

**OBSERVATIONS D'AVOCATS.BE SUR L'AVANT-PROJET DE LOI PANDEMIE**

AVOCATS.BE remercie la commission de l'Intérieur de l'avoir invité à donner son avis concernant l'avant-projet de loi pandémie.

Dans notre analyse, nous n'aborderons pas la question du traitement des données à caractère personnel ni celle de la répartition de compétences entre l'Etat fédéral et les entités fédérées. Ces questions ont été abordées par des spécialistes de ces matières délicates.

**1) Quant à l'opportunité même d'une loi « pandémie » :**

AVOCATS.BE, comme nombre d'autres acteurs de l'Etat de droit, a souligné la faiblesse du dispositif législatif aujourd'hui en place pour justifier une période ininterrompue d'un an (encore en cours) de substantielles restrictions des droits et libertés sur la base formelle d'arrêtés ministériels.

Il faut donc saluer l'initiative qui consisterait à donner un fondement plus substantiel que les quelques dispositions éparses de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, de la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile et de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile, en vue de réglementer le régime en place en cas de crise sanitaire grave.

La difficulté de l'exercice consiste sans doute à rencontrer deux préoccupations : celle de l'efficacité de mesures qui doivent être prises dans l'urgence et celle du respect de l'Etat de droit et plus particulièrement du principe de la séparation des pouvoirs.

Il est important d'insister sur deux éléments centraux :

- La loi aujourd'hui en discussion ne doit pas simplement servir de « couverture » aux actes qui ont été posés depuis un an mais se donner une ambition bien plus importante pour la suite et la fin de la gestion de la pandémie en cours et pour les crises ultérieures éventuelles ; on peut parfois avoir l'impression que l'avant-projet s'inspire de la pratique en cours depuis un an en vue de la valider plutôt que de chercher à composer un véritable « droit de crise sanitaire » destiné à s'appliquer surtout aux éventuelles épidémies futures ;
- La loi doit trouver un équilibre, qui a disparu par moments dans la gestion de la présente crise, entre la nécessité d'une réaction constamment dans l'urgence de la part de l'exécutif, d'une part, et l'effectivité d'un contrôle parlementaire et juridictionnel suffisant, d'autre part.

## **2) Quant au caractère trop limité de l'implication parlementaire :**

Le mécanisme qu'envisage de mettre en place l'avant-projet de loi comprend deux phases, systématiquement renouvelables périodiquement.

La première phase, visée par l'article 3, concerne la déclaration de situation d'urgence épidémique. La seconde qu'envisagent notamment les articles 4 et 5 est liée à la gestion de la crise (arrêtés de police).

Certes, il est illusoire, nonobstant ce que d'aucuns répètent depuis de mois, lorsque l'urgence impérieuse requiert une intervention quasiment sans délai, d'envisager un débat parlementaire avant chaque mesure de gestion de la crise sanitaire.

En termes de légitimité formelle, on eût pu imaginer que chacun des arrêtés adoptés dans le cadre de la gestion de la crise puisse être transmis au Parlement pour ratification (ou non) dans un délai à déterminer. L'intervention parlementaire, prenant alors la place d'une confirmation législative (ou non) du dispositif ainsi adopté ou portant sur l'opportunité de son maintien présente toutefois un inconvénient majeur. Elle soustrait *de facto* la loi de confirmation à un contrôle effectif à bref délai. En effet, les compétences de la Cour constitutionnelle sont limitées (même si elles incluent l'ensemble des droits et libertés) et cette juridiction ne connaît pas de procédure de suspension en extrême urgence.

Le projet pourrait toutefois être amélioré en prévoyant l'organisation d'un débat plus constant et soutenu entre l'exécutif et le Parlement, permettant le cas échéant à ce dernier de « reprendre la main » et d'abroger ou modifier un arrêté dont le maintien en vigueur ne se justifie plus. L'on pourrait aussi imaginer, via une simple modification des lois coordonnées le 12 janvier 1973, que la section de législation du Conseil d'Etat si elle n'a pu rendre d'avis en amont du projet d'arrêté, vu l'urgence, le rende en aval notamment pour aider le Parlement dans sa mission de contrôle.

Au sujet de l'urgence, il convient tout de même de souligner que toutes les mesures prises cette année n'étaient pas justifiées par l'urgence. Ainsi, à titre d'exemple, était-il ainsi urgent de prévoir dès le 6 février 2021 une prorogation de l'interdiction des voyages non essentiels du 1<sup>er</sup> au 31 mars 2021 ?

## **3) Quant au contrôle parlementaire visé au niveau de la phase de déclaration de la situation d'urgence épidémique :**

Paradoxalement, la seule implication formelle significative du Parlement visée par l'article 3 de l'avant-projet qui conduit à l'adoption d'une loi de confirmation de l'arrêté royal déclarant la situation d'urgence épidémique semble critiquable sur un certain nombre de points :

- Le délai de deux jours (apparemment « calendrier » et non « ouvrables ») éventuellement prorogeable de trois jours supplémentaires (étrangement par le Président de la Chambre) semble trop court, surtout en période de crise épidémique, pour garantir la possibilité d'une intervention législative et surtout d'un débat sérieux sur une situation épidémiologique et sur un texte qui a pour vocation

d'ouvrir la possibilité de prendre durablement une série de mesures attentatoires aux libertés fondamentales;

- Au regard de la nécessité de gérer d'urgence la crise, particulièrement lorsqu'elle est déclenchée, il paraît risqué d'attendre la loi de confirmation législative pour que puissent être adoptés les premiers arrêtés ministériels de gestion de la crise ... cinq jours d'inaction peuvent s'avérer catastrophiques en termes de conséquences ;

Ainsi, il serait préférable de permettre que, dès l'adoption de l'arrêté royal déclarant la situation d'urgence, puissent être adoptés les arrêtés de gestion de la crise. A défaut, le risque est grand que le pouvoir exécutif agisse, dans l'attente de cette confirmation, en se basant sur les trois lois dont depuis un an on considère qu'elles constituent une habilitation discutable et trop générale aux décisions prises ».

- La sanction attachée à la non-ratification par le Parlement (l'arrêté royal cesse de sortir ses effets) n'est pas adéquate, tenant compte de la nature de la situation réglée (déclenchement d'une crise sanitaire présumée grave), sachant que des contingences non liées à une appréciation « de fond » peuvent justifier que le Parlement n'ait pas pu se réunir dans un délai très bref.

#### **4) Quant à la nécessité d'encadrer l'action de l'exécutif :**

De nombreuses critiques sont apparues durant la gestion de la crise actuelle, en lien avec le critère de « légalité » dans le contrôle d'une restriction des libertés, en raison de l'adoption systématique d'arrêtés ministériels (Ministre de l'Intérieur) apportant des dérogations substantielles aux droits et libertés notamment garantis par la Constitution et les conventions internationales.

Un des reproches formulés dans la gestion de cette pandémie a été l'absence d'encadrement du pouvoir exécutif dans les mesures prises. Sauf un contrôle parlementaire *a posteriori*, par le biais de questions parlementaires, le gouvernement disposait d'une véritable carte blanche.

Sans vouloir organiser un véritable carcan, l'action du gouvernement doit être mieux encadrée *a priori*. Il faut préciser les différents éléments repris à l'article 5, § 1<sup>er</sup>, du projet de loi. A titre d'exemple, autoriser le pouvoir exécutif à déterminer « des mesures physiques ou sanitaires » est bien trop vague et peut permettre toutes les dérives. Si, comme le précise l'exposé des motifs, l'idée est de permettre au pouvoir exécutif d'établir une mesure de distanciation sociale, il importe de le préciser. A défaut, toute « mesure physique » est possible, en ce compris sans doute la vaccination obligatoire.

Il est donc essentiel de se saisir de l'expérience récente pour être plus précis dans la détermination des mesures qui peuvent être prises, si elles sont nécessaires et proportionnées, par le pouvoir exécutif.

C'est aussi un gage de garantie d'adhésion de la population aux mesures prises.

Il est donc impératif d'étoffer l'article 5, § 1<sup>er</sup>, du projet de loi.

### **5) Quant au rôle formel prépondérant du Ministre de l'Intérieur :**

Même s'il est vrai que le choix formel de l'arrêté ministériel doit être recontextualisé au sein de la procédure (ou plutôt du « processus ») ayant conduit à son adoption (décision au consensus prise au sein du comité de concertation réunissant l'ensemble des représentants des gouvernements fédéral et des entités fédérées), il n'en reste pas moins que des dérogations substantielles aux droits et libertés fondamentales paraissent, en principe, devoir être confiées à la loi ou, à tout le moins, adoptées par un arrêté royal.

En l'espèce, on ne comprend pas pourquoi le Ministre de l'Intérieur continue à être l'auteur des arrêtés de gestion de l'épidémie alors qu'ils sont délibérés en Conseil des ministres. Rien ne doit les empêcher de prendre *a minima* la forme d'un arrêté royal.

Il faut sans doute rappeler l'article 108 de la Constitution qui précise clairement que « *le Roi fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution* ». Il s'agit donc bien du Roi, soit le gouvernement par arrêté royal, et non du Ministre par arrêté ministériel.

Il faut confier au Roi et non à un Ministre l'exécution de la loi. C'est d'autant plus essentiel lorsqu'il s'agit d'adopter des mesures restreignant les droits et libertés.

### **6) Quant à un renforcement du contrôle juridictionnel à chacune des étapes du processus mis en place :**

Quant à la première phase, s'agissant de l'arrêté royal déclarant la situation d'urgence épidémique, il peut faire l'objet d'un recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat mais le bref délai séparant son adoption de la loi de confirmation attendue rend inopérant le contrôle qui pourrait être exercé (le recours devenant *a priori* sans objet dès l'adoption de la loi de confirmation).

La question se pose alors du contrôle effectif qui pourrait être opéré sur la loi de confirmation, ce contrôle semblant aujourd'hui échapper aux compétences de la Cour Constitutionnelle au regard tant de l'article 142 de la Constitution (non révisable sous cette législature) que de la loi spéciale du 6 janvier 1989, sachant en outre qu'il n'existe pas de procédure de suspension d'extrême urgence devant la Cour Constitutionnelle. Peut-être, comme l'a suggéré Marc Verdussen, faudrait-il réfléchir, dans cette situation particulière, à la possibilité de voir le Conseil d'Etat rester compétent pour vérifier la validité en droit de l'arrêté déclarant la situation d'urgence épidémique, nonobstant sa confirmation législative, et ce par le biais d'une compétence nouvelle à insérer dans les lois coordonnées le 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat.

Quant à la deuxième phase, s'agissant des arrêtés (à ce stade du Ministre de l'Intérieur délibéré en conseil des Ministres) de gestion de la crise, si, depuis le mois d'octobre 2020, notamment par le biais d'arrêts rendus en assemblée générale, le Conseil d'Etat a fréquemment rencontré les moyens avancés à l'encontre des arrêtés ministériels attaqués en extrême urgence, une partie importante des premiers arrêts rendus avant la « deuxième vague », et certains aujourd'hui encore, ont rejeté les recours, souvent pour défaut d'extrême urgence.



AVOCATS.BE

En lien avec l'intervention de Joëlle Sautois, 'on pourrait, comme dans le contentieux des marchés publics, s'interroger sur la possibilité de réaménager, s'agissant du contrôle spécifique de ces arrêtés, le contentieux de suspension d'extrême urgence en supprimant l'exigence pour le citoyen de démontrer l'extrême urgence (qui serait ainsi présumée dans une telle situation) et en renforçant le recours dans le chef du juge administratif à la balance des intérêts, le cas échéant. L'on pourrait aussi s'inspirer de l'institution du « référé-libertés » devant le Conseil d'Etat de France.

### **7) Quant au manque de garanties en termes de transparence administrative :**

La crise actuelle a démontré fréquemment le désarroi des citoyens (et parfois à leurs côtés des avocats) s'agissant de l'accès aux documents administratifs et notamment aux nombreux rapports d'expertise ayant inspiré l'adoption des arrêtés ministériels.

De manière relativement générale, l'article 3, § 3, de l'avant-projet précise que : « *les autorités et services compétents veillent à la publication des données scientifiques (...) dans les meilleurs délais* ».

Puisqu'aucune obligation de motivation formelle des arrêtés réglementaires n'existe, il conviendrait, dans un cadre comme celui de la gestion d'une crise sanitaire, d'organiser bien plus substantiellement et plus précisément la publicité active et la mise à disposition, presque en temps réel lors de l'adoption de nouveaux arrêtés ministériels restreignant les droits et libertés, des documents scientifiques ayant conduit à l'adoption de ces arrêtés. Il en va du respect du droit fondamental à la transparence administrative, garanti par l'article 32 de la Constitution.

### **8) Quant au choix de la répression pénale :**

L'article 7 de l'arrêté maintient l'existence d'un régime répressif de nature pénale en cas de contravention aux arrêtés ministériels. D'un point de vue symbolique, l'on peut se poser la question de savoir si un régime de répression administrative moins lourd n'eut pas été plus adapté.

### **9) Quant à la définition des secteurs essentiels :**

Le commentaire de l'article 5 qui évoque les « secteurs essentiels » devant systématiquement être maintenu « ouverts » parle des services du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, et étonnamment pas du pouvoir judiciaire. D'un point de vue strictement symbolique, il paraît important de remettre les trois pouvoirs sur pied d'égalité dans cet exemple certes non exhaustif et peut-être de rappeler que les avocats, acteurs de justice, font partie des services essentiels.

Xavier VAN GILS  
Président

Michel KAISER  
Co-Président de la commission de droit public