

« L'ETAT DE DROIT ET LA CRISE SANITAIRE »

Avertissement

Etat de droit, la Belgique est aussi un « Etat des droits » par cela que les règles qui la gouvernent procèdent de plusieurs ordres juridiques aux normes de même intensité de force obligatoire. Ce qui vaut en général, vaut bien sûr également pour la gestion de cette crise sanitaire inédite qui s'est abattue sur la planète sous la dénomination de « Covid19 », cette maladie dont les premières manifestations remontent au millésime 2019. « Etat des droits » car, en Belgique, l'autorité nationale a cédé le pas à une autorité fédérale qui cohabite désormais avec d'autres autorités avec lesquelles elle partage le pouvoir de légiférer.

Depuis le 8 mai 1993, la Belgique est en effet devenue un Etat fédéral composé d'une autorité fédérale et d'entités fédérées que sont les communautés et les régions. A ces collectivités politiques « supérieures », s'ajoutent d'ailleurs les collectivités politiques « subordonnées » ou décentralisées que sont les 10 provinces et les 581 communes que compte le pays. Il y a donc, dans l'organisation du Royaume de Belgique, une part de fédéralisme et une part de décentralisation.

A l'instar de l'Etat, les communautés et les régions comptent chacune un parlement et un gouvernement. Quant aux compétences de ces entités fédérées, elles sont inscrites aux articles 127 à 140 de la Constitution et dans les articles 4 et suivants de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, une loi modifiée à plusieurs reprises, au gré des vagues successives de réformes que la Belgique a endurées depuis un demi-siècle.

Les régions sont des collectivités politiques territoriales. La Région flamande comprend les cinq provinces situées au Nord du pays. La Région wallonne comprend les cinq provinces situées au Sud du pays. La Région bruxelloise, située hors province et enclavée dans la Région flamande, regroupe 19 communes au centre du pays. A la différence des deux autres régions, la Région bruxelloise est bilingue.

Les communautés sont également au nombre de trois. La Communauté flamande comprend les habitants de la Région flamande et les institutions qui, à Bruxelles et en raison des activités qu'elles exercent, relèvent de cette Communauté. La Communauté française comprend les habitants de la Région wallonne, les citoyens germanophones exceptés, et les institutions qui, à Bruxelles et en raison des activités qu'elles exercent, relèvent de cette Communauté. Parmi ces « institutions » figurent tout spécialement les établissements d'enseignement dont la langue est, par

hypothèse, soit le français soit le néerlandais. La Communauté germanophone, quant à elle, est une collectivité politique territoriale qui regroupe 9 communes de la Région wallonne dans lesquelles la langue officielle est l'allemand.

Il faut aussi mentionner l'existence, au sein de la Région bruxelloise, de trois commissions communautaires (française, flamande et commune), chacune composée d'élus bruxellois au départ de leur appartenance linguistique : sommairement dit, celles-ci exercent des compétences communautaires sur le territoire de la région bruxelloise.

Ajoutons encore que si le législateur fédéral adopte des lois, les législateurs des entités fédérées prennent des décrets, à l'exception des législateurs bruxellois qui votent des ordonnances. Les lois, décrets et ordonnances ont la même valeur juridique. Et à la différence des commissions communautaires commune et française, la commission communautaire flamande ne dispose pas du pouvoir de légiférer !

Ces multiples mises au point autorisent à aller de l'avant¹...

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

¹ Précisons encore que les périodes examinées vont du 13 mars au 30 juin 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.

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 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

² Pour aller plus avant, voy. Fr. Bouhon, A. Joustien, 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* : Actes du colloque interuniversitaire organisé les 18 et 19 mai 2021 par les professeurs Emmanuel Slautsky, Frédéric Bouhon et Stéphanie Wattier : *La réponse belge à la crise du Covid-19 au regard du droit public : quelles leçons pour l'avenir ?*, Bibliothèque de droit public, Bruxelles, Larcier, à paraître.

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

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 tijden 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

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.

2°) L'Etat, dans l'édiction 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

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.

compétences matérielles identiques et une compétence territoriale propre, il se comprend que pour un même objet, les règles sont démultipliées. Le champ d'intervention de l'autorité fédérale et des entités fédérées est rappelé brièvement. L'on se concentrera ensuite 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 en est une illustration, il y a déjà été fait allusion et il en sera évidemment encore question.

2. Très sommairement :

- les matières communautaires 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 régionales 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....

- les matières fédérales, qui relèvent de l'Etat au titre de ses compétences résiduelles, ont pour objet la politique monétaire, la justice, la sécurité sociale (exception faite des allocations familiales), la politique de la sûreté, la défense, le droit civil...

En règle, l'Etat demeure effectivement, du moins jusqu'à présent, toujours l'autorité compétente pour toutes les matières qui n'ont pas été attribuées aux communautés ou aux régions. En outre, de nombreux pans des matières transférées aux communautés et aux régions restent toutefois expressément réservés à l'autorité fédérale. Le domaine de la santé donne fort bien l'occasion d'éclairer le propos et de mesurer l'ampleur du phénomène. 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 ». Pour ne rien simplifier, il faut encore préciser que la Communauté française a transféré à la Région wallonne et à la Commission communautaire française pour les 19 communes de Bruxelles, l'exercice de certaines de ses compétences en matière de santé (comme la politique de dispensation des soins). Il suit de cela que l'Etat, la Communauté flamande (dont

les organes sont communs avec la Région flamande), la Communauté germanophone, la Région wallonne et la Commission communautaire française comptent chacun un ministre ayant l'un ou l'autre aspect de la politique de la santé dans ses attributions. La Commission communautaire commune en compte deux (un par rôle linguistique). Et pour faire bonne mesure, la Communauté française en compte deux également... Il y a en Belgique, beaucoup de commentaires peu amènes sur la coexistence de ces 9 ministres de la Santé. Ceci explique cela⁵...

3.1. 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 dix-neuf

⁵ Pour une énumération, voy. la liste des signataires du Protocole d'accord du 27 janvier 2021, intervenu entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Commission communautaire commune, la Région wallonne et la Commission communautaire française concernant le traitement de données relatives aux vaccinations contre la COVID-19 (*Mon. b.* 11 février, p. 13032).

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 et 7 mai 2021.

3.2. 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, 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.

3.3. 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 régions⁶ 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).

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.

3.4. 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 systématiquement empruntée par le ministre de l'Intérieur avant l'adoption de tous ses arrêtés précités (jusqu'ici au nombre de 42, 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

⁶ Au sein du conseil national de sécurité dans un premier temps, du comité de concertation par la suite.

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 !

3.5. 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 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 !

4.1. 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

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

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 », *Tijdschrift voor Wetgeving*, 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.

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 :

« 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 ».

4.2. 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). Elle traite des mesures sociales, fiscales et économiques.

¹⁰ Doc. parl., chambre des représentants, 2020-2021, 55-1104/002, p. 6.

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...

Certes, des balises sont toutefois 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.

4.3. 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).

Parmi ceux-ci, les textes adoptés sur la base la loi Covid-19 (I) sont, respectivement, 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 et l'arrêté royal n° 19 du 5 mai 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil du contentieux des étrangers et la procédure écrite. Parmi les 45 autres arrêtés de pouvoirs spéciaux figurent notamment les arrêtés royaux n° 2 du 9 avril 2020 concernant la prolongation des délais de prescription et les autres délais pour ester en justice ainsi que la prorogation des délais de procédure écrite devant les cours et tribunaux et n°3 du même jour portant des dispositions diverses relatives à la procédure pénale et à l'exécution des peines et des mesures prévues dans le cadre contre la propagation du virus COVID-19.

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.

4.4. 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 9 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, 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°) 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

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

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 nécessité et de la proportionnalité des mesures imposées est prégnante. L'on y reviendra.

2. A côté de cela, un simple survol des arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux suffit à observer que tous les domaines du droit sont bien concernés. Ainsi, à titre de simples illustrations, l'on retient ici les textes suivants :

- *en droit civil et judiciaire* : arrêté royal n° 4 du 9 avril 2020 portant des dispositions diverses en matière de copropriété et de droit des sociétés et des associations dans le cadre de la lutte contre la pandémie Covid-19 et arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020 concernant la prorogation des délais de prescription et les autres délais pour ester en justice ainsi que la prorogation des délais de procédure et la procédure écrite devant les cours et tribunaux (déjà cité) ;

- *en droit pénal* : arrêté royal n° 3 du 9 avril 2020 portant des dispositions diverses relatives à la procédure pénale et à l'exécution des peines et des mesures prévues dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (déjà cité) ;

- *en droit économique et commercial* : arrêté royal n° 15 du 24 avril 2020 relatif au sursis temporaire en faveur des entreprises des mesures d'exécution et autres mesures pendant la durée de la crise du COVID-19 et arrêté royal n° 13 du 27 avril 2020 modifiant la loi du 23 mars 2020 modifiant la loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants et introduisant des mesures temporaires dans le cadre du COVID-19 en faveur des travailleurs indépendants, notamment en ce qui concerne l'extension à certains indépendants à titre complémentaire et pensionnés actifs ;

- *en droit fiscal* : arrêté royal n° 7 du 19 avril 2020 portant des mesures de soutien supplémentaires en matière d'impôt des sociétés, d'impôt des personnes morales, d'impôt des non-résidents, d'impôt des personnes physiques, de taxe sur la valeur ajoutée, de précompte professionnel, de droits d'enregistrement et de rétributions ;

- *en droit du travail et de la sécurité sociale* : arrêté royal n° 37 du 24 juin 2020 pris en exécution des articles 2 et 5 de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II) visant à soutenir les travailleurs et

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 ;

- *en droit public et administratif* : arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite et arrêté royal n° 19 du 5 mai 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil du contentieux des étrangers et la procédure écrite (déjà cités).

3. Semblable constat peut aussi être dressé au départ de la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les entités fédérées. A la lecture des exemples qui suivent, il faut avoir à l'esprit, pour rappel, que certaines des matières passées en revue sont elles-mêmes disséminées entre les entités fédérées et l'autorité fédérale et que la Communauté française a parfois transféré l'exercice de certaines de ses compétences à la Région wallonne et, pour le territoire de la Région bruxelloise, à la Commission communautaire française¹².

MATIERES « COMMUNAUTAIRES »

- *Culture et sport* : arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 4 du 23 avril 2020 relatif au soutien du secteur culturel et du cinéma dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19 et arrêté du Gouvernement flamand du 15 mai 2020 instaurant certaines mesures temporaires relatives aux subventions dans le secteur politique des sports en raison de l'urgence civile en matière de santé publique due au coronavirus COVID-19 ;

- *Enseignement* : arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 6 du 24 avril 2020 relatif à l'organisation de la fin de l'année académique 2019-2020, arrêté du Gouvernement flamand du 15 mai 2020 octroyant une subvention de projet pour compenser les frais d'accueil des écoliers pendant les heures d'école et arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 24 du 11 juin 2020 relatif à la sanction des études dans l'enseignement secondaire ordinaire dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19 ;

- *Politique de la santé* : arrêté royal du 18 mars 2020 relatif à la préparation et la mise sur le marché des solutions hydroalcooliques destinées à l'hygiène humaine dans le cadre de la lutte contre la propagation du Covid-19, arrêté royal du 19 avril 2020 déterminant l'état d'épidémie de coronavirus COVID-19 sur le territoire de la Belgique, arrêté du Gouvernement flamand du 24 avril

¹² C'est pour cette raison que les mots « communautaires » et « régionales » sont mis entre guillemets.

2020 instaurant un certain nombre de mesures de soutien aux centres de soins résidentiels, aux centres de court séjour, aux centres de soins de jour et aux centres d'accueil de jour suite à la crise du COVID-19, arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 8 du 7 mai 2020 relatif au soutien des hôpitaux universitaires dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19 et arrêté du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n° 53 du 16 juin 2020 relatif aux diverses dispositions prises dans le cadre du déconfinement COVID-19 pour les secteurs de la santé, du handicap et de l'action sociale ;

- *Aide aux personnes* : arrêté de pouvoirs spéciaux du Collège réuni de la Commission communautaire commune n° 2020/02 du 6 avril 2020 visant à assurer le fonctionnement des centres publics d'action sociale durant la période de la crise sanitaire Covid-19, arrêté du Gouvernement de la Communauté germanophone du 9 avril 2020 visant à atténuer les répercussions de la crise du coronavirus sur l'accueil d'enfants et arrêté royal du 13 mai 2020 portant création d'un subside « COVID-19 » à destination des publics cibles des centres publics d'action sociale.

MATIERES « REGIONALES »

- *Aménagement du territoire et Environnement* : arrêté ministériel flamand du 14 avril 2020 modifiant l'arrêté ministériel du 4 mars 2020 relatif à l'organisation d'un appel à l'introduction de demandes d'aide pour des petites et moyennes éoliennes, arrêté du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n° 48 du 11 juin 2020 organisant la participation du public en lieu et place de la réunion d'information préalable obligatoire pour certaines révisions du plan de secteur et arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale de pouvoirs spéciaux n° 2020/031 du 18 juin 2020 modifiant temporairement l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 23 mars 1994 relatif à la gestion des déchets résultant d'activités de soins de santé dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19 ;

- *Logement* : arrêté du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n° 22 du 22 avril 2020 prenant des mesures diverses en matière de bail d'habitation et arrêté du Gouvernement flamand du 19 juin 2020 portant des mesures concernant les prêts sociaux spéciaux, les prêts de garantie locative, les baux d'étudiants et les agences immobilières sociales suite aux mesures restrictives en matière de coronavirus ;

- *Economie* : arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale de pouvoirs spéciaux n° 2020/005 du 16 avril 2020 concernant la taxe sur les établissements d'hébergement touristique en raison de la crise sanitaire du COVID-19, arrêté du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n° 27 du 29

avril 2020 relatif au soutien de la recherche et du développement en Wallonie dans le cadre de l'Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19 et loi du 27 mai 2020 relative au crédit à la consommation, visant à aider les emprunteurs à faire face à la crise provoquée par le coronavirus ;

- *Pouvoirs locaux* : arrêté royal n° 1 du 6 avril 2020 portant sur la lutte contre le non-respect des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19 par la mise en place de sanctions administratives communales et arrêté du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n° 30 du 30 avril 2020 organisant la tenue des réunions des organes communaux et provinciaux;

- *Emploi* : arrêté du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n° 11 du 31 mars 2020 relatif aux diverses dispositions prises en matière d'emploi, de formation et d'insertion socioprofessionnelle, en ce compris dans le champ de l'économie sociale, arrêté du Gouvernement flamand du 3 avril 2020 modifiant l'arrêté royal du 12 décembre 2001 concernant les titres-services, pour ce qui est de la durée de validité des titres-services et de l'intervention publique, arrêté 2020/765 du Collège de la Commission communautaire française de pouvoirs spéciaux n° 6 du 20 mai 2020 portant des mesures exceptionnelles en matière d'évaluation continue et d'examens dans la Formation permanente pour les Classes moyennes et les petites et moyennes entreprises pour l'année académique 2019-2020 suite à la crise du coronavirus et arrêté royal du 4 juin 2020 prolongeant les mesures relatives à l'emploi dans les secteurs vitaux à la suite de la pandémie de COVID-19 ;

- *Sécurité routière* : arrêté du Gouvernement wallon du 17 mars 2020 portant sur des mesures d'urgences en matière de formation à la conduite et arrêté royal du 23 avril 2020 portant des mesures relatives au permis de conduire par rapport à la crise à propos de COVID-19.

5°) 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 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 évolution¹³, déterminée principalement au départ des données épidémiologiques fournies par l'organisme

¹³ 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 (M.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 « Ceval », 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 adopter¹⁴.

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.

¹⁴ 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 relatif à la composition et au fonctionnement de la cellule de coordination du commissaire Covid-19 et de la commissaire adjointe COVID-19 (M.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 a donc pris l'exact contrepied 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 »¹⁵. 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

¹⁵ Doc. parl. ch., 2020-2021, 55 -1441/001, pp. 4-5 et 1442/001, pp. 4-5.

certain nombre de conditions démocratiques. Comme l'obligation de demander l'avis 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 »¹⁶.

Il est encore à remarquer que la faculté de ne pas solliciter l'avis de la section de législation a également été prévue par les décrets d'habilitation wallons au profit du gouvernement régional, et ceci au rebours des institutions bruxelloises qui ont expressément renoncé à pareille « dispense ».

S'il est vrai que les décrets wallons de pouvoirs spéciaux, adoptés le 17 mars 2020, requièrent du gouvernement qu'il motive sa décision de ne pas solliciter l'avis du Conseil d'Etat, l'on est en droit de se demander si le législateur wallon dispose bien du pouvoir de déroger ainsi à une loi fédérale. Sans doute, l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 permet-il au législateur décentralisé de porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles il n'est pas compétent, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de sa compétence (théorie dite « des pouvoirs implicites »). La question de savoir si le législateur wallon pouvait ici s'autoriser de cette disposition demeure toutefois entière.

Autre est la question de l'opportunité pour le législateur, quel qu'il soit, de faire le choix de déroger à l'article 3*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, alors spécialement que, pandémie et confinement aidant, l'effectivité du contrôle parlementaire est lui-même rendu aléatoire. Pour sa part, le ministre-président de la Région de Bruxelles-Capitale avait, dès les premiers temps de la crise, entendu faire savoir que « les pouvoirs spéciaux permettent de sauter la case parlementaire, pas celle du Conseil d'Etat. L'état de droit demeure »¹⁷. Cette déclaration, respectueuse de l'article 3*bis*, précité, répond en quelque sorte comme en écho aux origines mêmes de la section de législation, perçue par ses promoteurs comme étant un instrument spécialement précieux en période de pouvoirs spéciaux : c'était dans les années trente, à l'époque de la Grande Dépression, où les lois de pouvoirs spéciaux et autres lois-cadres faisaient florès¹⁸.

3. Au surplus, 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.

¹⁶ Doc. parl. ch., 2020-2021, 55-1442/002, pp. 4-5.

¹⁷ *La Libre Belgique* des 28-29 mars 2020.

¹⁸ Sur ce point, voy. mon article consacré au « Conseil d'Etat en vue ! », *APT*, 2020/2, spéc. pp.186-187.

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.

6°) 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 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»¹⁹.

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

¹⁹ Doc. parl. ch., 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 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).

demande de la rigueur et du temps avant de prendre parti »²⁰. 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...

7°) 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 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

²⁰ R. Henrion : « En cas d'urgence », *Journ. Proc.*, n° 204, 15 novembre 1991, p. 10.

dont l'impact financier est, il est vrai, non négligeable !... Pour autant, ce n'est évidemment pas à dire que le projet est abandonné²¹, pas plus d'ailleurs que les catalogues d'intentions qui figurent dans les programmes des différents gouvernements dont le Royaume de Belgique est parsemé.

8°) 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 écrites, 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.

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 »²². 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 »²³.

²¹ 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.

²² D'après Thibaudeau : *Mémoires sur le Consulat*, Paris, Ponthieu et cie, 1827, p. 227.

²³ 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.

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 la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel²⁴.

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, 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 parlementaires, certains intervenants ont préconisé d'envisager le maintien de cette faculté à titre définitif²⁵. Une ordonnance du législateur bruxellois du 29 octobre 2020 a d'ailleurs d'ores et déjà franchi un pas supplémentaire en ménageant, cette fois de manière pérenne, la faculté pour le bourgmestre de faire tenir les réunions du conseil communal par téléconférence ou vidéoconférence chaque fois qu'à son estime, la force majeure le commande.

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 :

²⁴ 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 (MB. 13 avril 2021) et par la Ligue des droits humains (M.B. 26 mai 2021, 2^e éd.). Voy. aussi à ce sujet, *Le Soir* du 21 janvier 2021.

²⁵ Parl. wal., 2020-2021, 281, c.r.i.c., n° 23.

« La crise du coronavirus crée une conjoncture propice à l'accélération de la numérisation de la justice. Nous ne devons pas perdre cet élan. Avant l'apparition de la crise du coronavirus, la justice fonctionnait de manière très classique et le travail à domicile pour le personnel d'appui constituait plutôt l'exception. Les circonstances exceptionnelles de la crise ont provoqué une révolution. Les outils existants ont été renforcés et de nouveaux outils ont vu le jour. Grâce à eux, les collaborateurs ont déjà pu se réunir virtuellement plus de 100 000 fois, les audiences peuvent de plus en plus souvent se dérouler par la voie numérique et l'on peut également procéder aux auditions par le biais de ce dispositif. 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 »²⁶.

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 »^{27/ 28}.

Il reste bien évidemment à voir ce qu'il adviendra de ces déclarations d'intention. 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 »²⁹. Certes, il ne s'agissait encore que d'en limiter l'usage jusqu'au 31 mars 2021³⁰, mais les considérations particulièrement circonstanciées, tant sur le plan juridique que technique, formulées par la section de législation du Conseil d'Etat dans son avis du

²⁶ Doc. parl. ch, 2020-2021, 55-1610/15, p. 19.

²⁷ Doc. parl. ch., 2020-2021, 55-1610/20, p. 18.

²⁸ 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).

²⁹ Doc. parl. ch, 2020-2021, 55-1668/001, p. 5.

³⁰ *Ibid.*, p. 66.

13 novembre 2020, ont en tout cas conduit le ministre à prendre le temps de la réflexion³¹.

A propos de cet avis du Conseil d'Etat, l'on croit bien faire en reproduisant ici cette considération plus générale qui y figure³²:

« (...) bon nombre de dispositions de l'avant-projet sont destinées à être appliquées de manière temporaire, dans le cadre de la lutte contre la pandémie de coronavirus. Plusieurs autres dispositions sont en revanche destinées à s'appliquer sans limite dans le temps. Le législateur est ainsi invité à pérenniser des mesures dans un objectif d'une plus grande numérisation des procédures.

(...)

Si une chose est de prendre les mesures qui s'imposent en vue de lutter contre la pandémie de COVID-19, une autre est, de l'aveu même de l'auteur de l'avant-projet, de pérenniser des mesures qui "auraient fait leur preuve" durant la pandémie alors même qu'elles n'ont pu, précisément, faire l'objet, avant leur adoption, d'un examen approfondi par les instances d'avis et le législateur lui-même, par un débat approfondi au sein des instances parlementaires pour en mesurer toute la portée ».

Au projet de loi précité a été joint, une proposition de loi modifiant le Code civil et le Code des sociétés et des associations concernant la participation aux assemblées générales des copropriétaires et aux assemblées générales des sociétés et des associations, déposée sur le Bureau de la Chambre le 27 octobre 2020. Le but recherché ici est, notamment, de pérenniser la possibilité pour les copropriétaires de participer à distance à une assemblée générale et d'exercer ainsi leur droit de vote³³. Elle vient à la suite de l'arrêté royal n°4 du 9 avril 2020, précité³⁴.

³¹ *Ibid.*, pp. 96 et s.

³² *Ibid.*, pp. 93-94.

³³ Doc. parl. ch., 2020-2021, 55-1602/001.

³⁴ Ces textes font désormais l'objet 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 (*Mon. b.* 24 décembre).

9°) 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 ?

Il faut être de bon compte, nul n'avait jamais sérieusement envisagé, si ce n'est peut-être Bill Gates (!), la survenance d'une pandémie aux conséquences à ce point dévastatrices à l'échelle planétaire. Il en est d'autant plus ainsi qu'elle se prolonge dans le temps et que ses effets se feront sans doute longuement sentir tant en termes de santé publique que sur le plan économique, social, humain... « Ce virus est vraiment vicieux » a pu dire un jour un expert !

Sans doute s'agit-il là de lieux communs. Il faut toutefois y insister car, sauf à se prétendre devin, le plus grand nombre concèdera à cette catastrophe sanitaire d'une ampleur inouïe, son caractère essentiellement imprévisible.

Au moment de son irruption, il a donc fallu parer au plus pressé avec les moyens du bord. Sur le plan juridique, force a été de puiser dans l'arsenal existant. Une loi sanitaire du 1^{er} septembre 1945 existait bel et bien, nous le savons. Les forces centrifuges entretenues depuis fort longtemps sur la Belgique l'ont cependant rendue inexploitable. Lors des dernières élections législatives de 2019, l'on a d'ailleurs pu mesurer combien une frange importante de l'électorat continue à souffler sur les braises qui les font encore et toujours prospérer.

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'encre³⁵, 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-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. »

³⁵ Pour une étude exhaustive récente, voy. M. Leroy : « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », *APT*, 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.

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'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*).

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 1910³⁶.

Deux dispositions constitutionnelles et une théorie doivent encore retenir ici l'attention.

Il y a l'article 159 de la Constitution qui habilite tout juge à écarter, par la voie incidente, l'application d'un acte administratif unilatéral considéré par lui comme étant illégal. Le Conseil d'Etat n'en fait toutefois usage qu'à l'endroit des actes réglementaires, à la différence du juge judiciaire qui excepte l'illégalité de tout acte, fût-il individuel.

Quant à l'article 158 de la Constitution, il réserve à la Cour de cassation le soin de trancher les conflits d'attributions entre le juge judiciaire et le juge administratif.

C'est sur cette base constitutionnelle que, dès 1952, soit 4 années après l'installation du Conseil d'Etat, la Cour de cassation a dégagé la théorie dite « de l'objet véritable et direct du recours » qui consiste à rechercher, en cas de conflit d'attributions si, par-delà les éventuelles apparences, l'enjeu du litige porte sur un droit subjectif ou sur une demande d'annulation d'un acte administratif.

Il suit de ces développements que si le contrôle de la légalité des actes administratifs, dont bien sûr ceux engendrés par la crise sanitaire, peut être exercé à titre incident 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, mais plutôt à titre... incident ! 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.

³⁶ 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.

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 ensuite³⁷.

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 »³⁸.

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 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.

³⁷ 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.

³⁸ 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.

2. Quelles procédures, y compris d'urgence, ont été utilisées ?

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 quotidien (ci-après, 4°, 3.3.3).

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'État, 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 Web toutes les dispositions qu'elle a adoptées pour faire face à la situation et à son évolution³⁹.

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 urgence (voir aussi ci-après, 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.

³⁹ 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.

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 2020 (voir ci-après). 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.

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 » pèseront, 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'Etat 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 2020⁴⁰.

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 2020 au 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 »⁴¹. Cette mesure, qui n'a naturellement pas été étendue aux recours en extrême urgence, n'a plus été renouvelée par la suite.

⁴⁰ 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'Etat en période de Covid-19 », *J.T.*, 2020, pp. 376-377.

⁴¹ *Mon. b.* 22 avril, 2^{ème} éd. p. 27.761.

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 judiciaires⁴². 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.

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 Web, 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 reprises⁴³.

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

⁴² *Ibid.*, p. 27.763.

⁴³ 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.

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 loin⁴⁴, 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 public⁴⁵, 4 mesures de police locale⁴⁶, dont un acte à caractère réglementaire⁴⁷ et 1 décision du Commissaire général aux réfugiés et apatrides⁴⁸.

⁴⁴ Il s'agit de l'arrêt n° 249.177 du 8 décembre 2020, lequel porte des mesures provisoires.

⁴⁵ 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).

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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 têt fait de refermer à double tour la porte entrouverte par le Conseil d'Etat.

⁴⁸ Arrêt n° 249.163 du 7 décembre 2020 (voir ci-après, point 5°).

Au nombre des 63 arrêts de rejet figurent notamment 4 dossiers de marchés publics⁴⁹, 4 affaires ayant pour objet des arrêtés de pouvoirs spéciaux⁵⁰, une affaire d'urbanisme⁵¹ et un dossier « prime »⁵².

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 locale⁵³. Les réponses aux questions posées sous les points 2 à 8, ci-après, seront apportées au départ de ces arrêtés, du moins les plus marquants d'entre eux⁵⁴.

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

⁴⁹ 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 (...).

⁵⁰ Arrêt n° 247.472 du 29 avril 2020 relatif à l'arrêté royal n° 3 portant des dispositions diverses relatives à la procédure pénale et à l'exécution des peines et des mesures prévues dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19, arrêt n° 247.585 du 19 mai 2020 relatif à l'arrêté royal n° 2 concernant la prorogation des délais de prescription et les autres délais pour ester en justice ainsi que la prorogation des délais de procédure et la procédure écrite devant les cours et tribunaux, arrêt n° 247.689 du 1^{er} juin 2020 relatif à l'arrêté royal n° 4 portant des dispositions diverses en matière de copropriété et de droit des sociétés et des associations dans le cadre de la lutte contre la pandémie Covid-19 et arrêt n° 247.856 du 22 juin 2020 relatif à l'arrêté du gouvernement bruxellois n°2020/023 du 20 mai 2020 interdisant temporairement les expulsions domiciliaires jusqu'au 31 août 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. La question de la légalité des arrêtés de pouvoirs spéciaux sera encore évoquée sous le point 6°).

⁵¹ Arrêt n° 249.019 du 24 septembre 2020. Cet arrêt met incidemment en cause l'arrêté du gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n° 2 du 18 mars 2020 relatif à la suspension temporaire des délais de rigueur et de recours (...) fixés dans les lois et arrêtés royaux relevant des compétences de la Région wallonne en vertu de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, ainsi que l'arrêté du gouvernement wallon n° 20 du 18 avril 2020 prorogeant les délais prévus par l'arrêté n°2. Il sera également question de ces textes sous le point 6°).

⁵² Arrêt n° 248.985 du 20 novembre 2020 (affaire dans laquelle le Conseil d'Etat a décliné sa compétence).

⁵³ 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.

⁵⁴ Auquel s'ajoute l'arrêt n° 249.177 du 8 décembre 2020, déjà cité.

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 inlassablement⁵⁵ :

« 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.

L'urgence requiert, d'une part, la présence d'un inconvénient d'une gravité suffisante causé par l'exécution immédiate de l'acte attaqué et, d'autre part, la constatation que le cours normal de la procédure au fond ne permet pas qu'un arrêt d'annulation puisse utilement prévenir cet inconvénient. Il revient à la partie requérante d'identifier *ab initio* dans sa requête les éléments qui justifient concrètement l'urgence. La démonstration de celle-ci ne peut se réduire à de simples considérations d'ordre général ou à de simples affirmations dépourvues de l'indication d'éléments précis et concrets de nature à établir l'urgence.

Le paragraphe 4 de l'article 17, précité, vise l'hypothèse d'un recours en suspension d'extrême urgence qui doit indiquer en quoi le traitement de l'affaire est incompatible avec le délai de traitement de la demande de suspension visée au paragraphe 1^{er}. Cette procédure d'extrême urgence doit être à même de prévenir utilement le dommage craint par le requérant alors que le référé ordinaire ne le pourrait pas. Le recours à la procédure d'extrême urgence, qui réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense, l'instruction de la cause et le débat contradictoire, doit rester exceptionnel et ne peut être admis qu'à la condition que le requérant ait fait toute diligence pour saisir le Conseil d'État dès que possible. La diligence du requérant et l'imminence du péril sont des conditions de recevabilité de la demande de suspension d'extrême urgence.

Dans le cadre de l'examen de l'extrême urgence et conformément à l'article 16, § 1^{er}, aliéna 1^{er}, 7^o, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, il n'y a lieu d'avoir égard qu'aux seuls éléments invoqués dans la demande de suspension pour justifier le recours à la procédure d'extrême urgence. La diligence à agir s'apprécie ainsi également au regard du degré d'imminence du péril que le requérant fait valoir ».

⁵⁵ Par exemple, arrêt n° 239.134 du 3 décembre 2020.

1.4. 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 ?*

La jurisprudence recensée ci-après (point 3) donne d'observer l'existence de nuances entre les juges, judiciaires et/ou administratifs, au sein de l'Etat lui-même. Elle n'en demeure pas moins plutôt convergente, ce qui ne signifie toutefois pas que les magistrats se seraient, du moins consciemment, laisser influencés les uns par les autres.

Il n'y a pas plus 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 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 tard.... (voir le point 7, ci-après).

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 sélectionnées sous les points 3.2. à 3.4., 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.

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 peut⁵⁶.

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 marchés⁵⁷. Eu égard au risque sanitaire, il n'a pas non plus qualifié de

⁵⁶ Arrêt n° 248.213 du 4 septembre 2020.

⁵⁷ Arrêts n°s 247.452 du 27 avril 2020 et 248.151 du 17 août 2020.

disproportionnée la décision d'avancer l'heure de fermeture des magasins de nuit⁵⁸. 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 religieuses⁵⁹, la fermeture des salles de jeux automatiques⁶⁰, l'interdiction d'organiser des salons en intérieur accueillant plus de 400 personnes⁶¹, l'obligation de porter un masque dans les magasins, les lieux de culte, les cinémas...⁶². 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 d'établissements du secteur Horeca⁶³, par des exploitants de « bars à chicha »⁶⁴, par un gérant d'une agence de voyage⁶⁵ et par des agents immobiliers^{66/67}.

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 masque⁶⁸, du couvre-feu⁶⁹, ou encore de l'interdiction de voyager en dépit d'une relation affective supposée avec un

⁵⁸ Arrêts n°s 248.131 et 248.132 du 10 août 2010.

⁵⁹ Arrêt n° 247.674 du 28 mai 2020.

⁶⁰ Arrêt n° 247.939 du 26 juin 2020.

⁶¹ Arrêt n° 248.039 du 9 juillet 2020.

⁶² Arrêts n°s 248.108 et 248.109 du 3 août 2020.

⁶³ Arrêts n°s 248.141 du 29 juillet 2020, 248.149 du 17 août 2020 et 248.798 du 29 octobre 2020.

⁶⁴ Arrêts n°s 248.144 et 248.145 du 13 août 2020.

⁶⁵ Arrêt n° 248.270 du 15 septembre 2020.

⁶⁶ Arrêts n°s 248.921 et 248.922 du 13 novembre 2020. Au rebours de ces arrêts, une ordonnance rendue en référés, le 8 février 2021, par le président du tribunal de 1^{ère} instance de Liège, division de Liège, juge en substance que l'interdiction opposée aux agents immobiliers de faire visiter des biens, d'une part, engendrera incontestablement une grave menace pour l'équilibre financier de leurs agences et, d'autre part, est source de discrimination par cela qu'elle ne s'étend pas aux notaires, aux architectes et aux géomètres-experts (inédit).

⁶⁷ *Adde* : arrêts n°s 249.918 et 249.919 du 25 février 2021, selon lesquels demeurent également en défaut d'établir leur préjudice financier les exploitants des parcs de loisirs et des centres de bien-être dont la fermeture est maintenue jusqu'au 1er avril 2021.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ Arrêt n° 248.167 du 21 août 2020.

partenaire qui séjourne hors d'Europe^{70/71}. 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 »⁷².

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 saveur⁷³.

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 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 la première partie (point 3°.3.3.) 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

⁷⁰ Arrêt n°248.347 du 24 septembre 2020.

⁷¹ *Adde* : arrêt n° 249.613 du 25 février 2021, selon lequel la requérante, privée de se rendre dans sa résidence secondaire située dans le Sud de la France, n'établit pas *in concreto* en quoi cette contrariété et l'atteinte ainsi portée à une liberté fondamentale serait constitutifs d'un dommage grave au point de justifier la saisine du juge en extrême urgence. Dans le même sens, arrêts n°249.948 du 2 mars 2021 et n° 250.236 du 26 mars 2021 (ce dernier arrêt concerne des citoyens français résidents en Belgique).

⁷² Arrêt n° 249.134 du 3 décembre 2020.

⁷³ 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, ci-après, 6°.

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'Etat 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 yeux⁷⁴. Mais l'une des deux requêtes recèle aussi un moyen pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte, 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 ministre⁷⁵. 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 ».

⁷⁴ Arrêts A.G. n°s 248.780 et 248.781 du 28 octobre 2020.

⁷⁵ Arrêt A.G. n° 248.781.

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 contestées⁷⁶. 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-19 (voir, dans la première partie, le point 3°. 3.1.). 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 à un ministre. L'assemblée générale confirme cette dernière analyse dans son second arrêt prononcé le même jour⁷⁷.

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

⁷⁶ Arrêt A.G. n° 248.818 du 30 octobre 2020.

⁷⁷ Arrêts A.G. n° 248.819 du 30 octobre 2020.

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^{78/79}.

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 épinglées.

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 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19. 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. 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 irrecevable^{80/81/82}.

⁷⁸ 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).

⁷⁹ 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. » *Adde* : arrêt n° 249.904 du 24 février 2021 pour le secteur des casinos, des salles de jeux automatiques et des bureaux de paris.

⁸⁰ 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.

⁸¹ Dans le même sens, mais cette fois à propos d'une personne poursuivie pour non-port du masque, le tribunal de police francophone de Bruxelles juge que l'article 182 de la loi du 15 mai 2007 vise « à permettre au ministre de prendre des mesures ponctuelles pour des catastrophes localisées

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 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. Il est vrai que cet arrêté a été remplacé alors que l'affaire était en délibéré. Toutefois ce changement est, selon le juge, dépourvu d'incidence sur le litige porté devant lui dès lors que la mesure de fermeture du secteur Horeca est demeurée inchangée. En outre, le tribunal prend aussi 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 demandeurs⁸³. Il évoque également la survenance des arrêts d'assemblée de la section du contentieux des 28 et 30 octobre 2020. Et dans son ordonnance du 20 novembre 2020, il se rallie d'ailleurs à la position prise par le Conseil d'Etat 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 »⁸⁴. 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 »⁸⁵.

dans le temps et dans l'espace, telles que, par exemple, des accidents dans des centrales nucléaires » et ajoute, entre autres considérations et en substance que les mesures restrictives édictées par le ministre, parmi lesquelles le port du masque, portent atteinte aux droits libertés sans pouvoir trouver de fondement dans la disposition législative précitée (Pol. Bruxelles, 12 janvier 2021 – ce jugement inédit est frappé d'appel). *Adde* : Dans le même sens, trib. Jeun. Bruxelles, 26 février 2021 (ce jugement inédit est également frappé d'appel).

⁸² En revanche, le tribunal correctionnel du Brabant wallon juge, pour sa part, que « la notion de « circonstances dangereuses » (visée à l'article 182 de la loi du 15 mai 2007) est certes large mais apparaît suffisamment claire et précise en l'espèce au regard de l'objectif précis du législateur (étant la protection de la population), la multitude de situations de danger susceptibles de survenir ne pouvant, par la force des choses, être énumérée de manière exhaustive. Il en est de même du type de mesures pouvant être imposées à la population... » (Corr. Brabant wallon, 26 juin 2020, *JLMB*, 2020, pp. 1755 et s., spéc. p. 1760). *Adde* : Dans le même sens, Gand, 24 février 2021 (inédit).

⁸³ Arrêt n° 248.798 du 29 octobre 2020, précité.

⁸⁴ Dans le même sens, la Cour d'appel de Mons décide, le 8 février 2021, que « l'imposition de mesures de confinement destinées à protéger la population face à une situation de danger sanitaire inopiné relève des pouvoirs conférés au ministre de l'Intérieur par la loi du 15 mai 2007 » laquelle, souligne la Cour, a été prise à la suite des événements tragiques de Ghislenghien» (inédit). Il s'agissait, en substance, de l'explosion d'une conduite de gaz survenue en 2004 et provoquée par une fuite de gaz naturel causée par un engin de chantier.

⁸⁵ Civ. Liège, 10 novembre 2020 (inédit)

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 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 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 appel⁸⁶.

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'Intérieur⁸⁷.

« 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 au point 8 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

⁸⁶ Bruxelles, 28 octobre 2020 (inédit).

⁸⁷ Voy. encore les ordonnances rendues en référé par le tribunal de première instance francophone de Bruxelles le 31 mars 2021 (ci-joint, « Au creux des vagues », mars, *in fine*).

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.

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 6 et 7⁸⁸.

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

⁸⁸ Voy. pour une seconde décision favorable aux requérants, voy. l'arrêt n° 249.685 du 2 février 2021 qui suspend, mais seulement à partir du 8 du même mois (à la faveur d'une balance des intérêts), 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).

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'usage⁸⁹.

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 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.⁹⁰

5. 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 aujourd'hui, 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.

⁸⁹ 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 ».

⁹⁰ 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/

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.

6. 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 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 soulignée.

7. 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 requêtes⁹¹, 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.

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 »⁹².

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.

⁹¹ 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 ont été prononcés entre les 8 avril et 10 décembre 2020.

⁹² Il s'agit de l'arrêt n° 249.314 (voy. aussi le point 2, ci-avant).

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 publique⁹³.

8. 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, lesquels ont déjà été examinés (ci-avant, point 3) et concernent, pour rappel, le secteur Horeca et le 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 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 »⁹⁴.

D'autres juristes patentés se montent quand même plus circonspects : « Les arrêtés concernant les mesures liées à la pandémie sont très étoffés » et le Conseil d'Etat

⁹³ Pour aller plus loin, voy. S. Wattier et F. Xavier : « Les restrictions à la liberté de religion durant la deuxième vague : analyse des arrêtés du Conseil d'Etat », *J.T.*, 2021, pp. 241 et s.

⁹⁴ *Le Soir* du 3 novembre 2020.

« pourrait, en outre, changer de jurisprudence si des mesures strictes étaient prises alors que le contexte sanitaire s'améliorerait fortement »⁹⁵.

Ainsi porté sur la place publique, le débat ne laisse pas le Conseil d'Etat indifférent et fait sortir son premier président de sa réserve. 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 »⁹⁶.

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 »⁹⁷. C'est le moment de se souvenir une fois encore que la Belgique dispose d'une loi sanitaire, et cela depuis le 1^{er} septembre 1945^{98/99}. Sans doute aurait-il été judicieux de lui faire subir un sérieux ravalement de façade. Mais nous savons aussi que cet outil est aujourd'hui rendu inutilisable par les coups de boutoir portés à la politique de la santé par les zéloteurs d'un Etat toujours plus décomposé. 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

⁹⁵ *Le Soir* du 6 novembre 2020.

⁹⁶ *Le Vif* du 12 novembre 2020.

⁹⁷ C. PARREN : *Le silence de la loi*, Paris, Les Belles Lettres, 2014, p. 23.

⁹⁸ Un texte en effet déjà évoqué dans la première partie (1^o.3) et dont l'article 1^{er} est ainsi rédigé :

« Le Roi est autorisé à prescrire, par voie de règlements généraux et après avoir pris l'avis du conseil supérieur d'hygiène publique, les mesures de prophylaxie et d'assainissement ainsi que toutes mesures d'organisation et de contrôle nécessaires :

1^o Pour prévenir ou combattre les maladies transmissibles présentant un danger général, dont la liste aura été dressée sur l'avis conforme du conseil supérieur d'hygiène publique;

(...)

Il n'est en rien préjudicié, par les dispositions qui précèdent, aux droits que les lois en vigueur confèrent aux autorités communales. Les règlements communaux ne peuvent toutefois être contraires aux règlements d'administration générale ».

⁹⁹ En son article 8, cette loi abroge le décret des 11-19 septembre 1792 relatif à la destruction des étangs marécageux....

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 ballants¹⁰⁰.

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-avant (point 3.3.3) ?

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.

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, par décision du 4 décembre 2020, le Conseil des ministres a approuvé

¹⁰⁰ 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 » », *APT*, 2020/2, pp. 286 et s.

un projet d'arrêté royal ayant visé 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.

Le Conseil des ministres fait observer à ce sujet que « la crise sanitaire actuelle nous enseigne qu'un fondement juridique permanent est à cet égard souhaitable, non seulement en cas de circonstances exceptionnelles mais également comme instrument de gestion supplémentaire visant à optimiser le fonctionnement du Conseil d'État ».

Ce projet qui s'inscrit dans la ligne de l'accord de gouvernement et qui vient dans le prolongement de l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020, déjà examiné, est actuellement en cours d'examen et a été transmis pour avis à la section de législation du Conseil d'Etat¹⁰¹.

1.2. La question de l'organisation des audiences par visioconférence, quant à elle, a déjà été évoquée dans la première partie (point 8°, 4). 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.

Un arrêt prononcé par sa section du contentieux est encore ultérieurement venu s'ajouter aux débats¹⁰². Etaient en cause, les règles adoptées par le commissaire général aux réfugiés et aux apatrides pour procéder à l'audition par visioconférence des demandeurs de protection internationale séjournant dans des centres ouverts. La haute juridiction administrative suspend l'exécution de la décision attaquée au motif que les mesures qu'elle contient sont au pouvoir du Roi. Dans son appréciation sur l'urgence à statuer, elle prend cependant en compte la circonstance que les mesures litigieuses sont susceptibles de porter gravement atteinte aux droits fondamentaux des demandeurs de protection internationale. A la lueur des arguments développés par les requérants, sont ainsi notamment visées des questions touchant à la confidentialité et au respect du Règlement général de la protection des données.

¹⁰¹ Il 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'État (M.B. 3 mai, 2^{ème} éd.). Voy. aussi l'avant-projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, concernant la communication électronique des pièces de procédure et l'adaptation de la procédure purement écrite existante devant le Conseil du Contentieux des étrangers.

¹⁰² Arrêt n° 249.163 du 7 décembre 2020, déjà mentionné.

Qu'il s'agisse de l'audition des demandeurs de protection internationale par l'instance administrative habilitée à ce faire, des audiences en justice ou même encore des réunions des organes des collectivités politiques, le recours à la visioconférence porté par le confinement, lui-même imposé pour tenter de contenir un « certain virus », ne pourrait 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 »¹⁰³.

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 auraient vocation à s'appliquer à tous les contentieux dont elle a à connaître. Il reste à voir ce qu'il adviendra de ces projets.

6°) Les renvois préjudiciels

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

Jusqu'ores, 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 est-il ainsi à ce jour. 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

¹⁰³ 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 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.

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 Convention¹⁰⁴.

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 Constitution¹⁰⁵.

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

1. Cette question appelle également, du moins jusqu'à qu'à présent, une réponse négative. La Cour constitutionnelle a bien été saisie d'un recours en annulation, de questions préjudicielles et d'un recours en suspension dirigés contre des mesures « Covid-19 », mais à chaque fois, elle a rejeté ceux-ci.

Ainsi, saisie d'un recours en annulation de l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19 et de son arrêté modificatif du 5 juin 2020, la cour n'a eu d'autre ressource que de rappeler qu'elle « n'est pas compétente pour se prononcer sur un recours dirigé contre un arrêté ministériel, qui, faute d'une confirmation législative, n'est pas une norme législative »¹⁰⁶.

Par ailleurs, au sujet de questions préjudicielles concernant l'article 7 de l'arrêté royal n° 3 du 9 avril 2020 « portant des dispositions diverses relatives à la procédure pénale et à l'exécution des peines et des mesures prévues dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 », posées par la chambre des référés du tribunal de première instance du Luxembourg, division de Marche-en-Famenne, la Cour constitutionnelle décline sa compétence pour connaître d'un arrêté royal, fût-il adopté en vertu d'une loi accordant au Roi des pouvoirs spéciaux, sachant que « ce n'est que lorsqu'un arrêté royal fait l'objet d'une confirmation législative qu'il devient lui-même, dès la date de l'entrée en vigueur de la loi de confirmation, une norme législative (et que) la cour est alors compétente pour contrôler si la loi de confirmation, qui s'est approprié les dispositions de l'arrêté royal,

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ Voy. aussi les articles 53 de la Convention et 187, déjà cité, de la Constitution.

¹⁰⁶ Arrêt n° 161/2020 du 26 novembre 2020.

ne viole pas une des dispositions constitutionnelles dont elle doit assurer le respect »¹⁰⁷.

Enfin, le 17 décembre 2020, la Cour constitutionnelle a rejeté une demande de suspension de la loi du 6 novembre 2020 « en vue d'autoriser des personnes non légalement qualifiées à exercer, dans le cadre de l'épidémie de coronavirus COVID-19, des activités relevant de l'art infirmier ». La cour se limite à juger que les requérants demeurent en défaut de faire la démonstration de l'existence d'un risque de préjudice, de sa gravité et de son lien avec l'application des dispositions attaquées. Entre autres considérations, elle fait notamment observer que la loi en cause « s'inscrit dans le contexte strict d'une urgence sanitaire avérée, au regard duquel (elle) doit prendre en considération l'intérêt général, en l'espèce, en matière de santé publique »¹⁰⁸.

2.1. 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 sanitaire¹⁰⁹.

Pour l'heure, l'on se borne à rappeler ici les deux grands modes de saisine de la cour, de même que les limites de sa compétence.

Elle peut être saisie d'un recours en annulation d'une norme à portée législative par un gouvernement ou un parlement - fédéral ou d'une entité fédérée - et, plus généralement, par toute personne physique ou morale qui justifie d'un intérêt. Le délai de recours est de 6 mois à dater de la publication du texte attaqué. Un référé est également possible.

Elle peut encore être saisie d'une question préjudicielle posée par une autre juridiction et touchant à la conformité d'une norme législative aux dispositions

¹⁰⁷ Arrêt n° 83/2020 du 4 juin 2020.

¹⁰⁸ Arrêt n° 169/2020 du 17 décembre 2020. Le recours en annulation sera rejeté au fond par l'arrêt n° 56/2021 du 1^{er} avril 2021. Selon la Cour, les critiques dirigées contre la loi en cause ne méritent pas d'être retenues car les conditions d'exercice des activités du personnel non qualifié et du personnel infirmier diffèrent fondamentalement et parce que, loin de réduire le droit à la protection de la santé, les mesures prises contribuent à protéger celui-ci.

¹⁰⁹ 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 mesure en cause est en conséquence disproportionnée à l'objectif poursuivi. *Adde* : arrêt n° 76/2021 du 20 mai 2021 qui annule la disposition litigieuse.

constitutionnelles et autres dont elle est chargée d'assurer le respect. Lorsqu'à cette occasion, elle conclut à la violation de l'une de ces normes, un nouveau délai de 6 mois est ouvert pour l'introduction d'un recours en annulation de la règle législative litigieuse.

A l'origine uniquement chargée de vérifier si, dans l'exercice de leur pouvoir législatif, l'Etat, les communautés ou les régions respectent les règles portant répartition des compétences entre eux, la Cour constitutionnelle a vu par la suite ses attributions être étendues au contrôle de la conformité des normes législatives aux droits fondamentaux, en ce compris le principe d'égalité. Des compétences lui ont encore été reconnues en matière de dépenses électorales fédérales et de consultation populaire régionale. Elle est également devenue officiellement la gardienne du respect de la loyauté fédérale par l'Etat et les entités fédérées. Pour autant, son contrôle ne s'étend toujours pas à l'ensemble des dispositions contenues dans la Constitution, même s'il va croissant, au bénéfice de sa jurisprudence qui admet de combiner les dispositions constitutionnelles.

2.2. Les requérants déboutés par l'arrêt n° 248.819 du 30 octobre 2020, prononcé en extrême urgence, n'ont pas manqué de prévenir la presse¹¹⁰ : ils poursuivront leur recours en annulation et demanderont au Conseil d'Etat de saisir la Cour constitutionnelle à titre préjudiciel¹¹¹. 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 ».

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 Roi¹¹² ?

¹¹⁰ *Le Soir* du 6 novembre 2020. Voy. aussi ci-avant, point 4°, 3.3.3.

¹¹¹ 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).

¹¹² Lequel agit toujours sous le couvert du contreseing d'un ministre qui « par cela seul, s'en rend responsable » (art. 106 C.).

Dans son arrêt n° 248.781 du 28 octobre 2020, l'assemblée générale de la section du contentieux n'a-t-elle pas rappelé 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 ». La cause serait-elle entendue ? Certes non et, au demeurant, il ne nous appartient évidemment ni de nous prononcer, ni même de faire des pronostics. 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 disparu¹¹³. 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 fondamentaux¹¹⁴.

2.3.1. Deux arrêtés de pouvoirs spéciaux se sont trouvés au coeur de deux arrêts prononcés par le Conseil d'Etat au cours de ces derniers mois.

L'un a fait l'objet d'un recours en suspension d'extrême urgence que la section du contentieux a rejeté. Il s'agit de l'arrêté royal n° 3 du 9 avril 2020 portant des dispositions diverses relatives à la procédure pénale et à l'exécution des peines et des mesures prévues dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19.

L'illégalité de l'autre a été incidemment soulevée, avec succès, devant le juge administratif. L'on vise ici l'arrêté du gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n° 2 du 18 mars 2020 relatif à la suspension temporaire des délais de rigueur et de recours (...) fixés dans les lois et arrêtés royaux relevant des compétences de la

¹¹³ Sur ces questions, voy. D. Renders et B. Gors : *op. cit.*, pp. 141 et 485 à 490.

¹¹⁴ 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, *JLMB*, 2021, pp. 17 et s., spéc. p. 23).

Région wallonne en vertu de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 ¹¹⁵.

Ces deux textes ont en commun de poser des questions que la Cour constitutionnelle pourrait être amenée à connaître, du moins en théorie et à des titres différents.

2.3.2. On le sait, la Cour constitutionnelle a déjà été saisie, à titre préjudiciel, de l'arrêté royal n° 3 du 9 avril 2020, et plus spécialement de son article 7. Las ! La juridiction de renvoi s'est vue opposer une fin de non-recevoir au motif qu'alors, le texte n'avait pas valeur législative. C'était le 4 juin 2020 (voir ci-dessus, point 1).

A la vérité, cet article 7 est en lui-même source de difficultés potentielles, par cela que, pour une période certes limitée dans le temps¹¹⁶, il a permis l'interruption de l'exécution de la peine " coronavirus COVID-19 ", moyennant le respect de certains critères et à l'exclusion de certaines catégories de détenus¹¹⁷. Les distinctions ainsi opérées créent des différences de traitement qui, immanquablement, les exposent à la critique de la discrimination.

Saisi en extrême urgence d'un recours en suspension de l'exécution d'une disposition contenue dans l'arrêté royal n° 3 du 9 avril 2020, le Conseil d'Etat le rejette par son arrêt n° 247.472 du 29 avril 2020, faute pour le requérant de l'avoir introduit avec la diligence requise. Cette décision est conforme à l'opinion exprimée par Alain Lefebvre, premier auditeur, dans son avis donné avant l'arrêt.

Poursuivant plus avant son examen à titre subsidiaire, celui-ci s'interroge toutefois sur la distinction créée par la disposition contestée en ce qu'elle réserve l'octroi de l'interruption de l'exécution de la peine « coronavirus COVID19 » à certains condamnés à l'exclusion, notamment, de ceux qui subissent une peine d'emprisonnement pour des faits de mœurs. A son estime, il appartenait à l'autorité administrative de s'expliquer sur le choix du critère retenu, étant en l'occurrence la cause de la condamnation, alors spécialement que le but recherché était de « réduire *au maximum* la concentration de la population carcérale ». Il se trouve qu'aux yeux du magistrat de l'auditorat, l'autorité est demeurée en défaut de se plier à cet exercice.

¹¹⁵ Ainsi que l'arrêté du gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n° 20 du 18 avril 2020 qui le modifie.

¹¹⁶ Initialement prévue du 18 mars au 3 mai 2020, cette période a été prolongée jusqu'au 17 juillet 2020, par des arrêtés royaux adoptés successivement les 28 avril et 13 juin 2020.

¹¹⁷ Il n'est pas le seul : l'article 6, § 2, du même arrêté a, quant à lui, subi les foudres de la Cour de cassation en ce qu'il suspend l'exécution de la peine « coronavirus COVID19 » pour la durée de son interruption, alors que le congé pénitentiaire, lui, est bien imputé sur cette durée. Selon la cour, cette distinction est dépourvue de justification objective et raisonnable (Cass. 19 août 2020 – inédit).

Dans le commentaire qu'ils consacrent à cette affaire, Michel Kaiser et Cécile Jadot ne manquent pas de souligner que « s'agissant de réglementations appelées à s'appliquer pendant quelques semaines ou quelques mois seulement, seul le recours aux procédures d'extrême urgence paraissait s'imposer en cas de contestation sérieuse, nécessitant une intervention juridictionnelle en temps utile ». Tout en prenant appui sur la critique de légalité jugée sérieuse par Alain Lefebvre, ils ajoutent avec clairvoyance que si le requérant avait fait montre de diligence dans l'introduction de ce recours, « il n'eût pas été exclu que soit constaté, *prima facie*, un moyen sérieux qui aurait laissée grande ouverte la porte de la suspension de l'exécution de cet arrêté de pouvoirs spéciaux »¹¹⁸.

Aujourd'hui, l'arrêté royal n° 3 du 9 avril 2020 n'a pas seulement cessé de produire ses effets, il fait également partie de ces règles contenues dans la loi du 24 décembre 2020 portant confirmation des arrêtés royaux pris en application de la loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II)¹¹⁹.

Outre la suspension de l'exécution de cet arrêté, le requérant en avait aussi sollicité l'annulation devant le Conseil d'Etat. Cependant et pour peu qu'il subsiste, le « combat a changé d'âme » : le recours en annulation a désormais perdu son objet et seule la Cour constitutionnelle paraît encore pouvoir être saisie, elle-aussi par la voie d'un recours en annulation, du problème de la conformité de la disposition litigieuse aux règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination¹²⁰.

2.3.3. L'article 2 de l'arrêté du gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n° 2 du 18 mars 2020, modifié par l'arrêté n° 20 du 18 avril 2020, dispose :

« art. 2. L'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat du 12 janvier 1973, est complété par un paragraphe 4 ainsi rédigé :

§ 4. Les délais applicables au contentieux de l'annulation devant la section du contentieux administratif relatifs à des actes pris par des autorités administratives ou

¹¹⁸ C. Jadot et M. Kaiser : « Pouvoirs spéciaux, contrôle juridictionnel et extrême urgence », note sous l'arrêt n° 247.472 du 29 avril 2020 et l'avis écrit du premier auditeur Alain Lefebvre, *APT*, 2020/2, pp. 309 et s. spéc. pp.314 et 322. On observera encore que, faute pour le requérant d'avoir payé le droit afférant à sa requête en annulation, cette dernière a finalement été rayée du rôle (arrêt n° 249.275 du 16 décembre 2020).

¹¹⁹ *Mon. b.* du 15 janvier 2021 (Voir aussi, première partie, 3°.4.3. Sur la suggestion de la section de législation, les arrêtés royaux des 28 avril et 13 mai 2020, précités, ont également fait l'objet d'une confirmation. Au surplus, l'interruption de l'exécution de la peine "COVID 19" est désormais organisée par les articles 63 et s. de la loi du 20 décembre 2020 portant des dispositions temporaires et structurelles en matière de justice dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19, déjà citée en première partie, 8°, 4. (*Mon. b.* 24 décembre).

¹²⁰ Voy. à ce propos, D. Renders : *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 2003, not. pp. 376 à 379.

de la réglementation de la Région wallonne sont suspendus à partir du 18 mars 2020 et pour une première durée de 30 jours, prorogeable deux fois jusqu'à une date fixée par arrêté du Gouvernement ne pouvant à chaque fois excéder 30 jours et justifiant de la nécessité au regard de l'évolution des conditions sanitaires.

Le Gouvernement peut décider de lever cette suspension avant l'échéance du délai visé à l'alinéa 1^{er}»¹²¹.

Saisi d'une requête en suspension de l'exécution d'un permis d'urbanisation introduite sous le couvert de cette suspension de délai, le Conseil d'Etat a été amené à examiner le point de savoir si le gouvernement wallon pouvait, fût-ce au bénéfice de pouvoirs spéciaux, porter atteinte aux lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Pour sa part et à cet effet, la Région wallonne se prévalait de la théorie des pouvoirs implicites telle que celle-ci est consacrée par l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980¹²². L'arrêt n° 249.019 du 24 novembre 2020 rappelle que « pour que l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 précité puisse s'appliquer, il est requis cumulativement que la législation adoptée – ou, ici, l'arrêté de pouvoirs spéciaux – soit nécessaire à l'exercice des compétences de la Région, que la matière se prête à un régime différencié et que l'incidence de la disposition en cause sur la matière ne soit que marginale ». Il juge ensuite que « la suspension des délais de recours au Conseil d'État et la prorogation de celle-ci, décidées par le Gouvernement wallon, n'apparaissent pas être nécessaires à l'exercice des compétences (de la Région) ». La section du contentieux ajoute que la Région demeure en défaut de justifier « la nécessité de l'atteinte ainsi portée à la compétence fédérale en matière d'organisation de la procédure devant le Conseil d'État en vertu de l'article 160 de la Constitution » et écarte en conséquence l'application des dispositions contestées, conformément à l'article 159 de la Constitution.

Quelques semaines plus tôt, soit le 16 septembre 2020, et alors saisie de l'avant-projet de décret de la Région wallonne « portant confirmation des arrêtés du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux pris dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire liée au COVID-19 », la section de législation du Conseil d'Etat avait, pour sa part, émis l'avis que « si la compétence de l'autorité fédérale en la matière découle par principe de l'article 160 de la Constitution (...), l'exigence de garantir le droit d'accès au juge, qui se déduit notamment de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, commande la nécessité, dans les circonstances de l'espèce, de confirmer cette disposition ». Selon elle, « la mise en oeuvre de

¹²¹ L'arrêté n° 20 prolonge également la suspension des délais jusqu'au 30 avril 2020 inclus.

¹²² Lequel, pour rappel, permet au législateur décrétoal de porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles il n'est pas compétent, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de sa compétence (voy. la première partie, point 5°.2).

l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 pour confirmer l'arrêté concerné est exceptionnellement admissible »¹²³.

Les arrêtés n°s 2 et 20, précités, ont ensuite été confirmés par les articles 2 et 4 du décret du 3 décembre 2020 portant confirmation des arrêtés du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux pris dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire liée au COVID-19.

La discordance demeure : entre les deux sections du Conseil d'Etat, qui a raison, qui a tort ? A ce stade, on se borne à relever que la section de législation dispose d'une compétence consultative, que la section du contentieux se prononce par voie d'arrêt et... que le législateur wallon a confirmé les arrêtés litigieux. Il ne peut être exclu qu'au détour de la procédure au fond, si d'aventure elle devait être poursuivie devant le Conseil d'Etat, ce dernier soit amené à saisir la Cour constitutionnelle à titre préjudiciel sur le point de savoir si le législateur wallon pouvait, ou non, valablement s'autoriser de la théorie des pouvoirs implicites pour confirmer les arrêtés en question.

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 »¹²⁴.

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..."¹²⁵.

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.

¹²³ Parl. wal., 2020-2021, 292, n°1, pp. 58 et s.

¹²⁴ *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 110.

¹²⁵ *Pour la liberté - Répondre au terrorisme par la raison*, Paris, Tallandier, 2017, p. 22

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 »¹²⁶.

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 propos, le tristement célèbre virus et ses variants n'ont malheureusement toujours pas dit leur dernier mot...

A Namur, le 31 mai 2021,

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

¹²⁶ *La Libre Belgique* des 18 et 19 juillet 2020.