en considérant que « l'Etat belge soutient avec une vraisemblance suffisante, au stade des apparences de droit, que (les lois des 31 décembre 1963, 5 août 1992 et 15 mai 2007) fondent à suffisance la compétence du ministre de l'Intérieur pour adopter les arrêtés ministériels critiqués ». Si, précise-t-il, diverses voix se sont élevées pour soutenir que l'article 182 de la loi du 15 mai 2007 ne permettrait pas au ministre d'interdire à quiconque de rentrer dans un café ou un restaurant, ou encore aux propriétaires de tels établissements, de les ouvrir, « cette épineuse question dépasse, au stade des référés, l'examen des droits apparents »⁹².

Le 25 mai 2020, 195 citoyens s'adressent au juge judiciaire pour contester la légalité et l'opportunité des mesures de confinement et assimilées, imposées par l'autorité publique afin d'endiguer la propagation du virus. C'est ainsi que la cour d'appel de Bruxelles, siégeant en référé, sera amenée à se prononcer sur l'appel introduit par les prénommés contre l'ordonnance de rejet prise le 3 juillet 2020 par le président du tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles siégeant en référé. Selon ce dernier, la demande était irrecevable au motif que son objet direct et véritable ne portait pas sur la reconnaissance d'un droit subjectif, mais bien sur la légalité de l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 et de ses modifications ce qui, à ses yeux, relevait de la compétence du Conseil d'Etat. Au rebours du premier juge, la cour d'appel considère que la contestation porte bien sur des droits subjectifs et, statuant

⁹⁰ Pol. Hainaut, 21 septembre 2020, *JLMB*, 2020, pp. 1692 et s. Ce jugement a été réformé en degré d'appel par le tribunal correctionnel du Hainaut, division de Charleroi, le 9 février 2021 (inédit). Selon le tribunal, la ministre n'a pas excédé les pouvoirs que lui confère l'article 182 de la loi du 15 mai 2007.

⁹¹ Arrêt n° 248.798 du 29 octobre 2020, précité.

⁹² Civ. Liège, 10 novembre 2020 (inédit)

sur les apparences de droit, évoque à son tour les dispositions pertinentes des lois de 1963, 1992 et 2007 pour considérer qu'en tout cas au début de la crise, elles étaient à première vue de nature à justifier valablement les mesures critiquées. Tout en soulignant que ces dispositions législatives n'ont pas été imaginées pour restreindre les libertés sur une longue période, la cour considère cependant que l'adoption d'un nouveau cadre légal n'est pas de son ressort et que, s'il appartient certes au juge des référés de vérifier si l'autorité n'est pas sortie des limites de son pouvoir d'appréciation, il ne lui revient pas d'identifier les mesures qu'elle devrait prendre ou celles qu'elle devrait revoir pour assurer la protection de la population. En conséquence de quoi, les 195 citoyens sont déboutés de leur appel⁹³.

3.3.4. Force est de le constater, entre le jugement du tribunal de police du Hainaut, d'une part, les arrêts d'assemblée du Conseil d'Etat et l'ordonnance du tribunal de 1^{ère} instance de Liège, d'autre part, les points de vue ne s'accordent pas. Quant à la cour d'appel de Bruxelles, si elle porte un jugement assurément nuancé, elle se garde malgré tout de mettre en péril les mesures prises par le ministre de l'Intérieur.

« Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination », s'exclame Jean Giraudoux dans « La guerre de Troie n'aura pas lieu » ... Il est renvoyé **aux points 6 et 11** pour le surplus.

3.4. Depuis le début de la crise sanitaire, tous les recours dirigés contre les décisions ministérielles visant à endiguer la propagation de la Covid-19 ont été rejetés par le Conseil d'Etat. Fait figure d'exception, l'arrêt n° 249.177 du 8 décembre 2020.

Est cette fois en cause, l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19, modifié par les arrêtés ministériels des 1^{er} et 28 novembre 2020, mais uniquement en ce que ces textes n'autorisent l'exercice collectif du culte que dans trois cas strictement limités.

Les requérants faisaient précisément grief à ces mesures de n'accepter comme célébrations que les mariages en présence des seuls conjoints et de leurs témoins, les enterrements à concurrence de 15 personnes et les cultes enregistrés en vue d'une diffusion, où 10 personnes maximum pouvaient être présentes. Le Conseil d'Etat, qui reconnaît par ailleurs l'extrême urgence à statuer, censure la décision attaquée au motif principal qu'elle n'a même pas prévu que l'exercice collectif du culte puisse avoir lieu dans certains cas, à titre exceptionnel et sous conditions. Selon l'arrêt, elle porte ainsi atteinte au principe de proportionnalité, alors spécialement qu'il n'est nullement établi que de tels aménagements entraîneraient une augmentation du risque d'infection.

⁹³ Bruxelles, 28 octobre 2020 (inédit).

Cet arrêt ne se singularise pas seulement par cela qu'il tranche avec tous les arrêts de rejet prononcés jusqu'à ce jour au contentieux des « mesures de confinement et assimilées » et qu'à ce titre il demeure jusqu'ici isolé. Il innove aussi par son dispositif et se distingue encore par les suites qui lui seront réservées. Ces aspects seront examinés ci-après, sous les points 8 et 10⁹⁴.

4. Le contrôle juridictionnel a-t-il été modifié pour tenir compte de la situation de crise ? Quels éléments ont été ajustés ? L'intensité du contrôle a-t-elle été affectée ? Un contrôle spécifique à la situation de crise sanitaire a-t-il été créé ? Le contrôle juridictionnel a-t-il varié en fonction de l'évolution de l'intensité de la crise (confinement et hors confinement) ?

Le contrôle juridictionnel a subi la crise, à la mesure de ceux qui ont la charge de l'exercer. Ni plus, ni moins.

Des dispositions ont été prises d'entrée de jeu, tant sur le plan procédural que sous l'angle de l'organisation interne. Elles ont déjà été examinées. Il s'est agi, d'une part, de parer au plus pressé et, d'autre part, de rétablir au plus vite une situation qui soit la plus proche possible de la « vie normale ». La pandémie n'a pas encore dit son dernier mot et l'heure du retour à « la vie d'avant » est loin d'avoir sonné.

Si les couloirs de l'institution, déserts dans un premier temps, demeurent aujourd'hui encore relativement peu fréquentés, le traitement de tous les dossiers, sans distinction, a repris progressivement son cours à partir du mois de juillet. Il s'effectue toutefois, pour l'essentiel, toujours à distance, si ce n'est les audiences, avec les précautions désormais d'usage⁹⁵.

En dépit du contexte, l'intensité du contrôle juridictionnel opéré semble être demeuré intact. Ce qui vaut pour le contentieux en général, vaut aussi pour le contentieux généré par la crise sanitaire, qu'il s'agisse du cortège des mesures qui ont fait, défait ou refait le confinement, de celles qui ont tenté d'en atténuer les effets sur le plan

⁹⁴ Pour une seconde décision favorable aux requérants, voy. l'arrêt n° 249.685 du 2 février 2021 qui suspend l'exécution de l'interdiction ministérielle faite aux exploitants des villages de vacances, des parcs de bungalows et des campings d'ouvrir leurs installations avant le 1^{er} mars. Le Conseil d'Etat reconnaît l'urgence à statuer en raison de la précarité de la situation financière des requérants (liée à la durée de la crise) et retient une rupture d'égalité dépourvue de justification adéquate entre ces installations et toutes les autres formes d'hébergement (hôtels, maisons et appartements de vacances non collectifs) qui peuvent rester ouvertes. Dans cette espèce, l'autorité fédérale s'est inclinée sans réserve, si bien que l'exploitation de ces établissements a pu reprendre dès le 8 février 2021 (cfr. arrêté ministériel du 6 février 2021, art. 2 et 7).

⁹⁵ Ce qui est vrai au « Palais du marquis d'Assche », siège du Conseil d'Etat, ne l'est pas pour autant au Palais de Justice de Bruxelles où le travail s'accomplit toujours essentiellement « en présentiel ».

économique, social et culturel, ou encore des règles touchant plus directement à la dispensation des soins.

La jurisprudence née de la crise sanitaire elle-même a ses propres codes. L'on sait que, jusqu'ici en tout cas, les requérants n'ont guère eu ses faveurs. Elle ne s'est pas non plus montrée sensible aux variations de l'intensité de circulation du virus.⁹⁶

5. Quel contrôle a été exercé sur les mesures de sortie de crise et/ou d'assouplissement des dispositifs mis en place ?

5.1. Comme dit ci-avant, les flux et reflux de la pandémie n'ont guère eu d'influence sur le sens des décisions prononcées par les juges, qu'il s'agisse du juge judiciaire ou du Conseil d'Etat. Les tendances observées entre les mois d'avril et décembre 2020 se sont d'ailleurs confirmées par la suite, comme nous le verrons ci-après.

5.2. Tout au plus observe-t-on que la justice s'est montrée parfois sensible aux ruptures d'égalité, souvent apparues dans un contexte de déconfinement progressif. Nous y avons déjà fait mention, le Conseil d'Etat a ainsi censuré l'obligation faite, aux exploitants des villages de vacances, obligés de garder portes closes et par là discriminés au regard des hôteliers, autorisés à laisser grandes ouvertes les leurs⁹⁷. Dans le même sens, le président du tribunal de première instance de Liège n'a pas, lui non plus, aperçu la raison pour laquelle les notaires étaient autorisés à faire visiter des immeubles mis en vente, alors que les agents immobiliers ne le pouvaient pas⁹⁸. De même, la juge des référés du tribunal de 1^{ère} instance francophone de Bruxelles a-t-elle censuré la discrimination dont les restaurateurs faisaient l'objet, en comparaison avec les exploitants de cantines scolaires et autres, autorisés quant à eux à travailler⁹⁹

Ce n'est pas à dire que toute différence de traitement est *ipso facto* censurée par le juge, comme en témoigne cet arrêt du Conseil d'Etat, d'après lequel la réouverture des bureaux de paris serait de nature à entraîner une résurgence du virus dès lors que leur exploitation viendrait ainsi à être exercée simultanément à celle d'autres professions, comme celles des libraires par exemple¹⁰⁰.

5.3. En marge de la question posée, ajoutons encore que l'arrivée attendue d'éclaircies dans l'évolution de la situation épidémiologique a toutefois incité certains

⁹⁶ Au rebours de la France, selon les constatations relevées par une membre du Conseil d'Etat de Belgique en stage au Palais-Royal en octobre 2020.

http://www.aca-europe.eu/images/media_kit/exchanges/2020/

⁹⁷ Arrêt n° 249.685 du 2 février 2021. Voy. *supra* point 3. 4, note de bas de page n° 94.

⁹⁸ Civ. Liège (référé), 8 février 2021 (inédit).

⁹⁹ Civ. fr. Bruxelles (référé), 30 avril 2021 (inédit). Cette ordonnance sera toutefois réformée par la cour d'appel de Bruxelles le 7 juin 2021 (inédit).

¹⁰⁰ Arrêt n° 249.904 du 24 février 2021.

magistrats à prendre appui sur cette circonstance de fait pour, entre autres considérations, juger qu'il n'y avait somme toute pas (ou plus) matière à faire droit aux prétentions des justiciables. Ou à l'inverse...

Ainsi, saisie de la question de l'atteinte portée aux droits fondamentaux par les mesures de confinement et assimilées, la cour d'appel de Bruxelles, siégeant en référé, déboute les appelants à défaut d'urgence, notamment en raison de l'embellie sanitaire qui se dessine et des assouplissements dont celle-ci est assortie¹⁰¹.

Le 10 février 2022, c'est le Conseil d'Etat qui, dans son arrêt n° 252.960, déboute l'exploitant d'une boîte de nuit, de sa demande de suspension d'extrême urgence introduite contre l'arrêté royal du 27 janvier 2022 qui maintient la fermeture des discothèques et dancings, notamment parce que « la baisse actuelle des hospitalisations autorise à espérer une réouverture avant la date prévue, étant le 27 avril 2022 »¹⁰².

Changement de perspective ! Contenue dans un décret de la Région wallonne du 21 octobre 2021 et prolongée par un décret du 15 janvier 2022, l'obligation de subordonner l'accès à certains endroits (cafés et restaurants, salles de spectacles et théâtres, salles de sport, maisons de repos...) à la présentation du Covid Safe ticket, est censurée le 1^{er} mars 2022 par le président du tribunal de première instance de Namur, siégeant en référé. Ce dernier « invite » (sic) en effet la Région wallonne à y mettre fin parce que l'évolution de la pandémie ne permet plus de « considérer la nécessité impérieuse de maintenir tel quel un régime attentatoire aux libertés et droits fondamentaux »¹⁰³. La voie indiquée par le magistrat namurois sera suivie par l'ensemble des pouvoirs publics quelques jours plus tard, sans que l'on puisse y voir une relation de cause à effet¹⁰⁴.

6. Dans le contentieux de l'urgence, comment a évolué le contrôle juridictionnel ?

6.1. L'on sait qu'entre les mois de mars et décembre 2020, le Conseil d'Etat s'est majoritairement retranché derrière le défaut d'urgence à statuer pour rejeter les recours introduits devant lui en suspension de l'exécution des mesures de police administrative destinés à combattre la pandémie. Cette tendance jurisprudentielle n'a eu de cesse de se confirmer par la suite, qu'il s'agisse de recours dirigés contre des mesures prises sur la base des lois relatives à la protection civile (1963), à la fonction

¹⁰¹ Arrêt du 12 mai 2021. Il est vrai que la cour ne suit pas non plus les appelants sur le terrain de la violation alléguée de leurs droits

¹⁰² Finalement, la réouverture des discothèques et des dancings interviendra dès le 18 février 2022 (cfr. A.R. du 17 février 2022).

¹⁰³ Civ. Namur (référés), 1^{er} mars 2022 (inédit).

¹⁰⁴ Voy. *supra*, I, 11°, 4.

de police (1992) et à la sécurité civile (2007), ou contre des mesures fondées sur la loi « pandémie », à partir du 28 octobre 2021.

Les mesures ainsi contestées devant le Conseil d'Etat - et dont celui-ci n'a pas examiné l'apparence de légalité fautive, pour les requérants, de justifier valablement de l'urgence dont ils se prévalaient pour le saisir - avaient pour objet l'interdiction de voyages non essentiels¹⁰⁵, la fermeture des parcs d'attraction et des centres de bien-être¹⁰⁶, des bureaux de paris¹⁰⁷, des établissements de jeux de hasard¹⁰⁸, des discothèques et des dancings¹⁰⁹, ainsi que l'obligation de porter un masque dans les écoles dès l'âge de 6 ans¹¹⁰.

Même si ceci est moins fréquent, il advient que le juge judiciaire se prévale lui-aussi de l'absence d'urgence pour débouter les justiciables de leur action. Tel est le sens de deux ordonnances prononcées le 31 mars 2021 par la juge des référés du tribunal de 1^{ère} instance francophone de Bruxelles à l'encontre de personnes qui contestaient l'interdiction qui leur était faite de se rendre à l'étranger¹¹¹. La juge des référés du tribunal de 1^{ère} instance de Namur réservera, le 15 février 2022, un sort similaire à la demande de nombreux parents dirigée contre l'obligation du port du masque à l'école dès l'âge de 6 ans¹¹². Dans cette affaire, la juge ajoute toutefois que « les mesures poursuivent un objectif précis et légitime et ne sont pas disproportionnées à l'objectif poursuivi » et « qu'elles apparaissent de nature à concilier le droit à la santé avec le droit à l'instruction, et l'intérêt général avec l'intérêt supérieur de l'enfant »¹¹³.

6.2. Quant à elle, la légalité du fondement des arrêtés ministériels portant les mesures de (dé)confinement a continué à diviser la communauté des juristes, même si la Cour de cassation a largement calmé le jeu. Et si la loi « pandémie » a désormais pris le pas sur le triptyque législatif composé des lois de 1963, 1992 et 2007¹¹⁴, la question de la légalité des arrêtés ministériels adoptés sur la base de ces lois n'est certainement pas épuisée, que l'on songe notamment à d'éventuelles actions en réparation¹¹⁵ ou encore aux questions préjudicielles posées à ce sujet à la Cour constitutionnelle et aujourd'hui toujours pendantes devant elle¹¹⁶.

¹⁰⁵ Arrêts n°s 249.913 du 25 février 2021, 249.948 du 2 mars 2021 et 250.236 du 26 mars 2021.

¹⁰⁶ Arrêts n°s 249.918 et 249.918 du 25 février 2021.

¹⁰⁷ Arrêt n° 252.599 du 12 janvier 2022.

¹⁰⁸ Arrêts n°s 252.600 du 12 janvier 2022 et 252.632 du 13 janvier 2022.

¹⁰⁹ Arrêt n° 252.960 du 10 février 2022, précité.

¹¹⁰ Arrêts n°s 252.584 du 7 janvier 2022, 252.623 et 252.624 du 13 janvier 2022.

¹¹¹ Civ. fr. Bruxelles (référé), 31 mars 2021 (inédit).

¹¹² Civ. Namur (référé), 15 février 2022 (inédit)

¹¹³ Selon qu'elles ont été prononcées en 2021 ou en 2022, les décisions ci-avant recensées l'ont été à propos de mesures prises sur le fondement des lois de 1963, 1992 et 2007 ou sur la base de la loi « pandémie », activée à partir du 28 octobre 2021.

¹¹⁴ Les articles pertinents sont reproduits *supra*, point 3.3.1.

¹¹⁵ Voy. à ce sujet *infra*, point 12.

¹¹⁶ Voy. *infra*, n° 6°), 2, note de bas de page 168.

Si, pour sa part, le Conseil d'Etat a bien confirmé, les 4 et 24 février 2021, sa position dégagée en assemblée générale le 30 octobre 2020¹¹⁷, les juges judiciaires demeurent partagés sur le point de savoir si les arrêtés adoptés par le/la ministre fédérale(e) de l'Intérieur pour éradiquer la propagation du virus trouvent bien un fondement juridique suffisant dans les lois des 31 décembre 1963 sur la protection civile, 5 août 1992 sur la fonction de police et 15 mai 2007 sur la sécurité civile.

C'est surtout au niveau des juridictions de première instance que l'on trouve des décisions qui mettent en cause la compétence du ministre de l'Intérieur pour adopter, sur la base des textes précités, les diverses mesures de confinement et assimilées¹¹⁸. De son côté, la cour d'appel de Gand décide, pour sa part, qu'en interdisant les rassemblements de personnes, la ministre a bien agi dans les limites des compétences que la loi du 15 mai 2007 lui attribue¹¹⁹.

Une ordonnance du 31 mars 2021, prononcée en référé par le tribunal de 1^{ère} instance francophone de Bruxelles, fera plus particulièrement parler d'elle. Après avoir considéré, à la suite d'autres juges, que « la loi du 15 mai 2007 vise des situations bien spécifiques qui ne recouvrent pas la situation de gestion d'une pandémie », la juge saisie de cette affaire précise, au détour de ses motifs, que « c'est au pouvoir législatif d'intervenir pour décider des limites à apporter aux libertés fondamentales »¹²⁰. La cour d'appel de Bruxelles réforme cette décision le 7 juin 2021 : elle considère notamment qu'il n'est pas démontré que les mesures ministérielles litigieuses sont manifestement dépourvues de fondement légal et ajoute qu'il ne lui appartient pas de refuser d'appliquer les dispositions légales qui servent, *prima facie*, de fondement légal à ces mesures¹²¹. Ce faisant, la cour s'aligne sur la jurisprudence dégagée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 30 octobre 2020¹²².

De son côté, la Cour de cassation a eu l'occasion de prendre position sur les appréciations divergentes que les juridictions d'instance ont portées sur le fondement juridique des mesures de confinement, de déconfinement et de reconfinement que les deux ministres de l'Intérieur successifs ont cru, devoir prendre à l'effet de défier les flux et les reflux de la pandémie. A ainsi été déféré à son contrôle, un jugement par lequel le tribunal correctionnel de Flandre occidentale décide, le 7 juillet 2021, que les interdictions de se rassembler et de se trouver sur la voie publique sans raison valable, telles qu'arrêtées par le ministre de l'Intérieur, ne trouvent en aucune manière appui dans les compétences à lui attribuées dans l'article 182 de la loi du 15

¹¹⁷ Voy. *supra*, point 3.3.2., note de bas de page n° 88.

¹¹⁸ Par exemple, une décision du juge de la jeunesse de Bruxelles du 26 février 2021 au sujet d'une interdiction de circuler et de se rassembler (inédit).

¹¹⁹ Gand, 24 février 2021 (inédit). Dans le même sens : Mons, 2 février 2021 (inédit).

¹²⁰ Civ. fr. Bruxelles (référés) du 31 mars 2021 (inédit). Voy. aussi civ. fr. Bruxelles (référés) du 30 avril 2021 (inédit).

¹²¹ Bruxelles, 7 juin 2020 (inédit).

¹²² Arrêt n° 248.818, précité.

mai 2007 relative à la sécurité civile, dès lors que la pandémie de SARS-CoV-2 n'entre pas dans le champ d'application de cette loi. Telle n'a toutefois pas été la position de la Cour de cassation qui, le 28 septembre 2021, casse le jugement entrepris : selon elle, en effet, la pandémie de Covid 19 peut être rangée parmi les « circonstances dangereuses » visées à l'article 182 de la loi du 15 mai 2007 et les interdictions de se rassembler et de se déplacer inscrites dans les articles 5 et 8 de l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 peuvent s'autoriser de la même disposition législative. Cette jurisprudence, confirmée par la même Cour le 10 novembre suivant, n'empêchera pas d'aucun de faire acte de résistance¹²³.

C'est ainsi qu'amenée à se prononcer, le 17 mars 2022, sur le cas de restaurateurs qui, à plusieurs reprises entre les mois de juillet et d'octobre 2020, ont été verbalisés pour ne pas avoir respecté les heures de fermeture imposée, la juge de police de Nivelles, décide que « considérer que la fermeture de l'Horeca à certaines heures constitue une mesure d'interdiction de déplacement au sens de l'article 182 de la loi du 15 mai 2007 revient à donner à ce concept un sens que le législateur n'a pas voulu lui donner »¹²⁴. Spécialement depuis les arrêts prononcés par la Cour de cassation, cette prise de position, qui a certes eu son heure de gloire, ne semble cependant plus faire recette.

Pour s'en convaincre, il sied d'avoir égard à ce jugement prononcé à la fin du mois de mars 2022 par le juge de paix de Wetteren¹²⁵. Au résident de cette cité flamandaise qui postulait l'octroi d'un euro à charge de l'Etat à titre de dommage moral sur la base des articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil, le magistrat oppose notamment la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat qui, on le sait, considèrent que le champ d'application de la loi du 15 septembre 2007 relative à la sécurité civile s'étend à la pandémie et que les mesures de police visant à la combattre y trouvent un fondement suffisant. Il en déduit que le couvre-feu contesté satisfait bien au principe de légalité¹²⁶.

6.3. On épinglera encore ici l'arrêt prononcé par le Conseil d'Etat le 28 décembre 2021, qui, sous le bénéfice de l'extrême urgence, suspend l'exécution de la fermeture des espaces intérieurs relevant des établissements culturels, imposée par un arrêté royal du 23 décembre 2021 fondé sur la loi « pandémie ». Selon le juge

¹²³ Sur la jurisprudence de la Cour de cassation, voy. « Fin de partie ? », *op.cit.*, p. 798 et s.

¹²⁴ Pol. Brabant wallon, division Nivelles, du 17 mars 2022 (inédit).

¹²⁵ J.P. Wetteren, 31 mars 2022 (inédit).

¹²⁶ Au détour des motifs de sa décision, le juge de paix de Wetteren s'appuie sur une recension de jurisprudence établie par une juge au tribunal de police de Leuven, qui avalise la légalité des poursuites intentées à l'encontre de contrevenants aux « mesures corona ». Si cette magistrate ne prétend nullement à l'exhaustivité et s'il est vrai que la jurisprudence dont elle fait état est essentiellement néerlandophone, son « son de cloche » offre le mérite de montrer que, dans leur grande majorité, les juges « de première ligne » n'ont pas remis en cause la légalité des arrêtés ministériels « pandémie » fondés sur les lois de 1963, 1992 et 2007. (Voy. Cindy VAN DIJCK : « Voorlopige analyse van de rechtspraak inzake Coronamaatregelen », *T. Pol._J.J. Pol.* 2021/3, p.111 à 120). *Adde* : « Entre alpha et Omega, équipée au pays des juges et de la loi », *op.cit.*, (à paraître).

administratif, l'interdiction contestée n'est « pas objectivement et raisonnablement justifiée dans son principe et dans son ampleur ». Il souligne que la mesure ne satisfait pas au principe général de droit de la proportionnalité, sachant par ailleurs qu'elle « n'était pas directement préconisée par les experts ».

L'on sait que, depuis le début de la pandémie, le nombre d'arrêts ayant censuré des mesures de police administrative adoptées par l'autorité fédérale en vue de combattre la propagation du virus se comptent sur les doigts d'une main, alors pourtant que le nombre de recours dirigés contre ces arrêtés de police n'ont pas manqué¹²⁷.

6.4. La question du « Covid Safe Ticket » a, elle-aussi désormais, donné lieu à quelques passes d'armes devant les prétoires.

L'on a vu que, pour avoir été partagée entre l'Etat et certaines entités fédérées, la mise en œuvre du CST a fait l'objet de nombreux textes¹²⁸. Le caractère essentiellement législatif de ces derniers n'a pas empêché le juge judiciaire d'être saisi de plusieurs d'entre eux. La Cour constitutionnelle l'a été également. Illustrons ces propos.

Le 30 novembre 2021, la juge des référés du tribunal de 1^{ère} instance de Namur enjoint la Région wallonne à mettre un terme à la situation d'illégalité apparente née de l'obligation, contenue dans un décret du 21 octobre 2021, de subordonner l'accès à certains endroits (cafés et restaurants, salles de spectacles et théâtres, salles de sport, maisons de repos...) à la présentation du CST. Entre autres considérations, la juge estime en substance, que l'usage du CST requis par le décret ne paraît pas satisfaire au principe de proportionnalité par cela que l'autorité est demeurée en défaut d'établir que l'objectif de santé publique était effectivement de nature à justifier l'atteinte ainsi portée aux droits fondamentaux¹²⁹.

Cette ordonnance a toutefois été réformée par la cour d'appel de Liège le 7 janvier 2022, toujours en référé¹³⁰. Selon celle-ci, le CST est certes « un délicat précédent contraire, d'une part, aux libertés telles que consacrées par les normes internationales ou notre Constitution et, d'autre part, à une philosophie de non-contrôle social ». Mais il reste, poursuit-elle « que *prima facie* la distinction opérée par le CST est objective, nécessaire et proportionnée vis-à-vis des objectifs poursuivis par la Région wallonne, et ce au moment où la cour statue, soit à un

¹²⁷ L'arrêt n° 252.564 s'ajoute aux arrêts n° 249.177 du 8 décembre 2020 (exercice collectif du culte) et n° 249.685 du 2 février 2021 (exploitation des villages de vacances, des parcs de bungalow et des campings). Voy. *supra*, points 3.4. et 5.2.

¹²⁸ Voy. *supra*, I, 11°), 3.

¹²⁹ Pour un commentaire circonstancié de cette décision, voy. D. RENDERS : « Condamnation provisoire du Covid Save Ticket wallon par le juge des référés de Namur », <https://www.justice-en-ligne.be/Condamnation-provisoire-du-Covid>

¹³⁰ J.L.M.B., 2022/5, pp. 216 et s.

moment où le niveau de l'épidémie pour l'ensemble du pays est fixé à son plus haut niveau »¹³¹.

Appelée elle-aussi à se prononcer sur le CST, cette fois bruxellois, la juge des référés du tribunal de 1^{ère} instance francophone de Bruxelles n'a pas, quant à elle, suivi le même chemin que sa consœur namuroise, pas plus d'ailleurs que celui de la cour d'appel de Liège. Dans son ordonnance du 23 décembre 2021, elle laisse en effet à la Cour constitutionnelle le soin de se pencher en premier lieu sur 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 particulière¹³². Le Tribunal s'était bien reconnu compétent pour, vu l'urgence et au provisoire, connaître du litige au motif que les demanderesse postulent la réparation d'un dommage consécutif à l'action fautive, entre autres, du législateur communautaire bruxellois. Il entendait cependant différer l'examen de l'affaire dans l'attente de l'intervention de la Cour constitutionnelle, elle-même saisie par un ailleurs de plusieurs recours en suspension et en annulation contre plusieurs actes législatifs relatifs à l'utilisation du CST¹³³.

Précisément, la Cour constitutionnelle examine pour la première fois la question du CST le 20 janvier 2022¹³⁴. Elle avait alors à connaître de deux recours en suspension et en annulation dirigés, entre autres, contre le décret flamand du 29 octobre 2021 relatif au COVID Safe Ticket. La Cour statue ici au contentieux de la suspension. Les magistrats de la Place Royale s'attachent exclusivement à expliquer en quoi les parties requérantes restent en défaut de « démontrer que l'application immédiate des dispositions attaquées risque de leur causer un préjudice grave et difficilement réparable ». Sur cette base, la Cour rejette les deux demandes de suspension¹³⁵. Elle ne souffle donc mot, à ce stade, des multiples atteintes aux règles de droit dont les parties requérantes invoquent la violation, au nombre desquels figurent celles qui protègent les droits et libertés.

Initialement instauré par un décret du 21 octobre 2021, le « ticket wallon » voit son utilisation prolongée par un nouveau décret du 15 janvier 2022. L'on sait déjà que, le 1^{er} mars 2022, le président du tribunal de 1^{ère} instance de Namur avait « invité » le législateur wallon à mettre fin à ce régime en raison de l'évolution favorable de la situation épidémiologique¹³⁶. Ajoutons à présent, qu'au rebours de l'ordonnance rendue par la juge des référés de Bruxelles le 23 décembre 2021¹³⁷, le juge

¹³¹ Pour aller plus loin, voy. ici encore D. RENDERS : « Le Covid Safe Ticket wallon respire, mais n'est pas sorti de l'auberge ! » <https://www.justice-en-ligne.be/Le-Covid-Safe-Ticket-wallon>

¹³² Civ. fr. Bruxelles (référé), 23 décembre 2021 (inédit),

¹³³ Les décrets des entités fédérées, appelés ordonnances en Région bruxelloise, ont valeur législative.

¹³⁴ Arrêt n° 10/2022. *Adde* : arrêt n° 71/2022 du 19 mai 2022.

¹³⁵ Dans le même sens, arrêts n°s 21 /2022 du 3 février 2022 et 38/2022 du 10 mars 2022.

¹³⁶ Voy. *supra*, point 5.3.

¹³⁷ Voy. ci-avant.

namurois, n'a pas estimé devoir surseoir à statuer dans l'attente d'une prise de position de la Cour constitutionnelle par ailleurs saisie, on le sait, à de nombreuses reprises de recours en annulation des textes imposant l'usage du CST¹³⁸. Relevons encore que, même si l'auteur de l'ordonnance du 1^{er} mars indique bien que, s'agissant d'apprécier le caractère urgent d'une demande, il n'est pas tenu par une appréciation distincte posée par la Cour constitutionnelle, il a retenu l'existence d'un risque de préjudice grave là où, dans des circonstances de fait similaires, celle-ci n'en a rien fait¹³⁹.

7. Le juge national a-t-il dû adapter son office pour répondre à une situation de crise telle que celle du Covid-19 ? Dans quelle mesure ?

Une chape de plomb s'est abattue sur la planète entière. Nul n'en sort indemne même si, soyons de bon compte, certains sont bien plus exposés que d'autres.

Outre ce qui a été déjà observé plus haut, la réduction drastique des rapports sociaux a, à tout moins de manière larvée, une influence sur l'office du juge. C'est là un lieu commun. Si, dans toute la mesure du possible, le juge s'est efforcé de maintenir son office en l'état, il demeure que le télétravail qui est la règle depuis le début de la pandémie et qui le reste encore largement, n'est guère propice au bon fonctionnement de sa mission, pas plus que les désormais classiques « gestes barrières ». Axe central de la fonction de juger, la collégialité elle-même souffrirait de cet éloignement forcé, si les membres du Conseil d'Etat ne déployaient pas des trésors d'ingéniosité pour la préserver.

Ici comme ailleurs, le juge s'emploie à faire « comme si ». Quoique difficilement quantifiable, l'impact de la pandémie sur l'exercice de la fonction de juger n'est certainement pas négligeable.

8. Quels pouvoirs juridictionnels ont-ils été mobilisés ? Des injonctions ont-elles été prononcées ? Dans quelle proportion ?

Depuis la réforme du 20 janvier 2014, le pouvoir d'enjoindre est rendu possible au contentieux de l'annulation : c'est l'article 36, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Au contentieux de l'urgence ou de l'extrême urgence, le pouvoir de suspendre l'exécution d'un acte est, depuis l'instauration du référé administratif en 1991, assorti de celui de prononcer des mesures provisoires « afin de sauvegarder les intérêts des parties ou des personnes qui ont intérêt à la solution de l'affaire ». A

¹³⁸ Pour le décret wallon du 21 octobre 2021, on note l'existence de trois recours en annulation (rôle n°s 7670, 7680 et 7749). Ces affaires sont pendantes devant la Cour.

¹³⁹ Voy. les arrêts n°s 10/2022, 21/2022 et 38/2022, précités.

la faveur de la réforme de 2014, le Conseil d'Etat peut désormais, aux termes de l'article 17, § 1^{er}, des lois coordonnées précitées, prendre de telles mesures, sans pour autant prononcer la suspension de l'exécution de la décision contestée. Il se conçoit même qu'une demande de mesures provisoires soit introduite sans être accompagnée d'une demande suspension.

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt n° 249.177 du 8 décembre 2020, précité, les requérants avaient bien sollicité la suspension de l'exécution des articles 15, 17 et 26 de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, mais ils avaient également postulé, entre autres demandes, qu'il soit fait injonction à la partie adverse d'adopter à bref délai une nouvelle réglementation qui soit respectueuse du rituel prescrit pour les cérémonies de mariage par la religion judaïque.

Par son arrêt du 8 décembre 2020, le juge administratif rejette la demande de suspension de l'exécution des articles 15, 17 et 26 de l'arrêté royal du 28 octobre 2020, ainsi que certaines des mesures provisoires souhaitées, mais il ordonne à l'Etat belge, représenté par son ministre de l'Intérieur, de remplacer, « au plus tard pour le 13 décembre 2020, l'article 15, §§ 3 et 4, et l'article 17 de l'arrêté royal précité par des mesures qui ne limitent pas l'exercice du culte de manière déraisonnable ».

Sauf erreur ou omission, pareille démarche dans le chef du Conseil d'Etat est demeurée jusqu'à ce jour inusitée et mérite bien, à ce titre, d'être soulignée¹⁴⁰.

9. Des mesures provisoires ont-elles été ordonnées par le juge ? Lesquelles ?

Si des injonctions ont bel et bien été prononcées, il ne paraît pas que des juges aient décidé de prendre des mesures provisoires « sensu stricto », ni d'ailleurs que de telles mesures aient été sollicitées.

Dans son ordonnance du 30 novembre 2021, la juge des référés de Namur, « condamne la Région wallonne à prendre toutes les mesures qu'elle estimera appropriées pour mettre un terme à cette situation d'illégalité apparente de l'usage du CST » et dans son ordonnance du 1^{er} mars 2022, le collègue de cette dernière « invite la Région wallonne à prendre toutes mesures qu'elle estimera appropriées pour réparer les effets de la situation dommageable, *prima facie*, résultant de l'application du Covid Safe Ticket sur territoire »¹⁴¹.

¹⁴⁰ Voy. aussi deux ordonnances rendues en référé par le tribunal de première instance francophone de Bruxelles, respectivement les 31 mars et 30 avril 2021, et mentionnées dans mon étude sur les « Avatars juridiques d'une crise sanitaire », *op. cit.*, pp. 194 et 197.

¹⁴¹ *Supra*, points 5.3 et 6.4.

Des formulations similaires se retrouvent dans les ordonnances bruxelloises des 31 mars et 30 avril 2020, citées ci-avant¹⁴². A chaque fois, le juge assortit sa décision d'une injonction à s'y conformer dans le délai qu'il détermine, à peine de devoir payer une astreinte par jour de retard au-delà de ce délai.

Il ne s'agit toutefois pas là de « mesures provisoires », sauf à assimiler les injonctions à celles-ci.

La même observation pourrait être faite au sujet de l'arrêt n° 249.177 du 8 décembre 2020 lequel, sauf erreur, est demeuré unique en son genre¹⁴³.

10. *Le juge national a-t-il été amené à adapter les effets de ses décisions à la situation de crise du Covid-19 ? Dans quelle mesure ? S'est-il particulièrement attaché à préciser les conséquences concrètes de ses décisions ?*

L'arrêt n° 249.177 du 8 décembre 2020 précise dans ses motifs que la nouvelle réglementation doit être fixée en concertation avec les représentants des cultes reconnus et de l'organisation de l'assistance morale non confessionnelle. Il prend également en compte, entre autres considérations, que dans la religion judaïque, une cérémonie de mariage doit se dérouler en présence de 10 personnes au moins, du genre masculin.

Après la concertation requise par le Conseil d'Etat, intervient un arrêté ministériel du 11 décembre 2020 modifiant l'arrêté du 28 octobre précédent, qui porte à 15 personnes maximum l'assistance aux mariages, aux enterrements et à l'exercice collectif du culte ou de l'assistance morale non confessionnelle. Grande cause, petits effets... si l'on ose inverser ainsi l'adage.

L'histoire ne s'arrête toutefois pas là. Trois nouveaux recours sont introduits en extrême urgence contre ces nouvelles mesures, cette fois par un certain nombre de ministres des cultes et par quelques croyants de différentes religions.

L'assemblée générale du Conseil d'Etat rejette ces requêtes¹⁴⁴, en jugeant, entre autres considérations, que la liberté de culte n'est pas absolue et doit pouvoir se concilier avec d'autres impératifs comme celui de la protection de la santé.

¹⁴² Voy. *supra*, point 6.2.

¹⁴³ Ci-dessus, point 8 et ci-dessous, point 9.

¹⁴⁴ Arrêts n°s 249.313 à 249.315 du 22 décembre 2020. Ces arrêts ne sont pas comptabilisés parmi les 70 arrêts visés au point 4°.1.1., lesquels, pour rappel, ont été prononcés entre les 8 avril et 10 décembre 2020.

Aux termes de développements circonstanciés, le Conseil d'Etat estime que la limitation du nombre de participants à l'exercice du culte apparaît nécessaire et proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis par l'arrêté critiqué, à savoir ralentir la transmission du coronavirus et éviter un effondrement du système de santé. Au passage et en réponse aux requérants qui invoquaient à leur profit le bénéfice de l'arrêt du Conseil d'Etat de France du 29 novembre 2020, son homologue belge indique, dans l'un de ses trois arrêts, « qu'au vu des différences entre les réglementations nationales applicables notamment quant au contrôle juridictionnel exercé et des politiques respectives mises en place par les États pour lutter contre la pandémie, le raisonnement opéré par le Conseil d'Etat de France n'est pas transposable dans la présente cause »¹⁴⁵.

Finalement et en résumé, les trois arrêts sous revue décident que les dispositions réglementaires contestées ne sont contraires ni à la liberté de religion, ni au principe d'égalité, ni au principe de proportionnalité.

Une porte a été entrouverte, la communauté juive a, en partie seulement, obtenu ce qu'elle désirait, d'autres ont ensuite voulu se glisser dans l'interstice, mais la porte s'est refermée. Espoirs déçus, la montagne aurait-elle accouché d'une souris ? En tout cas, l'exercice collectif du culte est sacrifié sur l'autel de la salubrité publique¹⁴⁶.

11. A-t-il communiqué sur le sens et la portée de ses décisions ? Plus ou moins qu'à l'accoutumée ?

La réelle frustration ressentie par le justiciable devant l'accueil glacial réservé par la section du contentieux du Conseil d'Etat aux nombreux recours contre les mesures de confinement prises depuis le début de la pandémie atteint son paroxysme avec les arrêts d'assemblée n°s 248.818 et 248.819 du 30 octobre 2020, déjà examinés¹⁴⁷ et relatifs, pour rappel, au secteur Horeca et au couvre-feu. Ce n'est qu'alors seulement, il est vrai, que le juge administratif aborde frontalement la question de la légalité des arrêtés adoptés par le/la ministre de l'Intérieur, sous l'angle de la compétence de l'auteur de l'acte. Pour autant il ne fera pas montre de plus mansuétude à l'endroit des requérants.

Cette fois, la colère sourd... Dans une carte blanche, plusieurs constitutionnalistes tonnent : « Sortez le Parlement de la quarantaine »! Et de poursuivre en ces termes : « la Constitution exige que les restrictions importantes aux droits et libertés soient décidées par le Parlement lui-même. Or, la législation sur laquelle le gouvernement

¹⁴⁵ Il s'agit de l'arrêt n° 249.314 (voy. aussi *supra*, point 2).

¹⁴⁶ Pour aller plus loin, voy. S. Wattier et F. Xavier : « Les restrictions à la liberté de religion durant la deuxième vague : analyse des arrêts du Conseil d'Etat », *J.T.*, 2021, pp. 241 et s.

¹⁴⁷ Voy. *supra*, point 3.

s'appuie n'est pas du tout prévue pour régler des restrictions longues et massives aux droits et libertés, telles que nous les connaissons actuellement. En tout état de cause, le législateur ne peut pas confier une telle responsabilité à un seul ministre. Pourtant, le gouvernement s'obstine dans cette voie (...). Ce dernier doit prendre l'initiative et adopter une loi corona qui fixe un cadre clair et adapté au gouvernement (...). De manière préoccupante, le Conseil d'Etat donne l'impression que le gouvernement a raison (...) il aurait pu pointer du doigt le problème, tout en ne suspendant finalement pas la mesure (...). De cette manière, le Conseil d'Etat aurait pu, sans dommages collatéraux, avertir le gouvernement qu'une loi corona était absolument indispensable. Nous déplorons que le Conseil d'Etat n'ait pas assumé ce rôle de chien de garde »¹⁴⁸.

D'autres juristes patentés se montent quand même plus circonspects : « Les arrêts concernant les mesures liées à la pandémie sont très étoffés » et le Conseil d'Etat « pourrait, en outre, changer de jurisprudence si des mesures strictes étaient prises alors que le contexte sanitaire s'améliorerait fortement »¹⁴⁹.

Ainsi porté sur la place publique, le débat ne laisse pas le Conseil d'Etat indifférent et fait sortir son premier président de sa réserve¹⁵⁰. Après avoir rappelé que « le droit n'est pas une science exacte » et que le Conseil d'Etat n'est pas « le chien de garde de la légalité de tout ce qui se passe dans la société », il s'exprime comme suit : « nous avons conclu, à titre provisoire puisque nous statuons dans l'urgence, que les fondements légaux des dispositions prises par le gouvernement qui se basent sur des grandes lois anticrise portant notamment sur la sécurité civile ou la fonction de police sont acceptables dans le contexte de la pandémie ». Ceci n'a pas l'heur de plaire à l'une des signataires de la carte blanche précitée, qui attendait du Conseil d'Etat « qu'il fixe des limites en déclarant ce type d'arrêté ministériel inconstitutionnel et qu'après avoir mis en balance les intérêts en jeu, il décide néanmoins de ne pas le suspendre ». Et d'en appeler à « l'adoption par la Chambre d'une loi corona qui fixe un cadre clair et précis qui permettrait aux acteurs de la prise de décision d'être explicitement couverts par un parlement élu par le peuple »¹⁵¹.

Justement, de parlements notre Royaume ne manque pas. Vu de l'Hexagone, un observateur au regard acéré a même naguère diagnostiqué que nous souffrions « d'obésité parlementaire »¹⁵².

¹⁴⁸ *Le Soir* du 3 novembre 2020.

¹⁴⁹ *Le Soir* du 6 novembre 2020.

¹⁵⁰ Nonobstant les communiqués de presse de l'institution, relatifs aux avis et arrêts susceptibles d'intéresser le plus grand nombre et que l'on retrouve sur le site Internet du Conseil d'Etat (rubrique « actualités »). Ils sont réguliers et la pandémie en a suscité beaucoup.

¹⁵¹ *Le Vif* du 12 novembre 2020.

¹⁵² C. PARRIN : *Le silence de la loi*, Paris, Les Belles Lettres, 2014, p. 23.

A droit constant, l'adoption d'une loi « corona », dont la matière de la santé publique n'est forcément pas étrangère, pourrait se révéler être un exercice bien compliqué, voire périlleux. Outre la délicate question du contenu même de cette loi spécialement destinée à préserver l'essence des droits fondamentaux en cas d'adoption de mesures dictées par une urgence sanitaire, faudra-t-il aussi que chacun de nos parlements intervienne ? Et encore sied-il de ne pas négliger les compétences ancestrales reconnues aux collectivités locales en matière de salubrité publique, ce qui pose aussi la question du concours de polices. Tout ceci n'est évidemment pas à dire que les pouvoirs publics doivent demeurer les bras ballants¹⁵³.

Et si, sur le fond, la seule vérité juridique était détenue par le tribunal de police du Hainaut, dont le jugement du 21 septembre 2020 a été évoqué ci-avant¹⁵⁴ ?

Si telle avait été également la voie empruntée par le Conseil d'Etat, il est vrai qu'il aurait peut-être pu, pour rejeter quand même les recours, solliciter l'article 17, § 2, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat qui dispose comme suit :

« À la demande de la partie adverse ou de la partie intervenante, la section du contentieux administratif tient compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution ou des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, en ce compris l'intérêt public, et peut décider de ne pas accéder à la demande de suspension ou de mesures provisoires lorsque ses conséquences négatives pourraient l'emporter de manière manifestement disproportionnée sur ses avantages ».

Choisir ce chemin à l'heure où la Covid-19 a déjà causé bien des ravages et n'a d'ailleurs de cesse de le faire aurait pour effet, certes sans doute non voulu, de fragiliser tous les arrêtés ministériels à répétition par lesquels les autorités politiques se sont efforcées depuis le début de la crise et s'efforcent encore et toujours de colmater les brèches, autant que faire se peut. L'insécurité juridique qui vraisemblablement en résulterait ne contribuerait pas à faciliter la lutte contre la pandémie. Il y a un temps pour tout et des discours un jour peu audibles deviennent percutants le lendemain. Encore est-il impératif de demeurer vigilant : ce serait verser dans l'angélisme que de faire table rase des leçons de l'Histoire.

¹⁵³ Constitue sans doute une précieuse source d'inspiration, les initiatives prises par les milieux académiques en vue de la mise en place d'une politique climatique. Voy. à ce sujet G. ROLLAND et C. ROMAINVILLE : « Voyage au cœur de la notion de « loi spéciale » », *A.P.T.*, 2020/2, pp. 286 et s.

¹⁵⁴ Voy. *supra*, point 3.3.3.

12. Un contentieux de la responsabilité a-t-il été suscité par les décisions prises pour répondre à la crise du Covid-19 ? Sur quel fondement les personnes publiques ont-elles, le cas échéant été condamnées ?

12.1. Pour l'heure, nous n'avons pas connaissance de décisions autres que celle prononcée par le juge de paix de Wetteren le 31 mars 2022¹⁵⁵. L'on sait que le juge a débouté de sa demande un habitant de cette commune de Flandre qui contestait la légalité du couvre-feu imposé par la ministre de l'Intérieur et postulait l'octroi d'un euro à charge de l'Etat à titre de dommage moral sur la base des articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil. Selon le juge, la mesure satisfait aux principes de légalité de proportionnalité, si bien que la ministre n'a pas commis de faute en l'adoptant.

Ce n'est pas à dire que d'autres décisions n'interviendront pas, que du contraire sans doute.

12.2. L'on se borne ici à rappeler les grands traits de la responsabilité de la puissance publique en Belgique¹⁵⁶.

12.2.1. L'article 144, 1^{ère} phrase, de la Constitution, est rédigé en ces termes : « Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux ».

Les actions judiciaires en responsabilité de la puissance publique du fait d'administrer, de juger ou de légiférer, fondées sur les articles 1382 et suivants de l'ancien Code civil trouvent là leur fondement constitutionnel. A l'origine de ce contentieux, figure l'arrêt *La Flandria*, rendu par la Cour de cassation le 5 novembre 1920, qui reconnaît aux juridictions judiciaires la compétence pour connaître d'une demande en réparation du préjudice né de l'atteinte à des droits civils, même lorsque l'auteur de la lésion est une personne de droit public.

Il se conçoit que, sur la base de ce qui précède, la responsabilité extracontractuelle des autorités publiques soit recherchée devant les juridictions judiciaires, à l'effet d'obtenir réparation d'un dommage causé par la faute de ces autorités dans l'exercice de leur fonction. De telles actions au fond peuvent être, ou non, précédées d'une action en référé. Les lignes qui précèdent offrent plusieurs illustrations d'affaires effectivement traitées en référé et mettant en cause la légalité d'arrêtés visant à endiguer la propagation de la Covid-19, notamment ceux du ministre de

¹⁵⁵ Voy. *supra*, point 6.2.

¹⁵⁶ Pour un ouvrage exhaustif sur ce thème, voy. *La responsabilité des pouvoirs publics* (sous la coordination de David RENDERS), Bruxelles, Bruylant, 2016. Voy. aussi, T. OLSON : « L'évaluation du préjudice », in *La responsabilité de la puissance publique en droit comparé* (sous la direction de A. ANTOINE et du prénommé), Paris, Société de législation comparée, 2016, vol. n° 25, p. 445 et s.

l'Intérieur, voire celle de dispositions législatives, spécialement celles adoptées par l'Etat et par les parlements des entités fédérées au sujet de la mise en oeuvre du CST.

12.2.2. Insérée le 6 janvier 2014, la seconde phrase de la Constitution dispose : « Toutefois, la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'état ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions ».

S'inscrit à la suite de cette disposition constitutionnelle, l'article 11*bis* des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, rédigé comme suit : Toute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet (...) peut demander à la section du contentieux administratif (du Conseil d'Etat) de lui allouer par voie d'arrêt une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence ».

12.2.3. Depuis le 6 janvier 2014, le contentieux de la responsabilité aquilienne des personnes publiques, qui continue à relever du pouvoir judiciaire, cohabite désormais avec le contentieux de l'indemnité réparatrice, confié au Conseil d'Etat par l'article 11*bis*. A l'effet de préserver une « cohabitation harmonieuse », cette disposition contraint par ailleurs le justiciable à choisir une des deux voies et, ce faisant, à renoncer ainsi définitivement à l'autre. C'est l'application de l'adage « *Electa una via* ».

Tout requérant qui obtient gain de cause au contentieux de l'annulation, que l'objet du recours soit un acte individuel ou un acte réglementaire, peut prétendre à l'octroi d'une indemnité réparatrice auprès du Conseil d'Etat... à moins que, pour le volet «réparation », il ne fasse le choix de délaisser le juge administratif pour se tourner vers le juge judiciaire. Ce qui vaut en général vaut évidemment aussi pour les mesures administratives prises dans le cadre de la lutte contre la pandémie¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Sur le contentieux de l'indemnité réparatrice, voy. D. Renders et B. Gors : *op. cit.*, p. 437 et s., ainsi que *infra*, **6°**, **2**.

5°) La pérennisation

1. Quelles sont les incidences pérennes du contentieux lié à la situation de crise du Covid-19 sur la procédure contentieuse et l'office du juge ?

1.1. S'il est encore prématuré d'identifier les incidences pérennes du contentieux engendré par la crise sanitaire sur la procédure et l'office du juge, on relèvera d'ores et déjà que, dès le 4 décembre 2020, le Conseil des ministres approuvait un projet d'arrêté royal visant à consacrer le principe du traitement sans audience des affaires devant le Conseil d'Etat, à moins qu'une des parties ne s'y oppose.

Ce texte qui s'inscrit dans le prolongement de l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020, déjà examiné, fait désormais l'objet de l'arrêté royal du 26 avril 2021 modifiant les articles 26 et 84/1 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État¹⁵⁸.

1.2. La question de l'organisation des audiences par visioconférence, quant à elle, a déjà été évoquée dans la première partie¹⁵⁹. L'on a vu que, dans leur exposé d'orientation politique, tant le ministre de la Justice que celui de l'Intérieur ont exprimé leur intention d'examiner la possibilité de conférer un caractère permanent à ce procédé, mais que le premier nommé a par la suite décidé de prendre le temps de la réflexion en raison des observations critiques et particulièrement circonstanciées formulées par la section de législation du Conseil d'Etat.

Le recours à la visioconférence porté par le confinement, lui-même imposé pour tenter de contenir un « certain virus », ne pourrait en tout cas se généraliser sans s'assurer que le procédé offre bien toutes les garanties au regard des droits fondamentaux et singulièrement du respect de la vie privée, sans parler du simple respect de la contradiction des débats. L'on ajoutera ici cette réflexion qui mérite d'être méditée, selon laquelle « la perception à trois dimensions et à large spectre du scénario qui se joue à l'audience n'émergera jamais des deux dimensions de la vidéoconférence »¹⁶⁰.

¹⁵⁸ *Mon. b.* 3 mai, 2^{ème} éd.

¹⁵⁹ *Voy. supra*, I. 9°.4.

¹⁶⁰ Selon les termes utilisés par Manuella Cadelli dans *La Libre* du 14 janvier 2021. Ne manque pas non plus d'interpeller l'observateur belge, cette décision du Conseil constitutionnel français du 15 janvier 2021 qui, sans détour, fustige la faculté ouverte au juge pénal de recourir à la télécommunication audiovisuelle, au mépris des droits de la défense et sans pouvoir trouver d'appui suffisant dans le contexte sanitaire né de l'épidémie de Covid-19.

2. Quels sont les contentieux les plus marqués ?

Pour ce qui concerne le Conseil d'Etat, les mesures qui précèdent touchent spécialement à la procédure devant sa section du contentieux administratif. A ce titre, elles ont vocation à s'appliquer à tous les contentieux dont elle a à connaître.

6°) Les renvois préjudiciels

1. Le juge national a-t-il adressé des questions préjudicielles aux cours européennes (CJUE, Cour EDH) ? Dans quel domaine ?

En tout cas jusqu'à la fin de l'année 2020, aucune juridiction belge ne semble avoir saisi la Cour de Justice de l'Union européenne à titre préjudiciel au sujet d'une question de droit communautaire dérivée de la crise sanitaire.

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas non plus été saisie d'une affaire en rapport avec la crise, en provenance de la Belgique. Du moins en était-il ainsi au 31 décembre 2020. Par ailleurs, s'il est vrai que le Protocole n° 16 permettrait à la Cour constitutionnelle, à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat d'adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs, la Belgique n'est pas encore au terme du processus de ratification de celui-ci.

Au passage, l'on observera encore qu'à l'instar de la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe, la Belgique s'est abstenue d'actionner la demande de dérogation visée à l'article 15 de la Convention relatif à l'état d'urgence. Cette abstention semble être fondée sur la circonstance que les articles 8, 9 et 11 de la Convention ainsi que la jurisprudence de la Cour relative aux articles 1er et 2 du Protocole additionnel permettent déjà une dérogation pour préserver la santé publique. Il est vrai qu'en outre, l'utilité pratique d'une telle dérogation n'apparaît pas d'évidence pour la Belgique : les libertés publiques inscrites dans la Constitution offrent de toute façon moins de possibilités de dérogations que la Convention¹⁶¹.

Demeure la question de savoir si les nombreuses contraintes imposées à la population depuis le début de la crise s'accordent bien toutes avec les exigences contenues dans la Constitution¹⁶².

¹⁶¹ Ce que, précisément, les arrêts n°s 248.918 du 13 novembre 2020, 249.314 du 22 décembre 2020 et n° 249.723 du 4 février 2021, déjà cités, rappellent.

¹⁶² Voy. aussi les articles 53 de la Convention et 187, déjà cité, de la Constitution.

2. Le juge national a-t-il adressé, (le cas échéant) des questions préjudicielles à la cour constitutionnelle ? Dans quel domaine ?

Entre le début de la pandémie et jusqu'à la fin de l'année 2020, la Cour constitutionnelle a eu à connaître à trois reprises d'actions en rapport avec des mesures « Covid-19 », soit un recours en annulation¹⁶³, des questions préjudicielles¹⁶⁴ et un recours en suspension¹⁶⁵. Aucune de ces actions n'a abouti. Il n'est naturellement pas exclu que la Cour constitutionnelle puisse être, à l'avenir, encore amenée à se prononcer sur des dispositions législatives prises ou mobilisées dans le cadre de la crise sanitaire¹⁶⁶.

Les requérants déboutés par l'arrêt n° 248.819 du 30 octobre 2020, prononcé en extrême urgence, n'ont d'ailleurs pas manqué de prévenir la presse¹⁶⁷ : ils poursuivront leur recours en annulation et demanderont au Conseil d'Etat de saisir la Cour constitutionnelle à titre préjudiciel¹⁶⁸. Il est vrai que l'arrêt n° 248.818 du même jour et l'arrêt n° 248.918 du 13 novembre 2020 sont dépourvus de toute ambiguïté :

« Dans la mesure où, au travers de cette répartition des compétences, la partie requérante estime qu'il y a une violation des articles 33, 105 et 108, de la Constitution, il semble que sa critique porte contre la loi. Ce faisant, elle invite le Conseil d'État à vérifier la conformité de la loi du 5 août 1992, précitée par rapport aux dispositions de la Constitution susvisées. Cependant, le Conseil d'État n'a pas cette compétence ».

¹⁶³ Arrêt n° 161/2020 du 26 novembre 2020.

¹⁶⁴ Arrêt n° 83/2020 du 4 juin 2020.

¹⁶⁵ Arrêt n° 169/2020 du 17 décembre 2020. Le recours en annulation a été rejeté par l'arrêt n° 56/2021 du 1^{er} avril 2021.

¹⁶⁶ Tel est précisément l'objet de son arrêt n° 32/2021 du 25 février 2021 qui, en référé, suspend l'article 46 de la loi du 20 décembre 2020 portant des dispositions diverses temporaires et structurelles en matière de justice dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19. A l'effet, certes légitime, de protéger la santé publique en limitant au maximum les contacts physiques, la règle incriminée faisait défense aux personnes internées de la possibilité d'être entendues de vive-voix aux audiences de la chambre de protection sociale alors que, selon la cour, cette chambre doit pouvoir apprécier correctement l'état mental ou psychique dans lequel se trouvent ces personnes vulnérables afin d'éviter qu'elles soient privées de liberté plus longtemps que nécessaire. La cour juge dès lors que la mesure en cause est disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi. *Adde* : arrêt n° 76/2021 du 20 mai 2021 qui annule la disposition litigieuse.

¹⁶⁷ *Le Soir* du 6 novembre 2020. Voy. aussi *supra*, 4°, 3.3.2.

¹⁶⁸ Deux questions préjudicielles relatives aux articles 182 et 187 de la loi du 15 mars 2007 ont désormais été posées par le tribunal de police du Hainaut, division Charleroi, le 26 mars 2021 (ces affaires portent, au rôle de la cour, les n°s 7543 et 7544). **L'arrêt est finalement intervenu le 22 septembre 2022 (n° 109/2022) : pour l'essentiel, la Cour valide les articles 182 et 187 de la loi du 15 mai 2007, à une réserve près et pour partie s'agissant de cette dernière disposition.**

En ce qu'elles attribuent directement des compétences au ministre de l'Intérieur, les lois du 31 décembre 1963 sur la protection civile, du 5 août 1992 sur la fonction de police et du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile sont-elles conformes aux dispositions constitutionnelles précitées, ainsi qu'à l'article 37 de la Constitution qui réserve le pouvoir exécutif fédéral au Roi¹⁶⁹ ?

Tout au plus observera-t-on ici qu'à l'heure où le Conseil d'Etat connaîtra de cette affaire au fond, le couvre-feu aura cessé depuis belle lurette, du moins peut-on l'espérer. La question de l'actualité de l'intérêt à agir des requérants pourrait alors faire surface. Mais il est vrai qu'en raison de l'évolution encore toute récente de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'indemnité réparatrice, une demande d'un tel ordre pourrait, à elle seule, suffire à justifier le maintien de l'intérêt à agir, quand bien même celui d'obtenir l'annulation aurait-il disparu¹⁷⁰. Quant à la question préjudicielle elle-même, il faut encore se souvenir que les dispositions de la Constitution qui réservent le pouvoir exécutif au Roi ne sont normalement pas de celles dont la Cour constitutionnelle assure le respect. Mais il est également établi que cette dernière se pose elle-même en gardienne de règles constitutionnelles qui n'entrent normalement dans le champ de son action, lorsque ces règles peuvent être lues en combinaison avec celles pour lesquelles elle est effectivement compétente, telles les dispositions que le Constituant consacre aux droits fondamentaux¹⁷¹.

Epilogue provisoire

Voici près de 60 ans, Pierre Wigny s'exclamait : « Lorsqu'il s'agit de sécurité proprement dite, le droit et le devoir du gouvernement est de prendre les arrêtés nécessaires, même en l'absence de loi. Le peuple ne peut périr faute de texte et les textes ne peuvent tout résoudre à l'avance »¹⁷².

Bien plus récemment et certes dans un autre contexte, François Sureau, quant à lui, a pu écrire que "Les temps sont difficiles bien sûr, mais ceux de nos ancêtres ne l'étaient pas moins. L'idée informulée des gouvernements et des législateurs contemporains, c'est que les principes ne valent que par temps calme. C'est à l'évidence le contraire qui est vrai..."¹⁷³.

¹⁶⁹ Lequel agit toujours sous le couvert du contreseing d'un ministre qui « par cela seul, s'en rend responsable » (art. 106 C.).

¹⁷⁰ Sur ces questions, voy. D. Renders et B. Gors : *op. cit.*, pp. 141 et 485 à 490.

¹⁷¹ Et précisément à propos de ceux-ci, G. Ninane fait judicieusement observer que la Cour constitutionnelle pourrait aussi être interrogée à titre préjudiciel sur la question de l'étendue du pouvoir attribué à l'exécutif par le législateur dans un domaine, celui des droits et libertés, que la Constitution réserve à la loi («La pandémie de Covid-19 et le pouvoir de police administrative de l'état d'urgence du ministre de l'Intérieur», observations sous l'arrêt AG n° 248.781, précité, *J.L.M.B.*, 2021, pp. 17 et s., spéc. p. 23).

¹⁷² *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 110.

¹⁷³ *Pour la liberté - Répondre au terrorisme par la raison*, Paris, Tallandier, 2017, p. 22

Ces pénétrantes considérations paraissent être aux antipodes l'une de l'autre. Elles ne sont pas nécessairement inconciliables pour autant. S'il y a bien sûr les priorités de l'heure, il ne faudrait pas, en tout cas, qu'une fois les temps redevenus meilleurs, l'état d'exception prenne définitivement le pas sur l'Etat de droit.

Adopter une loi générale « pandémie », instaurer un régime légal d'état d'urgence? Des chantiers sont en tout cas à ouvrir. Avec justesse et clairvoyance, le professeur Marc Verdussen, pour sa part, formulait naguère ce souhait : « Puisse un débat constituant être ouvert, dès que possible, sur un encadrement constitutionnel minimal sur des situations de crises »¹⁷⁴.

L'enjeu est celui du respect des droits fondamentaux, dont l'équilibre entre les pouvoirs et donc notre Constitution sont les garants. Mais alors que s'achève le présent propos¹⁷⁵, le tristement célèbre virus et ses variants n'ont malheureusement toujours pas dit leur dernier mot... A tous égards, la vigilance continue à s'imposer, si même elle n'empêche pas d'avancer.

A Namur, le 30 juin 2021,

Philippe Bouvier,
Auditeur général honoraire au Conseil d'Etat,
Maître de conférences invité à l'UCLouvain.

Post-Scriptum

1. Les lignes qui suivent sont plus particulièrement consacrées au projet de loi relatif à la vaccination obligatoire des professionnels des soins de santé contre la Covid-19¹⁷⁶.

¹⁷⁴ *La Libre Belgique* des 18 et 19 juillet 2020.

¹⁷⁵ Lequel couvre principalement l'année 2020. Pour les temps ultérieurs, voy. « Avatars juridiques d'une crise sanitaire », spéc. les billets d'humeur, *op. cit.*, p. 190 et s. **Adde : la présente mise à jour et les références citées.**

¹⁷⁶ Doc. parl. Chambre, 2021-2022, 55-2533/001 à 009.

Ce projet a été déposé sur le bureau de la Chambre des Représentants le 8 mars 2022 et, le 17 mai suivant, était adopté en seconde lecture par la commission parlementaire de la santé et de l'égalité des chances. Le 25 du même mois, intervient la décision, en séance plénière de la Chambre et à la demande de plusieurs membres de l'opposition, de saisir la section de législation du Conseil d'Etat de plusieurs amendements au projet¹⁷⁷. A l'heure où ces lignes sont écrites, soit en cette fin du mois de mai 2022, le projet est donc toujours en souffrance. Affaire à suivre...

L'avant-projet de loi avait fait l'objet d'un avis de la section de législation du Conseil d'Etat, donné en assemblée générale, le 24 décembre 2021¹⁷⁸.

2. Selon l'exposé effectué le 22 mars 2022 par le ministre chargé des Affaires sociales et de la Santé publique devant la commission parlementaire précitée, deux raisons fondamentales justifient la vaccination obligatoire de tout prestataire de soins, en substance faire tout ce qui est en son pouvoir pour:

- ne pas rendre malade le patient dont il s'occupe;
- se protéger contre une absence pour cause de maladie¹⁷⁹.

Les grand traits du texte adopté en commission de la Chambre sont les suivants :

- sauf contre-indication médicale dûment établie, l'obtention et le maintien d'un visa ou d'un enregistrement comme professionnel des soins de santé¹⁸⁰, requis pour l'exercice de la profession, sont subordonnés à une vaccination contre la COVID-19 ;
- le contrôle de l'obligation de vaccination contre la COVID-19 comme condition de maintien du visa ou de l'enregistrement est exercé par le fonctionnaire désigné à cet effet par la loi en projet, lequel agent est habilité à suspendre, selon des modalités détaillées dans le texte, le visa ou l'enregistrement du professionnel défaillant, privant ainsi ce dernier de l'exercice de sa fonction ;
- pour le contractuel « réfractaire », la suspension est suivie d'une résiliation de plein droit, sans préavis ni indemnité, de son contrat de travail, mais droit aux allocations de chômage et sachant que, dans un premier temps, une

¹⁷⁷ Annales, Chambre, 2021-2022, CRIV 55 PLEN 182, 25 mai 2022, pp. 23 à 25.

¹⁷⁸ Doc. parl. Chambre, 2021-2022, 55-2533/001, p. 57 et s. Voy. aussi l'avis de l'Autorité de protection des données n° 235/2021 du 17 décembre 2021 (*ibid.*, p. 132 et s.). L'avis de la section de législation du Conseil d'Etat est également consultable sur le site de celui-ci (n° 70.542/AG).

¹⁷⁹ Doc. parl. Chambre, 2021-2022, 55-2533/004, p. 3.

¹⁸⁰ La notion de « professionnels de soins de santé » est définie à l'article 2, 2°, du projet.

suspension du contrat est possible, sans rémunération, si l'intéressé s'oppose à son licenciement ;

- pour le travailleur indépendant, la suspension est suivie soit d'une impossibilité de plein droit de l'exercice de ses fonctions, avec « droit passerelle », soit, lorsqu'elle existe, d'une rupture de sa convention de collaboration, sans préavis ni indemnité et selon les modalités inscrites dans le projet;

- consécutives aux règles qui précèdent, de nombreuses dispositions inscrites dans le projet, soit les articles 9 à 19 sur un total de 20 articles, sont consacrées au traitement de données à caractère personnel relatives au statut de vaccination (questions liées aux données croisées) et au traitement de données à caractère personnel relatives au statut du visa ou de l'enregistrement (institution d'une banque de données), les modalités d'application de l'ensemble de ces dispositions devant être fixées par arrêté royal.

Il est à noter que l'entrée en vigueur de la loi en projet est laissée à la discrétion d'un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres. Le législateur précise que le pouvoir exécutif peut fixer une date différente pour chacune des dispositions. En supposant que le projet soit définitivement adopté, rien, à ce jour, ne permet de dire si ou quand ce texte relatif à la vaccination obligatoire des professionnels de soins de santé contre la Covid-19 sera opérationnel.

3.1. Particulièrement fouillé, l'avis, donné le 24 décembre 2021 par la section de législation du Conseil d'Etat sur ce qui était alors l'avant-projet de loi, fourmille de précieuses observations. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'on relève ici l'un ou l'autre trait saillant de cet important avis.

3.2. Au regard des compétences respectives de l'Etat et des entités fédérées, l'avis souligne que la vaccination n'est pas une matière attribuée en tant que telle à l'une ou l'autre autorité, mais que chacune d'entre elles – Etat, Communautés, Régions – dispose de compétences dans ce domaine. Elle s'attache ensuite à exposer minutieusement les compétences de ces diverses collectivités politiques sur le terrain de la vaccination.

Ainsi, il demeure admis que la vaccination obligatoire est au pouvoir de l'autorité fédérale, au titre des mesures prophylactiques nationales¹⁸¹ et que, pour participer de la médecine préventive, les vaccinations facultatives relèvent de la compétence des communautés. Ce n'est toutefois pas à dire que l'Etat ne pourrait pas imposer des

¹⁸¹ Voy. supra, I, 3^o), 1.

mesures de vaccination dans le cadre d'autres compétences fédérales. Il en va du reste de même pour les communautés et les régions dans le cadre de l'exercice de leurs compétences matérielles. Encore importe-t-il, principe de proportionnalité oblige, que chaque autorité, dans l'exercice des compétences qui sont les siennes, ne rende pas impossible ou exagérément difficile l'exercice, par les autres autorités, de leurs propres compétences.

Après avoir rappelé que l'avant-projet n'impose pas de procéder à une vaccination, mais pose seulement la réalisation de cette vaccination comme condition pour l'accès et l'exercice de leur profession par les prestataires de soins de santé, la section de législation du Conseil d'Etat considère que le texte en projet se fonde en réalité plus spécifiquement sur la compétence réservée de l'autorité fédérale en matière de conditions d'accès aux professions de soins de santé.

3.3. L'avis recèle encore, et notamment, de précieux développements consacrés au droit au respect de la vie privée, tant dans son volet relatif au respect de l'intégrité physique, que dans son volet relatif à la protection des données à caractère personnel.

Le Conseil d'Etat rappelle que des limitations peuvent être apportées au respect de l'intégrité physique, pourvu qu'il soit satisfait aux conditions de légalité, de légitimité et de proportionnalité. Si la condition de la légalité ne suscite pas d'observation de sa part, celle de la légitimité reçoit un blanc-seing, au titre de la protection de la santé des patients mais aussi de celle des professionnels des soins de santé. Ensuite, et au terme d'une étude approfondie, la section de législation considère qu'elle n'a pas, pour l'essentiel, de raison de mettre doute la proportionnalité de la restriction au droit à l'intégrité physique qu'emporte l'avant-projet.

Vient alors la question du traitement des données à caractère personnel qui, par cela qu'elle constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, est examinée à la loupe par les juristes du Palais d'Assche, sous le triple prisme de la légalité, de la pertinence et de la proportionnalité. L'analyse opérée donne lieu à quelques observations à caractère plus technique.

3.4. La section de législation ne manque pas non plus d'examiner l'incidence du texte en projet sur d'autres droits fondamentaux, étant le droit au travail et le droit au libre choix de la profession, le droit de propriété, le principe d'égalité et de non-discrimination.

Après quelques considérations générales, elle se consacre pour finir à un examen ciblé des articles en projet.

3.5. L'avis de la section de législation, donné le 24 décembre 2021 sur l'avant-projet de loi relatif à la vaccination obligatoire des professionnels de soins de santé contre

la Covid-19, est aussi globalement positif que singulièrement instructif. Dans les grandes lignes, le texte adopté en commission parlementaire de la santé et de l'égalité des chances le 17 mai 2022, a conservé son esprit initial. Observons quand même que la règle qui laisse au pouvoir exécutif le soin de faire entrer la loi en vigueur ne figurait pas dans la version initiale. Ce qui se comprend en fait, évolution de la situation épidémiologique aidant, peut toutefois poser question en droit...

4. Il reste à présent à attendre la suite et, en premier lieu, le nouvel avis attendu de la section de législation du Conseil d'Etat¹⁸².

A Namur, le 28 mai 2022,

Philippe Bouvier

¹⁸² Cet avis, qui porte le n° 71.605/2, a été donné le 29 juin 2022 (Doc. parl. Chambre, 2021-2022, 55-2533/011,). Jusqu'à ce jour (6 octobre 2022), ce dossier n'a plus avancé.