



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 69.253/AV
van 23 april 2021

avis 69.253/AG
du 23 avril 2021

over

sur

een ontwerp van ministerieel
besluit 'houdende wijziging
van het ministerieel besluit van
28 oktober 2020 houdende
dringende maatregelen om de
verspreiding van het
coronavirus COVID-19 te
beperken '

un projet d'arrêté ministériel
'modifiant l'arrêté ministériel
du 28 octobre 2020 portant des
mesures d'urgence pour limiter
la propagation du coronavirus
COVID-19'

Op 16 april 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Binnenlandse Zaken, Institutionele Hervormingen en Democratische Vernieuwing verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen, verlengd tot acht werkdagen* een advies te verstrekken over een ontwerp van ministerieel besluit 'houdende wijziging van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken'.

Het ontwerp is door de algemene vergadering onderzocht op 22 april 2021. De algemene vergadering was samengesteld uit Jacques JAUMOTTE, voorzitter van de Raad van State, Marnix VAN DAMME, Pierre VANDERNOOT, Martine BAGUET en Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitters, Chantal BAMPS, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Luc CAMBIER, Bert THYS, Bernard BLERO, Wouter PAS, Koen MUYLLE, Patrick RONVAUX en Christine HOREVOETS, staatsraden, Jan VELAERS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Christian BEHRENDT en Johan PUT, assessoren, en Gregory DELANNAY, hoofdgriffier.

Het verslag is uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd, Jonas RIEMSLAGH, auditeur, Cedric JENART en Anne-Stéphanie RENSON, adjunct-auditeurs.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jacques JAUMOTTE, voorzitter van de Raad van State.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 23 april 2021.

*

* Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat de termijn van vijf werkdagen verlengd wordt tot acht werkdagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de algemene vergadering met toepassing van artikel 85.

Le 16 avril 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Intérieur, des Réformes institutionnelles et du Renouveau démocratique à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables prorogé à huit jours ouvrables *, sur un projet d'arrêté ministériel 'modifiant l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19'.

Le projet a été examiné par l'assemblée générale le 22 avril 2021. L'assemblée générale était composée de Jacques JAUMOTTE, président du Conseil d'État, Marnix VAN DAMME, Pierre VANDERNOOT, Martine BAGUET et Wilfried VAN VAERENBERGH, présidents de chambre, Chantal BAMPS, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Luc CAMBIER, Bert THYS, Bernard BLERO, Wouter PAS, Koen MUYLLE, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Jan VELAERS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Christian BEHRENDT et Johan PUT, assesseurs, et Gregory DELANNAY, greffier en chef.

Le rapport a été présenté par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section, Jonas RIEMSLAGH, auditeur, Cedric JENART et Anne-Stéphanie RENSON, auditeurs adjoints.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jacques JAUMOTTE, président du Conseil d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 23 avril 2021.

*

* Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, qui dispose que le délai de cinq jours ouvrables est prorogé à huit jours ouvrables dans le cas où l'avis est donné par l'assemblée générale en application de l'article 85.

Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

I. STREKKING VAN HET ONTWERP

1.1. Het voor advies voorgelegde ontwerp van ministerieel besluit strekt tot wijziging van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 ‘houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken’.

Het doel van het ontwerp is tweeledig.

Enerzijds worden bepaalde maatregelen in het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 gewijzigd. Het betreft in hoofdzaak versoepelingen van bestaande maatregelen.

Anderzijds wordt het temporele toepassingsgebied van het aldus gewijzigde besluit (artikel 28) verlengd tot en met 31 mei 2021 (artikel 7 van het ontwerp).

1.2. De wijzigingen aan de zogenaamde coronamaatregelen kunnen als volgt worden samengevat.

De in artikel 5, tweede lid, 14°, van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 vervatte regel dat er in beginsel individueel gewinkeld moet worden, wordt vervangen door de regel dat een consument in beginsel mag worden vergezeld door één persoon van hetzelfde huishouden (artikel 1 van het ontwerp).

Het verbod op het uitoefenen van zogenaamde contactberoepen (artikel 8, § 4, van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020) wordt, zij het onder voorwaarden, opgeheven voor wat betreft “de schoonheidssalons, de bemande zonnebanken, de bemande zonnecentra, de niet-medische pedicurezaken, de nagelsalons, de massagesalons, de kapperszaken, de barbiers en de tatoeage- en piercingsalons” en op het verbod inzake dienstverlening aan en in huis wordt een uitzondering voor diensten voor haarverzorging toegevoegd (artikel 2 van het ontwerp).

De regeling inzake het aanbieden van goederen aan consumenten via een systeem van bestellen en afhalen, van leveren, of via een systeem op afspraak in artikel 8*bis* van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 wordt opgeheven (artikel 3 van het ontwerp).

De drempel voor de algemene beperking op samenscholingen (artikel 15 van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020) wordt verhoogd van vier naar tien personen, kinderen tot en met 12 jaar niet meegeteld (artikel 4 van het ontwerp).

Van de regels vervat in het te wijzigen besluit kan worden afgeweken in het kader van zogenaamde proef- en pilootprojecten. Deze regeling geldt ten aanzien van “de door de bevoegde ministers, in afstemming met de betrokken lokale overheden, de federale minister van Binnenlandse Zaken en de federale minister van Volksgezondheid geselecteerde proef- en

pilootprojecten die worden georganiseerd op basis van het protocol dat zal worden bepaald door de bevoegde ministers en de federale Minister van Volksgezondheid houdende een kader, kalender en stappenplan voor de organisatie van proef- en pilootprojecten, zowel binnen als buiten, overeenkomstig de beslissing van het Overlegcomité ter zake” (artikel 8 van het ontwerp – nieuwe tweede lid van artikel 29 van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020).

Daarnaast worden enkele wijzigingen met een veeleer technisch karakter aangebracht. De tijdelijke ‘raamregeling’ op treinen met een toeristische bestemming (artikel 19bis van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020) wordt opgeheven (artikel 5 van het ontwerp) en de regeling inzake het toezicht door de ambtenaren van de Algemene Directie Economische Inspectie van de Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie (artikel 27, § 4, eerste en tweede lid, van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020) wordt uitgebreid met een verwijzing naar artikel 5 van het te wijzigen besluit (artikel 6 van het ontwerp).

1.3. Het te nemen besluit treedt in werking op 26 april 2021 (artikel 9 van het ontwerp).

II. ONTVANKELIJKHEID

2. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

De spoedeisendheid van de adviesaanvraag wordt volgens de adviesaanvrager gemotiveerd door “de noodzakelijkheid om maatregelen te overwegen die gegrond zijn op epidemiologische resultaten die van dag op dag evolueren en waarvan de laatste de maatregelen hebben gerechtvaardigd, dat het zodoende dringend is om bepaalde maatregelen aan te passen, te nemen en te verlengen, zodat die op 26 april 2021 in werking kunnen treden. De maatregelen werden beslist tijdens het Overlegcomité dat is bijeengekomen op 14 april 2021 en werden goedgekeurd op de Ministerraad van 15 april 2021”.

Deze motivering kan worden aanvaard.

III. VOORAFGAANDE OPMERKING

3. Dit advies is gegeven door de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State binnen een termijn van vijf werkdagen, verlengd tot acht werkdagen met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. De aldus toebemeten termijn verstrijkt op woensdag 28 april 2021.

Aangezien het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 ‘houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken’ van toepassing is tot en met 25 april 2021 (artikel 28 van het besluit) en deze ontworpen wijzigingstekst in werking moet treden op maandag 26 april 2021, heeft de algemene vergadering het opportuun geacht dit

advies te geven zonder te wachten tot de laatste dag van de toebemeten termijn, en zelfs integendeel het advies te geven binnen de initiële termijn van vijf werkdagen.

In die omstandigheden wil de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State de aandacht te vestigen op het feit dat, binnen de vooropgestelde termijn van vijf werkdagen voor de behandeling van de adviesaanvraag en het geven van het advies, het onderzoek dat zij aldus uitgevoerd heeft, strikt beperkt gebleven is tot de wijzigingsbepalingen die haar voorgelegd zijn, alsook tot de vooropgestelde toepassingstermijn van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020, in zoverre die periode betrekking heeft op de wijzigingen die in het ministerieel besluit in kwestie aangebracht zijn en aldus niet over het volledig besluit, zoals het verlengd wordt door artikel 7 van het ontwerp.

IV. ALGEMENE OPMERKINGEN

A. RECHTSGROND

4. Luidens de aanhef van het ontwerp wordt rechtsgrond gezocht in:

- artikel 4 van de wet van 31 december 1963 ‘betreffende de civiele bescherming’;
- de artikelen 11 en 42 van de wet van 5 augustus 1992 ‘op het politieambt’;
- de artikelen 181, 182 en 187 van de wet van 15 mei 2007 ‘betreffende de civiele veiligheid’.

Het gaat om dezelfde rechtsgronden als die waarnaar verwezen wordt in de aanhef van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 zelf, alsook in de verschillende ministeriële besluiten tot wijziging van dat besluit.¹

In het eerste lid van de aanhef wordt tevens verwezen naar artikel 23 van de Grondwet. Hoewel die bepaling, die onder meer een positieve verplichting inzake de bescherming van de gezondheid in hoofde van de overheid bevat², deel uitmaakt van de juridische context waarin het voorliggende ontwerpbesluit tot stand komt, biedt zij als dusdanig geen rechtsgrond aan de minister om een dergelijk besluit te nemen.³

5. Aan de gemachtigde van de minister is gevraagd om toe te lichten welke ingeroepen bepalingen concreet rechtsgrond bieden voor de verschillende onderdelen van het ontwerp. Een dergelijk overzicht werd niet gegeven. Het antwoord van de gemachtigde kwam er

¹ Tot op heden is bij de afdeling Wetgeving *nota bene* nog geen adviesaanvraag ingediend in verband met die verschillende ministeriële besluiten, of in verband met ministeriële besluiten die reeds voorheen ter zake zijn vastgesteld.

² Adv.RvS 68.936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp van wet ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’ (hierna ‘pandemiewet’), opm. 5.

³ Een verwijzing naar een dergelijke bepaling moet worden ingeleid door “overwegende” in plaats van “gelet op”. *Beginnelen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, aanbeveling 40.

integendeel op neer dat de aangehaalde wetsbepalingen samen rechtsgrond bieden voor het geheel van de maatregelen.

Volledigheidshalve kan verder worden opgemerkt dat, anders dan het geval was in advies 68.936/AV over het voorontwerp van 'pandemiewet', in onderhavig dossier in beginsel niet moet worden onderzocht in welke mate delegaties door de wetgever aan de minister mogelijk zijn. Daarover zijn weliswaar prejudiciële vragen gesteld aan het Grondwettelijk Hof.⁴ Zolang het Hof zich daarover niet heeft uitgesproken en desgevallend een ongrondwettigheid heeft vastgesteld, blijven de desbetreffende wetsbepalingen van kracht. Bij het onderzoek van een ontwerpbesluit wordt in beginsel uitgegaan van de bepalingen die de wetgever tot stand heeft gebracht, al moeten die uiteraard nog worden geïnterpreteerd.

6. Artikel 4 van de wet van 31 december 1963 'betreffende de civiele bescherming' luidt als volgt:

"De Minister tot wiens bevoegdheid Binnenlandse Zaken behoren, organiseert de middelen en lukt de maatregelen uit welke voor geheel 's lands grondgebied nodig zijn voor de civiele bescherming. Hij coördineert de voorbereiding en de toepassing van die maatregelen zowel bij de verschillende ministeriële departementen als bij de openbare lichamen.

Die coördinatie heeft ook betrekking op alle maatregelen in verband met het aanwenden van de middelen van de Natie, die reeds in vreedstijd moeten worden genomen met het oog op de civiele bescherming in oorlogstijd.

De Minister oefent zijn bevoegdheid uit ten aanzien van de vraagstukken met betrekking tot de civiele bescherming die in internationale organisaties worden behandeld, en naar aanleiding van de op dat gebied dienstige internationale uitwisselingen."

7. Artikel 11 van de wet van 5 augustus 1992 'op het politieambt' luidt als volgt:

"Onverminderd de bevoegdheden die hun zijn toegekend door of krachtens de wet, oefenen de minister van Binnenlandse Zaken en de gouverneur de bevoegdheden van de burgemeester of van de gemeentelijke instellingen in subsidiaire orde uit wanneer deze, al dan niet vrijwillig, hun verantwoordelijkheden niet nakomen, wanneer de verstoring van de openbare orde zich uitstrekt over het grondgebied van verscheidene gemeenten of, wanneer, ook al is de gebeurtenis of de situatie slechts in een enkele gemeente gelokaliseerd, het algemeen belang hun tussenkomst vereist.

De bij het eerste lid bedoelde bevoegdheden betreffen maatregelen van bestuurlijke politie in de zin van artikel 3, 1°, behalve diegene die het voorwerp uitmaken van artikel 42 van de wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus."

Artikel 3, 1°, van de wet op de politieambt, waarnaar uitdrukkelijk wordt verwezen in artikel 11 van dezelfde wet, definieert de "politiemaatregelen" als elke juridische of materiële uitvoerbare handeling van bestuurlijke of gerechtelijke politie die voor de burgers een aanwijzing, een verplichting of een verbod inhoudt.

⁴ Zie o.a. de zaken 7543 en 7544 ingediend op 9 maart 2021.

De verwijzing in datzelfde artikel 11 van de wet van 5 augustus 1992 naar de door de burgemeester of de gemeentelijke instellingen uitgeoefende bevoegdheden moet bovendien begrepen worden als een verwijzing naar de relevante bepalingen ter zake van de Nieuwe Gemeentewet, in het bijzonder haar artikelen 119, 134 en 135.

Artikel 42 van dezelfde wet luidt als volgt:

“Wanneer hij in gevaar gebracht wordt bij het vervullen van zijn opdracht of wanneer personen in gevaar zijn, kan ieder lid van het operationeel kader de hulp of bijstand vorderen van de ter plaatse aanwezige personen en in geval van absolute noodzaak kan hij eveneens de hulp of bijstand vorderen van enig ander nuttig persoon.

De gevorderde hulp of bijstand mag de persoon die ze verleent niet in gevaar brengen.”

8. De artikelen 181, 182 en 187 van de wet van 15 mei 2007 ‘betreffende de civiele veiligheid’ luiden tot slot als volgt:

“Art. 181. § 1. De minister of zijn afgevaardigde kan, bij interventies in het kader van de opdrachten vermeld in artikel 11, in afwezigheid van beschikbare openbare diensten en bij gebrek aan voldoende middelen, de personen en zaken die hij nodig acht, opvorderen.

Dezelfde bevoegdheid wordt verleend aan de burgemeester, alsook aan de zonecommandant en, bij delegatie van deze laatste, aan de officieren tijdens interventies van deze diensten in het kader van hun opdrachten.

De Koning legt de procedure en de nadere regels van de opvordering vast.

§ 2. Dragen de kosten verbonden aan de opvordering van personen en zaken en vergoeden deze kosten aan de rechthebbenden:

1° de Staat, wanneer het de minister of zijn afgevaardigde is die overgaat tot de opvordering;

2° de gemeente wanneer het de burgemeester is die overgaat tot de opvordering;

3° de zone wanneer het de zonecommandant of de officieren zijn die overgaan tot de opvordering.

De kosten zijn niet verschuldigd wanneer ze voortvloeien uit de herstelling van de schade die veroorzaakt werd aan de opgevorderde personen en zaken en voortvloeien uit ongevallen die plaatsvonden in de loop van of door het feit van de uitvoering van de operaties met het oog waarop de opvordering plaatsvond, wanneer het ongeval opzettelijk veroorzaakt werd door het slachtoffer.

§ 3. Tijdens de duur van de prestaties, worden de arbeidsovereenkomst en het leercontract geschorst ten voordele van de werknemers die deel uitmaken van deze diensten of die opgevorderd werden.

Art. 182. De minister of zijn gemachtigde kan in geval van dreigende omstandigheden de bevolking, ter verzekering van haar bescherming, verplichten zich te verwijderen van plaatsen of streken, die bijzonder blootgesteld, bedreigd of getroffen zijn, en degenen die bij deze maatregelen betrokken zijn een voorlopige verblijfplaats aanwijzen; om dezelfde reden kan hij iedere verplaatsing of elk verkeer van de bevolking verbieden.

Dezelfde bevoegdheid wordt toegekend aan de burgemeester.

(...)

Art. 187. Weigering of verzuim zich te gedragen naar de maatregelen die met toepassing van artikelen 181, § 1, en 182 zijn bevolen, wordt in vredetijd gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden, en met geldboete van zesentwintig euro tot vijfhonderd euro, of met één van die straffen alleen.

In oorlogstijd of in daarmee gelijkgestelde perioden wordt weigering of verzuim zich te gedragen naar de maatregelen die met toepassing van artikel 185 zijn bevolen gestraft met gevangenisstraf van drie maanden tot zes maanden en met geldboete van vijfhonderd euro tot duizend euro, of met één van de straffen alleen.

De minister of, in voorkomend geval, de burgemeester of de zonecommandant, kan bovendien de genoemde maatregelen ambtshalve doen uitvoeren, op kosten van de weerspannige of in gebreke gebleven personen.”

In artikel 11 van de wet van 15 mei 2007, waarnaar verwezen wordt in artikel 181, § 1, van dezelfde wet, worden de verschillende algemene opdrachten van de operationele diensten van de civiele veiligheid als volgt opgesomd:

“§ 1. [...]:

1° de redding van en de bijstand aan personen in bedreigende omstandigheden en de bescherming van hun goederen;

2° de dringende geneeskundige hulpverlening zoals bepaald in artikel 1 van de wet van 8 juli 1964 betreffende de dringende geneeskundige hulpverlening;

3° de bestrijding van brand en ontploffing en hun gevolgen;

4° de bestrijding van vervuiling en van het vrijkomen van gevaarlijke stoffen met inbegrip van radioactieve stoffen en ioniserende straling;

5° de logistieke ondersteuning.

§ 2 Maken integraal deel uit van de opdrachten opgesomd in § 1, 1°, 3°, 5°, de proactie, de preventie, de preparatie, de uitvoering en de evaluatie.

In de zin van deze paragraaf, worden begrepen onder:

1° proactie: alle maatregelen om de risico's te inventariseren en te analyseren;

2° preventie: alle maatregelen om het zich voordoen van de risico's te beperken of de gevolgen van het zich voordoen te minimaliseren;

3° preparatie: alle maatregelen om te garanderen dat de dienst klaar is om het hoofd te bieden aan een reëel incident;

4° uitvoering: alle maatregelen die genomen worden wanneer er zich daadwerkelijk een incident voordoet;

5° evaluatie: alle maatregelen om de proactie, preventie, preparatie en uitvoering te verbeteren via lessen getrokken uit het incident.”

9. De concrete draagwijdte van de verschillende zonet vermelde rechtsgronden, heeft, wat de bevoegdheid van de federale overheid op zich betreft, het voorwerp gemaakt van een algemene analyse door de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State in het voornoemde advies 68.936/AV gegeven op 7 april 2021 over een voorontwerp van ‘pandemiewet’.

De kwestie van het bestaan, in die verschillende teksten, van een toereikende rechtsgrond voor het vaststellen, bij ministeriële besluiten, van de huidige maatregelen in de strijd tegen de COVID-19-pandemie geeft momenteel aanleiding tot controverse zowel in de doctrine als in de rechtspraak, wat oorzaak is van enige rechtsonzekerheid, met name op het vlak van de rechtspraak van de gewone hoven en rechtbanken. Zo kan gewezen worden op een vonnis van de correctionele rechtbank van Charleroi⁵ en op een arrest van het hof van beroep van Bergen,⁶ waarin geoordeeld werd dat de bestaande ministeriële besluiten niet ter zijde geschoven dienden te worden. De Franstalige rechtbank van eerste aanleg van Brussel daarentegen heeft in een beschikking van 31 maart 2021, uitgesproken in kort geding, geoordeeld dat de ministeriële besluiten van 18 en 28 oktober 2020 geen toereikende rechtsgrond hebben.⁷ De Belgische Staat heeft evenwel hoger beroep ingesteld tegen die beschikking.

Het is in die context dat de minister bevoegd voor Binnenlandse Zaken het initiatief genomen heeft om het hierboven vermelde voorontwerp van ‘pandemiewet’ uit te werken, welk voorontwerp ertoe strekt een duidelijk en coherent juridisch kader te voorzien teneinde in de toekomst beter om te kunnen gaan met “epidemische noodsituaties”, in de zin zoals gedefinieerd in dat voorontwerp van wet.

10.1. Over de zo-even aangehaalde wetsbepalingen heeft de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak, in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende

⁵ Rb. Henegouwen, 9 februari 2021, 20C001830, p. 31-34: « S’il est acquis que le principe de légalité des incriminations et des peines implique que le pouvoir législatif est le pouvoir naturel pour prendre des mesures restrictives des droits et libertés individuels, les délégations à d’autres pouvoirs sont largement admises. Il convient également de relever que la délégation à un Ministre seul peut se justifier eu égard à l’urgence de la situation. [...] Il résulte des développements qui précèdent qu’il n’y a pas lieu d’écarter l’application de l’arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant des mesures d’urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19. Les poursuites exercées par le Ministère public sur la base de cet arrêté doivent, partant, être déclarées recevables ».

⁶ Bergen, 8 februari 2021, 2020/H/361, p. 8: “Il résulte de la lecture conjointe des dispositions précitées 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. La véritable limite à ce cadre d’habilitation consiste dans la proportionnalité des mesures prises par rapport à la catastrophe subie ou à la menace encourue. En l’espèce, les interdictions de sortie (sauf cas autorisés) et de rassemblement, ou encore l’obligation de respect de la distanciation sociale peuvent être analysées comme des modalités relatives ou atténuées de confinement (en ce sens, KUTY F., Les implications pénales de la sécurité civile – Les infractions à la réglementation tendant à limiter la propagation du virus Covid-19 (1ère partie), J.T., Chronique judiciaire, 2020, p. 298) et sont en lien avec les risques alors encourus, notamment de propagation du virus et de saturation des hôpitaux, que l’arrêté ministériel entendait contrer. [...] En conséquence, il ressort de ce qui précède que les arrêtés ministériels dont le ministère public sollicite l’application ont bien été pris en exécution de la loi d’habilitation du 15 mai 2007, adoptée pour fournir une réponse urgente et temporaire à des situations de catastrophes soudaines ou imminentes.”

⁷ Rb. Brussel (Fr.), beschikking, 31 maart 2021, nr. 2021/14/C: “[...] il apparaît que la situation liée à la pandémie de la Covid-19 n’est pas, *prima facie*, visée par la loi du 15 mai 2007 [...]. La loi du 15 mai 2007 vise des situations bien spécifiques qui ne recouvrent pas la situation de gestion d’une pandémie [...] Il s’avère que la fermeture des divers établissements (culturels, festifs, sportifs, récréatifs, événementiel, horeca, des professions de contact), la suspension de l’obligation scolaire, la limitation des rassemblements public ou privé, la limitation de circuler depuis et vers la Belgique échappent, *prima facie*, aux notions que le langage courant nous impose, des termes ‘réquisition et évacuation’ et, partant, au cadre restrictif et prévisible de l’habilitation prévue par la loi du 15 mai 2007” (n° 66 -p. 23); ‘Si l’urgence des premiers temps de l’épidémie aurait pu expliquer qu’il faille s’appuyer sur la loi du 15 mai 2007, il ne paraît plus justifier de s’en prévaloir plusieurs mois après l’émergence de la crise sanitaire [...]’ (n° 67 – p. 24); ‘Par identité de motifs et pour autant que de besoin, les mêmes constats d’illégalité apparente peuvent être posés pour les autres dispositions à l’appui desquelles l’arrêté ministériel du 28 octobre 2020 et ses arrêtés subséquents ont été édictés’ (n° 73 – p. 25).

noodzakelijkheid, in de context van de COVID-19-pandemie onder meer ook het volgende opgemerkt⁸:

“10. (...) Krachtens artikel 4, eerste lid, van de wet van 31 december 1963, die zowel in oorlogstijd als in vreedstijd geldt, organiseert de minister van Binnenlandse Zaken de middelen en lokt de maatregelen uit welke voor geheel 's lands grondgebied nodig zijn voor de civiele bescherming. Zij coördineert de voorbereiding en de toepassing van die maatregelen zowel bij de verschillende ministeriële departementen als bij de openbare lichamen.

De ‘civiele bescherming’ beoogt niet alleen de bescherming en het voortleven van de bevolking, evenals de vrijwaring van 's Lands patrimonium in oorlogstijd te verzekeren doch eveneens hulp en bijstand te verlenen in vreedstijd in geval van rampspoedige gebeurtenissen, catastrofes en schadegevallen zoals branden, overstromingen en andere dergelijke rampen (*Parl. St., Senaat*, 1961-1962, 338, 2). Onder dergelijke catastrofes lijken ook besmettingen met een levend virus te kunnen worden begrepen, zoals te dezen de besmetting met SARS-CoV-2 die leidt tot COVID-19. Dat ook besmettingen met een levensbedreigend virus door de noodplanning worden gevat, lijkt ook steun te vinden in het koninklijk besluit van 31 januari 2003 dat, zoals hiervoor is gebleken, in zijn aanhef verwijst naar diverse crisissituaties waaronder besmettelijke ziekten.

Volgens artikel 3 van de wet van 15 mei 2007 omvat de ‘civiele veiligheid’ alle civiele maatregelen en middelen nodig voor het volbrengen van de opdrachten vermeld in de wet om te allen tijde personen en hun goederen en leefomgeving te hulp te komen en te beschermen. Onder ‘civiele maatregelen’ worden de maatregelen verstaan die noch van politionele, noch van militaire aard zijn (artikel 3 *juncto* artikel 1, §2, 7°, van de wet van 15 mei 2007). In geval van dreigende omstandigheden kan de minister of zijn gemachtigde ‘de bevolking, ter verzekering van haar bescherming, verplichten zich te verwijderen van plaatsen of streken, die bijzonder blootgesteld, bedreigd of getroffen zijn, en degenen die bij deze maatregelen betrokken zijn een voorlopige verblijfplaats aanwijzen; om dezelfde reden kan hij iedere verplaatsing of elk verkeer van de bevolking verbieden’ (artikel 182 van de wet van 15 mei 2007). Weigering of verzuim zich te gedragen naar de maatregelen die met toepassing van (onder meer) artikel 182 zijn bevolen, wordt in vreedstijd gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden, en met een geldboete van zesentwintig euro tot vijfhonderd euro, of met één van die straffen alleen (artikel 187, eerste lid). De minister of, in voorkomend geval, de burgemeester of de zonecommandant, kan bovendien de genoemde maatregelen ambtshalve doen uitvoeren, op kosten van de weerspannige of in gebreke gebleven personen (artikel 187, laatste lid).

11. Daarnaast oefenen de minister van Binnenlandse Zaken en de gouverneur op grond van de wet van 5 augustus 1992 ook bevoegdheden inzake bestuurlijke politie uit. Krachtens artikel 11 van die wet oefenen zij immers, en zulks onverminderd de bevoegdheden die hun zijn toegekend door of krachtens de wet (zoals, te dezen, de bevoegdheden inzake civiele veiligheid), de bevoegdheden van de burgemeester in subsidiaire orde uit (onder meer) ‘wanneer de verstoring van de openbare orde zich uitstrekt over het grondgebied van verscheidene gemeenten of, wanneer, ook al is de gebeurtenis of de situatie slechts in een enkele gemeente gelokaliseerd, het algemeen belang hun tussenkomst vereist’. Die bevoegdheden betreffen - behalve diegene die het voorwerp uitmaken van artikel 42 van de wet van 7 december 1998 ‘tot organisatie van

⁸ RvS (AV) 30 oktober 2020, nr. 248.818, *nv Umami*, 10-11. Zie in dezelfde zin, nog steeds over de sluiting van de horeca, na een omstandige motivering, RvS 4 februari 2021, nr. 249.723, *bv Mainego e.a.*

een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus' - maatregelen van bestuurlijke politie in de zin van artikel 3, 1°, van diezelfde wet. Onder (politie)maatregel in de zin van artikel 3, 1°, van de wet van 5 augustus 1992 wordt verstaan 'elke juridische of materiële uitvoerbare handeling van bestuurlijke of gerechtelijke politie die voor de burgers een aanwijzing, een verplichting of een verbod inhoudt'.

Er dient vastgesteld dat het op grond van artikel 135, § 2, tweede lid, 5°, van de Nieuwe Gemeentewet tot de taak van de gemeenten behoort om, ten behoeve van de inwoners, te voorzien in een goede politie, met name over de zindelijkheid, de gezondheid, de veiligheid en de rust op openbare wegen en plaatsen en in openbare gebouwen. Meer bepaald wordt de volgende zaak van politie aan de waakzaamheid en het gezag van de gemeenten toevertrouwd, '5° het nemen van passende maatregelen om rampen en plagen, zoals brand, epidemieën en epizoötieën te voorkomen en het verstrekken van de nodige hulp om ze te doen ophouden'. In subsidiaire orde 'wanneer de verstoring van de openbare orde zich uitstrekt over het grondgebied van verscheidene gemeenten of, wanneer, ook al is de gebeurtenis of de situatie slechts in een enkele gemeente gelokaliseerd, het algemeen belang hun tussenkomst vereist' komt die taak en de erbij horende uitoefening van politionele bevoegdheid de minister van Binnenlandse Zaken toe (artikel 11 van de wet van 5 augustus 1992). (...)”

In hetzelfde arrest van 30 oktober 2020 werd vervolgens opgemerkt dat de aangevochten maatregelen, namelijk de “verplichte sluiting van de horeca, met uitzondering van randactiviteiten” voor een maand, “lijkt te kunnen worden ingepast in de bij artikel 11 van de wet van 5 augustus 1992 rechtstreeks aan de minister toegewezen bevoegdheid zodat aan het algemeen rechtsbeginsel vervat in artikel 105 van de Grondwet op zich lijkt te zijn voldaan”. Tevens werd geoordeeld dat “in de opgelegde sluiting een verplaatsingsverbod [lijkt] te kunnen worden gezien in de zin van artikel 182 van de wet van 15 mei 2007 krachtens hetwelk de minister in geval van dreigende omstandigheden de bevolking, ter verzekering van haar bescherming, kan verplichten zich te verwijderen van plaatsen, die bijzonder blootgesteld, bedreigd of getroffen zijn en zelfs, wat het geval is bij een (gehele) *lockdown*, om dezelfde reden iedere verplaatsing of elk verkeer van de bevolking kan verbieden”.⁹

10.2. In enkele latere arresten, steeds uitgesproken in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, is, onder verwijzing naar dit arrest van 30 oktober 2020, in gelijklopende zin geoordeeld met betrekking tot de sluiting van de horeca¹⁰ en de sluiting van bepaalde kansspelinrichtingen¹¹.

10.3. In een ander arrest van 30 oktober 2020 oordeelde de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak, eveneens in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, dat een middel waarin werd aangevoerd dat de minister, mede in het licht van het in artikel 14 van de Grondwet vervatte legaliteitsbeginsel in strafzaken, haar bevoegdheden te buiten was gegaan met het vaststellen van een tijdelijke avondklok niet ernstig was.¹²

⁹ RvS (AV) 30 oktober 2020, nr. 248.818, *nv Umami*, 11.

¹⁰ RvS 13 november 2020, nr. 248.918, *bv Mainego*; RvS 4 februari 2021, nr. 249.723, *bv Mainego e.a.*

¹¹ RvS 24 februari 2021, nr. 249.904, *nv Derby e.a.*

¹² RvS (AV) 30 oktober 2020, nr. 248.819, *Verelst e.a.*, 25-30.

Daarbij merkte de Raad van State op dat “de bepalingen van de wet van 31 december 1963 betreffende opvordering van personen en goederen, de maatregelen ter evacuatie van bepaalde plaatsen of de isolatiemaatregelen” zijn overgeheveld naar titel XI van de wet van 15 mei 2007 en dat in de memorie van toelichting over die bepalingen van de wet van 31 december 1963 werd gesteld dat tot “de bijzondere rampen waarin de voormelde zeer ruime bevoegdheid aan de minister wordt gegeven (...) onder meer de gevallen waarin ‘er gevaar voor radioactiviteit of voor besmetting bestaat’ (*Parl.St.* Senaat 1961-1962, stuk 338, 5)” behoren.¹³

10.4. Uit wat voorafgaat en uit de bestaande rechtsgronden die de minister bevoegd voor Binnenlandse Zaken uitdrukkelijk de bevoegdheid verlenen om ter zake op te treden, lijkt te kunnen worden afgeleid, uiteraard onder voorbehoud van een eventuele grondwettigheidstoetsing van de delegatie aan de minister die het Grondwettelijk Hof dienaangaande zou moeten uitvoeren¹⁴ en onder voorbehoud van een finaal oordeel door de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State of van het Hof van cassatie over de draagwijdte van de rechtsgrond van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020, dat de tussenkomst van de minister bevoegd voor Binnenlandse zaken in het kader van de coronapandemie in beginsel aanvaard mag worden op basis hetzij van de ene of de andere vermelde rechtsgrond, hetzij een combinatie van deze verschillende rechtsgronden, onder meer telkens de genomen maatregel kan gekwalificeerd worden als een plaats- of verplaatsingsverbod, waarbij het mits naleving van een of meerdere voorwaarden of modaliteiten alsnog toegelaten is zich op een bepaalde plaats te bevinden of zich naar een bepaalde plaats te begeven.

11. Op grond van het bovenstaande kan worden aangenomen dat de ontworpen wijzigingen vervat in de artikelen 1 tot 5 en 8 van het ontwerp kunnen worden geacht voldoende rechtsgrond te vinden in de aanhef van het ontworpen ministerieel besluit opgenomen verscheidene wetsbepalingen. De meeste ervan mogen met name worden beschouwd als een regeling waarbij de betrokkenen worden verplicht “zich te verwijderen van plaatsen of streken” of waarbij “iedere verplaatsing of elk verkeer van de bevolking” wordt verboden, zij het dat het telkens gaat om een plaats- of verplaatsingsverbod waar een complex stelsel van voorwaarden aan wordt gekoppeld: artikel 1 van het ontwerp regelt de voorwaarden voor het winkelen met meer dan één persoon; artikel 2 betreft de verplichte sluiting dan wel mogelijke opening van bepaalde handelszaken waarbij de afstand van 1,5 meter tussen de dienstverlener en de consument niet kan worden gegarandeerd, alsook de dienstverlening aan en in huis; artikel 4 betreft de mate waarin personen, op het grondgebied, kunnen samenkomen; artikel 3 en artikel 5 van het ontwerp heffen regels met een vergelijkbare strekking op.

12. Artikel 8 van het ontwerp voert de mogelijkheid in om, onder bepaalde voorwaarden, af te wijken van de in het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 vervatte regels in het kader van proef- en pilootprojecten. In zoverre de regels waarvan kan worden afgeweken op grond van de ontworpen bepaling rechtsgrond vinden in de bepalingen die in het aanhef opgesomd worden, bieden die wetsbepalingen ook rechtsgrond voor artikel 8 van het ontwerp. In zoverre de afwijking betrekking heeft (of kan hebben) op andere onderdelen van het ministerieel

¹³ RvS (AV) 30 oktober 2020, nr. 248.819, *Verelst e.a.*, 28.

¹⁴ Zie thans de verschillende prejudiciële vragen aanhangig bij het Grondwettelijk Hof (*supra*, randnummer 4).

besluit van 28 oktober 2020, moet in beginsel rechtsgrond worden gezocht in de wetsbepalingen die ook rechtsgrond kunnen bieden voor de bepalingen in kwestie.

13. Artikel 6 van het ontwerp wijzigt in artikel 27, § 4, van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 de verwijzing naar andere bepalingen van dat besluit, zodat de ambtenaren van de Algemene Directie Economische Inspectie van de Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie bijkomend bevoegd worden gemaakt voor de opsporing en vaststelling van inbreuken op de artikelen 5 en 8, § 1, van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020.

De gemachtigde lichtte de doelstelling van deze bepaling als volgt toe:

“Artikel 6 van het ontwerp omvat een uitbreiding van de controlebevoegdheid van de Algemene Directie Economische Inspectie, die ook zal kunnen optreden naar aanleiding van meldingen die ze ontvangt van consumenten of ondernemingen jegens de in die bepaling genoemde inrichtingen. (...) De Economische Inspectie controleert o.a. op de naleving van maatregelen voortvloeiende uit het MB (en desgevallend op geconcretiseerde maatregelen voortvloeiende uit de sectorprotocollen).”

De vraag rijst evenwel aan welke wetsbepaling de minister bevoegd voor Binnenlandse Zaken de bevoegdheid ontleent om, naast de politieambtenaren van de lokale en federale politie, ambtenaren van het algemeen bestuur de bevoegdheid te verlenen inzake de opsporing en vaststelling van inbreuken op het ministerieel besluit van 28 oktober 2020.

Die bevoegdheid lijkt, wat betreft de Algemene Directie Economische Inspectie, alvast niet te kunnen worden afgeleid uit boek XV (“Rechtshandhaving”) van het Wetboek van economisch recht. Zo wordt bij artikel XV.2 van dat wetboek de minister bevoegd voor Economie (en niet de minister bevoegd voor Binnenlandse Zaken) gemachtigd om ambtenaren aan te stellen voor de “opsporing en vaststelling van inbreuken op de bepalingen van dit Wetboek, van zijn uitvoeringsbesluiten en van de verordeningen van de Europese Unie waarvoor dit boek in sancties voorziet, met uitzondering van de bepalingen opgenomen in Boek IV en de uitvoeringsbesluiten ervan”. Ook de bepalingen over de bijzondere bevoegdheden van die ambtenaren in de artikelen XV.10/1 en volgende van het Wetboek van economisch recht bevatten geen mogelijkheid om ze bevoegd te maken voor de opsporing en vaststelling van bepalingen van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020. Overeenkomstig artikel XV.10 van het Wetboek van economisch recht kan de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, aan de voornoemde ambtenaren bijkomende specifieke bevoegdheden toekennen om inbreuken op te sporen en vast te stellen, mits dat koninklijk besluit binnen 18 maanden na de inwerkingtreding ervan wordt bekrachtigd bij wet. Van die mogelijkheid kan evenwel geen gebruik worden gemaakt in het ontworpen ministerieel besluit, tenzij eerst een koninklijk besluit wordt uitgewerkt ter uitvoering van de laatstgenoemde wetsbepaling.

Artikel 4 van de wet van 31 december 1963 bepaalt weliswaar dat de minister bevoegd voor Binnenlandse Zaken de voorbereiding en de toepassing coördineert van de maatregelen inzake civiele bescherming die nodig zijn voor het geheel van ’s lands grondgebied, zowel bij de verschillende ministeriële departementen als bij de openbare lichamen. De Raad van State meent echter te moeten betwijfelen of op een dergelijke algemene bepaling kan worden

gesteund om aan ambtenaren van die ministeriële departementen de bevoegdheid te verlenen tot de opsporing en vaststelling van inbreuken op het ministerieel besluit van 28 oktober 2020.

Het is dan ook raadzaam om een meer zekere rechtsgrond hiervoor te creëren. Te dien aanzien kan erop worden gewezen dat artikel 8, 4°, van het voorontwerp van ‘pandemiewet’ bepaalt dat het toezicht op de naleving van de maatregelen die ter uitvoering van de artikelen 4 en 5 van die aan te nemen wet worden genomen, wordt verzekerd door onder meer die Algemene Directie Economische Inspectie.

B. BEVOEGDHEID

14. De algemene vergadering van de afdeling Wetgeving heeft recentelijk in haar voornoemde advies 68.936/AV van 7 april 2021, het volgende in herinnering gebracht:

“De bevoegdheid tot bestrijding van een epidemische noodsituatie is geen bevoegdheid die als zodanig exclusief aan één overheid - de federale, de gemeenschaps- of de gewestelijke – is toegewezen. Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving reeds eerder¹⁵ en ook nog tijdens de huidige COVID-19-pandemie¹⁶ in herinnering heeft gebracht, is ‘elke overheid verantwoordelijk voor de bestrijding van een volksgezondheids crisis binnen de grenzen van haar eigen materiële bevoegdheden’.¹⁷

(...) In de strijd tegen een epidemische noodsituatie kan de federale overheid maatregelen nemen in het kader van haar bevoegdheden inzake:

- het gezondheidsbeleid;
- de handhaving van de openbare orde, meer bepaald de handhaving van de gezondheid in het openbaar (sanitaire politie);
- de civiele bescherming en civiele veiligheid;
- de controle van de buitengrenzen;
- sanitaire maatregelen in het kader van andere federale bevoegdheden”.

In casu vallen verschillende maatregelen die het voorliggende ontwerp beoogt te versoepelen, binnen het toepassingsgebied van de federale bevoegdheden inzake sanitaire politie, civiele bescherming en/of civiele veiligheid.

In dat verband heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving in haar advies 68.936/AV het volgende gepreciseerd:

“Op grond van haar ruime bevoegdheid inzake sanitaire politie, civiele bescherming en de civiele veiligheid heeft de federale overheid in het verleden maatregelen uitgevaardigd die een ingrijpende weerslag hebben op beleidsdomeinen die

¹⁵ Voetnoot 19 van het voormelde advies: Adv. RvS 53.932/AV van 27 augustus 2013 over een voorstel dat heeft geleid tot de bijzondere wet van 6 januari 2014 ‘met betrekking tot de Zesde Staatshervorming’ (*Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2232/1).

¹⁶ Voetnoot 20 van het voornoemde advies: voornoemde adv. RvS 67.142/AV van 25 maart 2020, opm. 6.

¹⁷ Voetnoot 21 van het voornoemde advies: voornoemde adv. RvS 53.932/AV; Zie ook: adv. RvS 53.018/VR van 13 mei 2013 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘houdende de gezondheidscontrole van het internationale verkeer’, opmerking 9; adv. RvS 66.387/1/V van 29 augustus 2019 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 11 december 2019 ‘betreffende de modaliteiten inzake het manipuleren en bewaren van poliovirussen van type 2’, opmerking 7.5; GwH 15 februari 2009, nr. 2/2009, B.5.2.

tot de bevoegdheid van de gemeenschappen en/of de gewesten behoren. Zo heeft de federale overheid, in het verleden, in de strijd tegen een epidemische noodsituatie maatregelen genomen zoals het sluiten van onderwijsinstellingen, het verbieden van culturele evenementen of het slechts openhouden van de scholen of het slechts toestaan van de culturele evenementen onder bepaalde sanitaire voorwaarden (aantal deelnemers, mondmaskerplicht en sociale afstandsvereiste, enz.). Alhoewel deze maatregelen een duidelijk sanitaire dimensie hebben, kunnen ze, omwille van hun ingrijpende impact op beleidsdomeinen van andere overheden, slechts door de federale overheid worden genomen wanneer het belangrijkste aspect ervan, gelet op hun inzet, kan geacht worden betrekking te hebben op de sanitaire politie, de civiele bescherming en/of civiele veiligheid, waarvoor de federale overheid is bevoegd. Het komt de Raad van State voor dat dit laatste slechts het geval zal zijn, wanneer aan drie voorwaarden is voldaan.

In de eerste plaats moet de federale overheid bij de uitoefening van haar bevoegdheden steeds het evenredigheidsbeginsel eerbiedigen. Dit algemeen beginsel, dat samenhangt met de in artikel 143, § 1, van de Grondwet voorgeschreven federale loyaliteit¹⁸, is in deze aangelegenheid des te meer van belang daar de federale bevoegdheden inzake de handhaving van de openbare orde (sanitaire politie), de civiele bescherming en de civiele veiligheid zo ruim zijn dat ze, uit hun aard, een ingrijpende weerslag kunnen hebben op domeinen die tot de bevoegdheid van andere overheden behoren. Een verantwoorde uitoefening van deze bevoegdheden, in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel, veronderstelt dat aan de beslissing van de federale overheid een zorgvuldige, op wetenschappelijke inzichten gebaseerde, afweging voorafgaat tussen enerzijds de redelijkerwijze te verwachten resultaten van de overwogen maatregel in de strijd tegen een epidemische noodsituatie en anderzijds de weerslag ervan op de beleidsdomeinen die aan de gemeenschappen en de gewesten toebehoren. Het komt de Raad van State voor dat de draagwijdte die het evenredigheidsbeginsel heeft in het leerstuk over de beperkingsvoorwaarden van grondrechten, *mutatis mutandis*, ook hier geldt. Het beginsel impliceert dat ‘de overheid in het licht van de aard van de feiten waarop zij steunt, van de ernst van die feiten en van de omstandigheden van de zaak dient aan te tonen dat de maatregel die zij overweegt te nemen een noodzakelijke, passende en evenredige maatregel is: wat dat betreft, komt het er heel in het bijzonder op aan zich ervan te vergewissen dat er een voldoende rechtstreeks en nauw verband is tussen enerzijds de toedracht en de omstandigheden van de zaak en anderzijds de verstoring van de openbare orde die men met de voorgenen politiemaatregel wil voorkomen opdat de maatregel¹⁹ kan worden verantwoord.’²⁰

Een tweede voorwaarde is dat de federale overheid, die zich voorneemt een maatregel te nemen die een rechtstreekse weerslag heeft op domeinen die tot de materiële bevoegdheid van de deelstaten behoren, vooraf overleg dient te plegen met die andere

¹⁸ Voetnoot 74 van het geciteerde advies: Het beginsel van de federale loyaliteit houdt voor elke overheid de verplichting in om bij het uitoefenen van de eigen bevoegdheden het evenwicht van de federale constructie in haar geheel niet te verstoren en de belangen van de andere entiteiten niet te schaden. De federale loyaliteit betreft meer dan de loutere uitoefening van bevoegdheden: zij geeft aan in welke geest dat moet geschieden. (GwH 18 maart 2021, nr. 47/2021, overw. B.11; zie ook: J. Vanpraet, “De algemene beginselen van de bevoegdheidsverdeling”, in B. Seutin en G. van Haegendoren (eds.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Brugge, die Keure, 2017, 53, nr. 75).

¹⁹ Voetnoot 75 van het geciteerde advies: Voetnoot 4 in de geciteerde tekst: Ter zake bestaat een vaste en uitvoerige rechtspraak, in het bijzonder over maatregelen van algemene bestuurlijke politie die door gemeenteoverheden genomen zijn: zie bijvoorbeeld RvS 21 april 2006, nr. 157.849, *bvba. “La Démarche”*; 23 april 2010, nr. 203.235, *cv Trocadero*; 24 maart 2017, nr. 237.779, *Amilcar c.s.*

²⁰ Voetnoot 76 van het geciteerde advies: Adv. RvS 63.791/2/V van 6 augustus 2018 over een voorontwerp van wet ‘betreffende de gemeentelijke bestuurlijke handhaving’, alg. opm. 1, b).

overheden²¹. Hoewel een dergelijk overleg niet mag leiden tot een afstand of overdracht van bevoegdheid, is het onontbeerlijk om de gevolgen van de genomen maatregelen voor de beleidsdomeinen die tot de bevoegdheidssfeer van de gemeenschappen en de gewesten behoren correct te kunnen inschatten en zich zo een juist beeld te vormen van het al dan niet evenredig karakter van de genomen maatregelen. Een dergelijk overleg is een voorwaarde die moet vervuld zijn om met het evenredigheidsbeginsel in overeenstemming te kunnen zijn.

Deze verplichting om overleg te plegen sluit overigens niet uit dat de federale overheid, gelet op de verwevenheid van de bevoegdheden, het overleg voert in het overlegcomité, opgericht bij de artikelen 31 en 31/1 van de gewone wet van 9 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ en over de te nemen maatregelen een consensus nastreeft.

Het kan evenwel gebeuren dat, in spoedeisende situaties²², dit overleg niet kan plaatsvinden, omdat anders de doeltreffendheid van de te nemen maatregelen aangetast zou worden. Wanneer dat het geval is, moet de federale overheid kunnen verantwoorden waarom het niet mogelijk is dat overleg te plegen en moet ze, vervolgens, dat overleg aanvatten zodra de omstandigheden dat toelaten.

De federale overheid moet er ten slotte, als derde voorwaarde, ook over waken dat zij zich strikt beperkt tot hetgeen kan worden ingepast in haar bevoegdheden inzake sanitaire politie, civiele bescherming of civiele veiligheid en daarbij niet overgaat tot het louter uitoefenen van de materiële bevoegdheden van een andere overheid. Het komt de federale overheid niet toe om, in het kader van de bestrijding van een epidemische noodsituatie op grond van de bevoegdheden inzake bestuurlijke politie, civiele bescherming en/of civiele veiligheid, maatregelen te nemen zonder sanitaire dimensie. Zo kan de federale overheid bv. een mondkmaskerplicht en een sociale afstandsvereiste opleggen in scholen en musea, voor zover dat een evenredige en noodzakelijke maatregel is (randnummer 33), en – in uiterste omstandigheden – zelfs beslissen deze te sluiten²³. Ze kan daarbij evenwel niet aan de gemeenschappen alternatieve regelingen voor het onderwijs en voor cultuurbeleving opleggen, zoals bv. de verplichting om afstandsonderwijs aan te bieden of om in een online-museum-aanbod te voorzien, of - omgekeerd – deze uitsluiten. Dergelijke maatregelen kunnen immers niet als sanitaire maatregelen worden beschouwd”.

15. *In casu* leidt het onderzoek van de drie bovengenoemde vereisten tot de volgende opmerkingen:

²¹ Voetnoot 77 van het geciteerde advies: Zie GwH, 18 maart 2021, nr. 47/2021, overw. B.15: “Zoals in B.11 is vermeld, verplicht het beginsel van de federale loyaliteit elke wetgever erover te waken dat de uitoefening van zijn eigen bevoegdheid de uitoefening, door de andere wetgevers, van hun bevoegdheden niet onmogelijk of overdreven moeilijk maakt. Wanneer de aangelegenheid die hij wenst te regelen dermate verweven is met de aangelegenheid die onder de bevoegdheid van een andere wetgever valt, kan hij zijn bevoegdheid slechts uitoefenen na vooraf die andere wetgever te hebben geraadpleegd.” Zie eveneens CC, 21 december 2017, nr. 145/2017, overw. B. 60.2.

²² Voetnoot 78 van het geciteerde advies: Verwezen wordt naar randnummers 66 en 67 hieronder in verband met de gevallen waarin zich noodsituaties zouden kunnen voordoen waarin heel snel maatregelen genomen moeten worden ter bestrijding van een epidemische noodsituatie, zoals die welke beoogd worden in het voorontwerp.

²³ Voetnoot 79 van het geciteerde advies: Reeds in voornoemde advies 67.142/AV van 25 maart 2020 heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving gesteld dat de Koning op grond van de hem toegekende bijzondere machten bevoegd was tot “het sluiten van scholen of universiteiten”.

- wat het vereiste van materiële evenredigheid betreft, blijkt uit de aanhef van het voorliggende ontwerpbesluit dat het werd voorafgegaan door een analyse van de recente wetenschappelijke gegevens²⁴;
- wat het vereiste inzake overleg betreft, dit is in acht genomen aangezien uit het dossier dat aan de Raad van State is voorgelegd, blijkt dat er op 14 april 2021 in het overlegcomité een overleg is georganiseerd;
- tot slot passen de versoepelingsmaatregelen waarin het voorliggende ontwerp voorziet, in het kader van wat als sanitaire maatregelen kan worden gekwalificeerd.

16. In het bijzonder met betrekking tot de proef- en pilootprojecten uit artikel 8 van het ontwerp rijst de vraag of de federale overheid daarvoor bevoegd is in het kader van haar bevoegdheden inzake civiele veiligheid, civiele bescherming en sanitaire politie.

Er kan worden aangenomen dat die proef- en pilootprojecten voor de federale overheid waardevolle informatie opleveren voor de evaluatie en eventuele bijsturing van de maatregelen die vervat zijn in het ministerieel besluit van 28 oktober 2020, maar dat betekent nog niet, zoals de Raad van State heeft uiteengezet in voornoemde advies 68.936/AV, dat de federale overheid aan de gemeenschappen (en de gewesten) “alternatieve regelingen voor het onderwijs en voor cultuurbeleving [kan] opleggen”.²⁵

²⁴ Zie de leden 33 en volgende van de aanhef van het voorliggende voorontwerp:

“Overwegende dat ons land sinds 13 oktober 2020 op nationaal niveau in alarmniveau 4 (zeer hoge alertheid) zit;

Overwegende dat het daggemiddelde van de nieuwe vastgestelde besmettingen met het coronavirus COVID-19 in België over de voorbije zeven dagen een lichte daling kende tot 3.436 bevestigde positieve gevallen op 15 april 2021;

Overwegende dat op 14 april 2021 in totaal 3.049 patiënten getroffen door COVID-19 worden behandeld in de Belgische ziekenhuizen; dat op diezelfde datum in totaal 941 patiënten worden behandeld op de diensten van de intensieve zorg;

Overwegende dat de incidentie op 15 april 2021 over een periode van 14 dagen 468 op 100.000 inwoners bedraagt; dat het reproductiegetal op basis van de nieuwe hospitalisaties 0,95 bedraagt;

Overwegende dat de bezettingsgraad van de ziekenhuizen, in het bijzonder van de diensten van de intensieve zorg, zeer hoog blijft; dat de druk op de ziekenhuizen en op de continuïteit van de niet-COVID-19-zorg nog steeds reëel is en dat dit een aanzienlijk negatief effect heeft op de volksgezondheid; dat de ziekenhuizen zijn overgeschakeld naar fase 2A van het ziekenhuisnoodplan; Overwegende dat de situatie zeer precair blijft en dat moet worden voorkomen dat het aantal besmettingen en hospitalisaties opnieuw toeneemt;

Overwegende dat de variant B.1.1.7 dominant is geworden in België; dat deze variant besmettelijker is en daardoor het virus nog vlotter kan circuleren onder de bevolking; dat het daarom noodzakelijk is om bepaalde maatregelen te verlengen;

Overwegende dat de vaccinatiecampagne van start is gegaan en dat dit al een duidelijk effect heeft op de besmettingen van de 65-plussers; dat het aantal ziekenhuisopnames en overlijdens van bewoners van woonzorgcentra daardoor lijkt af te nemen;

Overwegende dat het van belang is dat er een maximale coherentie bestaat bij het nemen van maatregelen voor de handhaving van de openbare orde, teneinde de efficiëntie ervan te maximaliseren; dat deze maatregelen dienen te gelden voor het ganse grondgebied; dat de lokale overheden evenwel de mogelijkheid hebben om, rekening houdend met de epidemiologische toestand op hun grondgebied, strengere maatregelen te nemen voor zover die proportioneel en in de tijd beperkt zijn”.

²⁵ Adv. RvS 68.936/AV, opmerking 35.

De stellers van het ontwerp zijn zich allicht bewust van de mogelijkheid dat die proef- en pilootprojecten verweven kunnen zijn met bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten, aangezien in artikel 8 van het ontwerp gewag wordt gemaakt van “de bevoegde ministers”²⁶ die die projecten mee selecteren en mee het protocol bepalen met een kader, kalender en stappenplan voor de organisatie van die proef- en pilootprojecten. Bovendien wordt verwezen naar de overeenstemming hiervan met “de beslissing van het Overlegcomité ter zake”. Er is ook sprake van zulke “beslissing” in het ontworpen artikel 8, § 4, eerste lid, 4°, van het ministerieel besluit (artikel 2 van het ontwerp).

Op de vraag wat de juridische draagwijdte is van de laatstgenoemde “beslissing”, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Deze toevoeging moet verzekeren dat de protocollen worden opgesteld op basis van de genomen beslissingen van het Overlegcomité van 5 februari 2021 waar de specifieke modaliteiten voor het heropenen van de contactberoepen uitdrukkelijk werden toegelicht en het Overlegcomité van 19 maart 2021 en 14 april 2021 waar de mogelijkheid voor het organiseren van pilootprojecten werd besproken.”

Deze “beslissingen” van het Overlegcomité hebben evenwel geen bindende juridische waarde²⁷ en kunnen evenmin tot gevolg hebben dat de federale overheid haar zo-even geschetste bevoegdheden te buiten gaat door proef- en pilootprojecten te organiseren waarvoor de gemeenschappen of de gewesten bevoegd zijn.²⁸ Het is wel mogelijk dat de federale overheid meewerkt aan die organisatie, specifiek vanuit het oogpunt van haar bevoegdheden, onder meer door voor die proef- en pilootprojecten vrijstelling te verlenen van maatregelen vervat in het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 en met de bedoeling om op basis van de bevindingen van die proef- en pilootprojecten die maatregelen te evalueren en bij te sturen. Tevens kan de federale overheid eigen proef- en pilootprojecten organiseren binnen haar materiële bevoegdheden.

In de zo-even geschetste bevoegdheidsconforme interpretatie kan de ontworpen bepaling doorgang vinden.

C. VORMVEREISTEN

17. Aangezien de wettelijke bepalingen die een rechtsgrond opleveren voor het voorliggende ontwerp de minister bevoegd voor Binnenlandse Zaken niet machtigen om af te wijken van de verplichte voorafgaande vormvereisten, dienen deze hoe dan ook vervuld te worden.

²⁶ Het valt niet uit te sluiten dat daarmee wordt verwezen naar ministers van de gemeenschaps- en gewestregeringen (zie bijvoorbeeld artikel 20, derde lid, van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020).

²⁷ Adv.RvS 68.188/4 van 27 oktober 2020 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Waalse Regering van 6 november 2020 ‘portant exécution de l’article 47/15bis du Code wallon de l’Action sociale et de la Santé’ (algemene opmerkingen), alsook (wat betreft de Nationale Veiligheidsraad) adv.RvS 67.543/4 van 11 juni 2020 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Waalse Regering van 16 juli 2020 ‘portant sur les mesures d’urgence en matière de taxis, location de voitures avec chauffeur et services assimilés’ (opmerking bij artikel 1).

²⁸ Het zou dan ook verkieslijk zijn om in artikelen 2 en 8 van het ontwerp te verwijzen naar “het overleg” of “de afspraken” in het Overlegcomité.

18. Aangezien de wettelijke bepalingen die de rechtsgrond vormen van het ontwerp niet vereisen dat dat ontwerp vastgesteld wordt op basis van overleg binnen de Ministerraad, volgt uit artikel 6, § 1, van de wet van 15 december 2013 ‘houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging’ dat het in beginsel niet verplicht is in verband daarmee een impactanalyse uit te voeren. Daaruit en uit artikel 10 van het koninklijk besluit van 21 december 2013 ‘houdende uitvoering van titel 2, hoofdstuk 2, van de wet van 15 december 2013 houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging’ volgt dat er geen reden is om in de aanhef een lid te wijden aan een eventuele grond tot vrijstelling van de verplichting om een impactanalyse uit te voeren.

Het zesde lid van de aanhef moet bijgevolg vervallen.

V. ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerking inzake de inperking van grondrechten – evenredigheid/gelijkheid

19. De afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in haar arrest nr. 249.904 van 24 februari 2021, *nv Derby*, het volgende geoordeeld :

“Les parties requérantes ne contestent pas que l’arrêté ministériel attaqué poursuit un objectif de santé publique et qu’il s’agit là d’un objectif légitime. Ainsi que le relève le préambule de l’arrêté attaqué, la pression sur les hôpitaux et sur la continuité des soins non COVID-19 demeure élevée, le risque pour la santé publique persiste et des compromis doivent être faits. La prolongation de la mesure de fermeture des bureaux de paris s’inscrit donc dans un ensemble de mesures qui emportent des restrictions à la liberté de mouvement du public et aux entreprises. Ces mesures sont prises afin de protéger la santé de la population dans des circonstances dangereuses. Elles ont toutes pour objectif de ralentir et de rendre gérable la résurgence et la propagation exponentielle du coronavirus, compte tenu également de l’apparition et de la circulation de variants. De la sorte, l’arrêté ministériel attaqué consacre un nouveau point d’équilibre déterminé par la partie adverse, en tenant compte de l’évolution de la situation sanitaire et notamment de l’évolution du nombre d’infections, des hospitalisations, du taux de positivité et du taux de reproduction, afin de continuer à limiter la propagation du virus. S’il prévoit ainsi quelques assouplissements progressifs, notamment pour les professions de contact non médicales ou les activités extérieures, il impose et maintient encore de nombreuses autres restrictions afin d’atteindre cet équilibre. En ce sens, toutes les mesures prévues par l’arrêté ministériel du 28 octobre 2020, tel que modifié notamment par l’arrêté ministériel attaqué, forment un tout indivisible et indissociable.

L’arrêté ministériel attaqué participe clairement à la stratégie de la partie adverse fondée sur un équilibre permanent à trouver entre, d’une part la prévention de nouvelles contaminations, la protection du fonctionnement des hôpitaux et du secteur de la santé, et d’autre part, la sauvegarde de l’économie belge et le bien-être général de la population. La partie adverse a opté, depuis plusieurs mois, pour une réouverture progressive de certains secteurs au regard des exigences sanitaires et économiques. Le Ministre de l’Intérieur dispose d’un large pouvoir d’appréciation discrétionnaire pour rechercher un équilibre entre des intérêts distincts et souvent conflictuels, afin de parvenir à une décision qui sert l’intérêt général et il n’appartient pas au Conseil d’État de substituer son appréciation à celle du Ministre sur la stratégie à suivre dans le cadre de la gestion d’une pandémie.

(...)

S'agissant du principe de proportionnalité, il convient de rappeler que l'arrêté ministériel attaqué consacre un nouveau point d'équilibre tenant compte de l'évolution de la situation sanitaire et notamment de l'évolution du nombre d'infections, des hospitalisations, du taux de positivité et du taux de reproduction afin de continuer à limiter la propagation du virus et que si l'arrêté attaqué prévoit quelques assouplissements progressifs notamment pour les professions de contact non médicales ou les activités extérieures, il impose et maintient encore de nombreuses autres restrictions afin d'atteindre cet équilibre. Toutes les mesures prévues par l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, tel que modifié notamment par l'arrêté ministériel attaqué, forment donc un tout indivisible et indissociable et c'est au regard de cet ensemble qu'il convient d'apprécier la proportionnalité des mesures.

Les parties requérantes ne contestent pas que l'arrêté ministériel attaqué poursuit un objectif de santé publique et qu'il s'agit là d'un objectif légitime. S'il est exact que la santé publique doit s'entendre aussi bien de la santé physique que de la santé mentale, il ressort du préambule de l'arrêté attaqué que la partie adverse a bien eu égard, dans le cadre de son appréciation de la proportionnalité de l'ensemble de ces mesures, à la problématique de la santé mentale puisqu'elle décide de procéder progressivement à la réouverture des professions de contact non médicales dont les prestations de service pourront précisément contribuer au bien-être mental des citoyens. Contrairement à ce que soutiennent les parties requérantes, la partie adverse n'a, dès lors, pas, lors de son appréciation, négligé la santé mentale des citoyens".

Bij het voorliggende ontwerp worden een aantal maatregelen die opgelegd waren bij het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 versoepeld, maar worden ook verschillende beperkingen gehandhaafd. Op die wijze wordt met het voorliggende ontwerp ernaar gestreefd een nieuw evenwicht te vinden tussen enerzijds het voorkomen van nieuwe besmettingen en het beschermen van de werking van de ziekenhuizen en van de gezondheidssector, en anderzijds het vrijwaren van de Belgische economie en het algemeen welzijn van de bevolking.

De adviesaanvrager zal in het licht van het grondwettelijk gewaarborgde gelijkheidsbeginsel in staat moeten zijn om aan te tonen dat de onderscheiden behandelde categorieën van personen, met name in artikel 2 van het ontwerp, in een redelijk verband staan met de nagestreefde doelstellingen via objectieve en pertinente middelen.

Algemene opmerking inzake het gebruik van 'protocollen'

20.1. Verschillende bepalingen uit het ontwerp bevatten verwijzingen naar protocollen (ontworpen artikelen 8, § 4, eerste lid, 2°, 3° en 4°, 8, § 4, tweede lid, 2° en 29, tweede lid).

Artikel 1, 3°, van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 definieert een protocol als "het document bepaald door de bevoegde minister in overleg met de betrokken sector dat de regels bevat die de ondernemingen en verenigingen van de bedoelde sector dienen toe te passen bij de uitoefening van hun activiteiten."

20.2. Het antwoord van de gemachtigde op de vraag wat de juridische waarde is van deze protocollen is ambivalent:

“De protocollen en gidsen vormen een indicatief beoordelingskader. De protocollen en gidsen kunnen enkel verordenende maatregelen, zoals bepaald in het MB, concretiseren, maar zijn zelf niet verordenend.

Artikel 29 van het huidige ministerieel besluit bepaalt dat bepalingen van een protocol of gids die minder strikt zijn dan de regels van het ministerieel besluit buiten toepassing worden gelaten. Voor proef- en pilootprojecten kan hier van worden afgeweken op grond van de nieuw ontworpen bepaling.”

Hoewel de gemachtigde de verordenende kracht van de protocollen ontkent, blijkt dat deze wel verordenende bepalingen ‘kunnen concretiseren’. Bovendien valt niet in te zien waarom het ontworpen artikel 29, eerste lid, van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 bepalingen van protocollen (of gidsen) buiten toepassing zou moeten laten indien deze toch niet abstract en algemeen verbindend zouden zijn. Vooral de mogelijkheid in het ontworpen artikel 29, tweede lid, van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 om aan de hand van protocollen af te wijken van bepalingen uit het ministerieel besluit voor proef- en pilootprojecten toont aan dat er toch een verordenende waarde uitgaat van deze protocollen. Ook elders stelt de gemachtigde dat “de Economische Inspectie controleert [...] op de naleving van maatregelen voortvloeiende uit het MB (en desgevallend op geconcretiseerde maatregelen voortvloeiende uit de sectorprotocollen)”. Er dient eindelijk ook worden opgemerkt dat de in het ontworpen artikel 8, § 4, eerste lid, 2°, 3° en 4°, en tweede lid, 2° (artikel 2 van het ontwerp) bepaalde uitzonderingen aan het verbod om bepaalde dienstenprestaties te verrichten worden vergezeld van een referentie aan “de naleving van de modaliteiten voorzien in het toepasselijke protocol” en dat de definitie zelf van het begrip “protocol” in artikel 1, 3°, van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 melding maakt van de “toe te passen regels”.

20.3. Die ambivalentie dient te worden opgeheven. Van tweeën immers één: ofwel hebben de protocollen geen verordend karakter maar dan zijn de concretisering die ze inhouden niet bindend, kunnen de protocollen niet afwijken van het ministerieel besluit, en kan de naleving ervan niet worden gecontroleerd en gehandhaafd door het instellen van een strafvordering bij niet-naleving ervan; ofwel zijn de protocollen wel verordenend en zijn de maatregelen die ze inhoudend wel bindend, doch dan dienen deze maatregelen te worden opgenomen in besluiten van de daartoe bevoegde overheid.

Aanhef

21. Gelet op de essentiële informatieve waarde van de aanhef bij het voorgelegde ontwerp, moet deze worden nagelezen op relevantie en actualiteit.²⁹

²⁹ Zo is het onduidelijk waarom de eerste overweging luidt: “Overwegende het overleg tussen de regeringen van de deelstaten en de bevoegde federale overheden binnen de Nationale Veiligheidsraad, die is bijeengekomen op 10, 12, 17 en 27 maart 2020, op 15 en 24 april 2020, op 6, 13, 20 en 29 mei 2020, op 3, 24 en 30 juni 2020, op 10, 15, 23 en 27 juli 2020, op 20 augustus 2020, alsook op 23 september 2020;”, zonder dat deze bijeenkomsten rechtstreeks relevant zijn voor het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 en zonder nadien naar de bijeenkomsten van het overlegcomité te verwijzen.

Artikel 1

22. In het tweede lid van het ontworpen artikel 5 van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 wordt de bepaling onder 14° vervangen als volgt: “14° een consument mag worden vergezeld door één persoon van hetzelfde huishouden of door het duurzaam onderhouden nauw contact bedoeld in artikel 15bis. De minderjarigen van het eigen huishouden of de personen die nood hebben aan begeleiding kunnen worden begeleid door één volwassene.”

23.1. Nog los van eventuele bewijsproblemen over wie een duurzaam onderhouden nauw contact zoals bedoeld in artikel 15bis van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 uitmaakt, moet de verhouding tussen de eerste en tweede zinsnede verduidelijkt worden.

Minderjarigen of personen die nood hebben aan begeleiding kunnen ook consumenten zijn.

Indien ook zij slechts kunnen begeleid worden door één volwassene van hetzelfde huishouden of door een volwassen duurzaam onderhouden nauw contact, is de tweede zinsnede overbodig.

Indien de volwassen begeleider kan toegevoegd worden aan de gezelschap van hetzelfde huishouden of door een duurzaam onderhouden nauw contact, dient dit verduidelijkt te worden in het dispositief van de ontworpen bepaling.

23.2. Meer algemeen rijst de vraag hoe de in artikel 1, 2°, van het ontwerp voorziene versoepeling zich verhoudt tot andere bepalingen van het te wijzigen ministerieel besluit. Zo bepaalt artikel 13, tweede lid, van dat besluit met betrekking tot markten dat er “individueel [wordt] gewinkeld en gedurende een periode van maximum 30 minuten”.

Hieromtrent ondervraagd verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Dit is een terechte bedenking. Deze discrepantie is ongewild ontstaan.

We stellen voor om volgend bijkomend artikel aan het ontwerp toe te voegen:

Artikel X. In artikel 13 van hetzelfde besluit worden de volgende wijzigingen aangebracht:

1° het tweede lid wordt vervangen als volgt: ‘De bezoekers worden toegelaten gedurende een periode van maximum 30 minuten.’;

2° het derde lid wordt vervangen als volgt: ‘Een bezoeker mag worden vergezeld door één persoon van hetzelfde huishouden of door het duurzaam onderhouden nauw contact bedoeld in artikel 15bis. De minderjarigen van het eigen huishouden of de personen die nood hebben aan begeleiding kunnen worden begeleid door één volwassene.’

Het lijkt allicht bovendien raadzaam om een analoge wijziging door te voeren voor de winkelcentra (art. 9 MB).”

Onder voorbehoud van hetgeen is opgemerkt onder randnummer 23.1 kan hiermee worden ingestemd.

Artikel 7

24. Artikel 7 van het ontwerp verlengt de maatregelen in het te wijzigen besluit tot en met 31 mei 2021.

Hieromtrent ondervraagd verklaarde de gemachtigde het volgende:

“De maatregelen worden steeds geëvalueerd in het licht van de epidemiologische resultaten die van dag op dag evolueren. Op het Overlegcomité van 14 april 2021 werd er gecommuniceerd over de geplande stapsgewijze versoepelingen vanaf 8 mei 2021 op voorwaarde dat de leeftijdsgroep 65+ een vaccinatiegraad van meer dan 80 procent heeft bereikt en mits de toestand op de afdeling intensieve zorgen verbeterd is. Op 23 april 2021 is er reeds een nieuw Overlegcomité gepland om de epidemiologische situatie te evalueren en indien nodig de maatregelen aan te passen.”

In zoverre de overheid er zich toe engageert om er steeds over te waken dat de vastgestelde maatregelen voldoen aan de vereisten inzake evenredigheid in het licht van de actuele toestand, kan met deze werkwijze worden ingestemd.

*

Conformément à l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation a dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique ainsi que de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

I. PORTÉE DU PROJET

1.1. Le projet d'arrêté ministériel soumis pour avis a pour objet de modifier l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 'portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19'.

Le projet poursuit un double objectif.

D'une part, il modifie certaines mesures inscrites dans l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020. Il s'agit essentiellement d'assouplissements de mesures existantes.

D'autre part, il prolonge le champ d'application temporel de l'arrêté ainsi modifié (article 28) jusqu'au 31 mai 2021 (article 7 du projet).

1.2. Les modifications apportées aux mesures dites corona peuvent être résumées comme suit.

La règle inscrite à l'article 5, alinéa 2, 14°, de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 selon laquelle il faut en principe effectuer les courses seul est remplacée par la règle selon laquelle un consommateur peut en principe être accompagné d'une personne du même ménage (article 1^{er} du projet).

L'interdiction d'exercer les métiers dits de contact (article 8, § 4, de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020) est, certes moyennant le respect de certaines conditions, abrogée en ce qui concerne « les instituts de beauté, les bancs solaires non automatisés, les centres de bronzage non automatisés, les instituts de pédicure non médicale, les salons de manucure, les salons de massage, les salons de coiffure, les barbiers et les salons de tatouage et de piercing » et une exception pour les prestations pour les soins des cheveux est ajoutée à l'interdiction concernant les prestations de service à domicile (article 2 du projet).

Le régime d'offre de biens aux consommateurs par un système de commande et de collecte, de livraison, ou par un système de rendez-vous, prévu à l'article 8bis de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, est abrogé (article 3 du projet).

Le seuil de la limitation générale des rassemblements (article 15 de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020) est porté de quatre à dix personnes, les enfants jusqu'à l'âge de 12 ans accomplis n'étant pas compris (article 4 du projet).

Il peut être dérogé aux règles prévues dans l'arrêté à modifier dans le cadre des « expériences et projets pilotes ». Ce régime s'applique aux « expériences et projets pilotes sélectionnés par les ministres compétents, en concertation avec les autorités locales, le ministre

fédéral de l'Intérieur et le ministre fédéral de la Santé publique, qui sont organisés sur la base du protocole qui sera déterminé par les ministres compétents et le ministre fédéral de la Santé publique portant un cadre, un calendrier et un plan par étapes pour l'organisation des expériences et projets pilotes, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur, conformément à la décision du Comité de concertation à cet égard » (article 8 du projet – nouvel alinéa 2 de l'article 29 de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020).

En outre, le projet apporte quelques modifications ayant un caractère plutôt technique. L'application temporaire de la 'règle de la fenêtre' dans les trains avec une destination touristique (article 19bis de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020) est abrogée et le régime de surveillance par les agents de la Direction générale Inspection économique du Service public fédéral Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie (article 27, § 4, alinéas 1^{er} et 2, de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020) est étendu par une référence à l'article 5 de l'arrêté à modifier (article 6 du projet).

1.3. L'arrêté envisagé entre en vigueur le 26 avril 2021 (article 9 du projet).

II. RECEVABILITÉ

2. Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

Selon le demandeur de l'avis, l'urgence de la demande d'avis est motivée par « de noodzakelijkheid om maatregelen te overwegen die gegrond zijn op epidemiologische resultaten die van dag op dag evolueren en waarvan de laatste de maatregelen hebben gerechtvaardigd, dat het zodoende dringend is om bepaalde maatregelen aan te passen, te nemen en te verlengen, zodat die op 26 april 2021 in werking kunnen treden. De maatregelen werden beslist tijdens het Overlegcomité dat is bijeengekomen op 14 april 2021 en werden goedgekeurd op de Ministerraad van 15 april 2021 ».

Cette motivation peut être admise.

III. OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

3. Le présent avis est donné par l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État dans un délai de cinq jours ouvrables, porté à huit jours ouvrables en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Le délai ainsi imparti vient à expiration le mercredi 28 avril 2021.

Toutefois, étant donné que l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 'portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19' est d'application jusqu'au 25 avril 2021 inclus (article 28 de l'arrêté) et que ce projet modificatif à l'examen doit entrer en vigueur le lundi 26 avril 2021, l'assemblée générale a estimé opportun de donner le

présent avis sans attendre le dernier jour du délai imparti, et même au contraire de donner l'avis dans le délai initial de cinq jours ouvrables.

Dans ces circonstances, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État tient à attirer l'attention sur ce que, dans le délai de cinq jours ouvrables mis pour instruire la demande d'avis et donner son avis, l'examen auquel elle a ainsi procédé est resté strictement limité aux dispositions modificatives qui lui ont été soumises, de même qu'à la période d'application envisagée de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, dans la mesure où cette période se rapporte aux modifications ainsi apportées audit arrêté ministériel, et donc pas sur l'intégralité de l'arrêté, tel qu'il est prolongé par l'article 7 du projet.

IV. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. FONDEMENT JURIDIQUE

4. Selon le préambule du projet, le fondement juridique est recherché dans :

- l'article 4 de la loi du 31 décembre 1963 'sur la protection civile' ;
- les articles 11 et 42 de la loi du 5 août 1992 'sur la fonction de police' ;
- les articles 181, 182 et 187 de la loi du 15 mai 2007 'relative à la sécurité civile'.

Il s'agit des mêmes fondements légaux que ceux qui ont déjà été invoqués dans le préambule de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 proprement dit, de même que dans les divers arrêtés ministériels modificatifs de cet arrêté ¹.

Le premier alinéa du préambule fait également référence à l'article 23 de la Constitution. Bien que cette disposition, qui comporte notamment une obligation positive en matière de protection de la santé imposée aux autorités publiques ², fasse partie du contexte juridique dans lequel le projet d'arrêté à l'examen est élaboré, elle ne procure pas en tant que telle un fondement juridique permettant au ministre de prendre un tel arrêté ³.

5. Il a été demandé au délégué du ministre de préciser quelles dispositions invoquées procurent concrètement un fondement juridique aux différents éléments du projet. Un tel aperçu n'a pas été donné. Il résulte au contraire de la réponse du délégué que les dispositions législatives précitées procurent conjointement un fondement juridique à l'ensemble des mesures.

¹ L'on notera que jusqu'à présent la section de législation n'a jamais été saisie d'une demande d'avis au sujet de ces différents arrêtés ministériels, pas plus qu'elle ne l'a été au sujet d'arrêtés ministériels déjà précédemment adoptés en la matière.

² Avis C.E. 68.936/AV du 7 avril 2021 sur un avant-projet de loi 'relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique' (ci-après 'loi pandémie'), observation 5.

³ Une référence à une telle disposition doit être introduite par le mot « considérant » plutôt que par « vu ». *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, recommandation 40.

À titre exhaustif, il peut encore être observé qu'à la différence de l'avis 68.936/AG sur un avant-projet de 'loi pandémie', il n'y a en principe pas lieu d'examiner dans le dossier à l'examen dans quelle mesure le législateur peut octroyer des délégations au ministre. Certes, des questions préjudicielles ont été posées à ce sujet à la Cour constitutionnelle⁴. Aussi longtemps que celle-ci ne se sera pas prononcée à ce propos et, le cas échéant, n'aura pas constaté une inconstitutionnalité, les dispositions législatives concernées demeurent en vigueur. L'examen d'un projet d'arrêté se base en principe sur les dispositions que le législateur a élaborées, même si celles-ci doivent évidemment encore être interprétées.

6. L'article 4 de la loi du 31 décembre 1963 'sur la protection civile' s'énonce comme suit :

« Le Ministre ayant l'Intérieur dans ses attributions organise les moyens et provoque les mesures nécessaires à la protection civile pour l'ensemble du territoire national. Il coordonne la préparation et l'application de ces mesures, au sein tant des divers départements ministériels que des organismes publics.

Cette coordination vise également toutes les mesures relatives à la mise en œuvre des ressources de la Nation qui doivent être prises, même en temps de paix, en vue d'assurer la protection civile en temps de guerre.

Le Ministre exerce ses attributions à l'égard des problèmes de la protection civile traités dans les organisations internationales et à propos des échanges internationaux utiles dans ce domaine ».

7. L'article 11 de la loi du 5 août 1992 'sur la fonction de police' dispose ce qui suit :

« 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.

Les compétences visées à l'alinéa premier concernent les mesures de police administrative au sens de l'article 3, 1°, à l'exclusion de celles qui font l'objet de l'article 42 de la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux ».

L'article 3, 1°, de la loi sur la fonction de police, auquel l'article 11 de la même loi fait expressément référence, définit la « mesure de police » comme tout acte exécutoire de police administrative ou de police judiciaire, juridique ou matériel, portant une indication, une obligation ou une interdiction pour les citoyens.

Par ailleurs, le renvoi, dans ce même article 11 de la loi du 5 août 1992, aux compétences exercées par le bourgmestre ou par les autorités communales doit s'entendre comme un renvoi aux dispositions pertinentes en la matière de la Nouvelle loi communale, en particulier les articles 119, 134 et 135.

⁴ Voir notamment les affaires 7543 et 7544 introduites le 9 mars 2021.

L'article 42 de la même loi s'énonce comme suit :

« Lorsqu'il est mis en danger dans l'exercice de sa mission ou lorsque des personnes sont en danger, tout membre du cadre opérationnel peut requérir l'aide ou l'assistance des personnes présentes sur place. En cas d'absolue nécessité, il peut de même requérir l'aide ou l'assistance de toute autre personne utile.

L'aide ou l'assistance requise ne peut mettre en danger la personne qui la prête ».

8. Enfin, les articles 181, 182 et 187 de la loi du 15 mai 2007 'sur la protection civile' s'énoncent comme suit :

« Art. 181. § 1^{er}. Le ministre ou son délégué peut, lors des interventions effectuées dans le cadre des missions visées à l'article 11, en l'absence de services publics disponibles et à défaut de moyens suffisants, procéder à la réquisition des personnes et des choses qu'il juge nécessaire.

Le même pouvoir est reconnu au bourgmestre ainsi qu'au commandant de zone et, par délégation de ce dernier, aux officiers lors d'interventions de ces services dans le cadre de leurs missions.

Le Roi fixe la procédure et les modalités de la réquisition.

§ 2. Supportent les frais liés à la réquisition des personnes et des choses et remboursent ces frais aux ayants droit :

1° l'État, lorsque c'est le ministre ou son délégué qui procède à la réquisition ;

2° la commune lorsque c'est le bourgmestre qui procède à la réquisition ;

3° la zone lorsque c'est le commandant de zone ou les officiers qui procèdent à la réquisition.

Les frais ne sont pas dus lorsqu'ils résultent de la réparation des dommages occasionnés aux personnes et aux choses requises et résultant d'accidents survenus dans le cours ou par le fait de l'exécution des opérations en vue desquelles la réquisition a eu lieu, lorsque l'accident a été intentionnellement provoqué par la victime.

§ 3. Pendant la durée des prestations, le contrat de travail et le contrat d'apprentissage sont suspendus au profit des travailleurs qui font partie de ces services ou qui font l'objet d'une réquisition.

Art. 182. Le ministre ou son délégué peut, en cas de circonstances dangereuses, en vue d'assurer la protection de la population, obliger celle-ci à s'éloigner des lieux ou régions particulièrement exposés, menacés ou sinistrés, et assigner un lieu de séjour provisoire aux personnes visées par cette mesure ; il peut, pour le même motif, interdire tout déplacement ou mouvement de la population.

Le même pouvoir est reconnu au bourgmestre.

(...)

Art. 187. Le refus ou la négligence de se conformer aux mesures ordonnées en application de l'article 181, § 1^{er} et 182 sera puni, en temps de paix, d'un emprisonnement de huit jours à trois mois et d'une amende de vingt-six à cinq cents euros, ou d'une de ces peines seulement.

En temps de guerre ou aux époques y assimilées, le refus ou la négligence de se conformer aux mesures ordonnées en application de l'article 185 sera puni d'un emprisonnement de trois mois à six mois et d'une amende de cinq cents à mille euros, ou d'une de ces peines seulement.

Le ministre ou, le cas échéant, le bourgmestre ou le commandant de zone pourra, en outre, faire procéder d'office à l'exécution desdites mesures, aux frais des réfractaires ou des défaillants ».

L'article 11 de la loi du 15 mai 2007, auquel il est renvoyé dans l'article 181, § 1^{er}, de la même loi, énumère comme suit les diverses missions générales des services opérationnels de la sécurité civile :

« § 1^{er}. [...] :

1° le sauvetage de personnes et l'assistance aux personnes dans des circonstances dangereuses et la protection de leurs biens ;

2° l'aide médicale urgente telle que définie à l'article 1^{er} de la loi du 8 juillet 1964 relative à l'aide médicale urgente ;

3° la lutte contre l'incendie et l'explosion et leurs conséquences ;

4° la lutte contre la pollution et contre la libération de substances dangereuses en ce compris les substances radioactives et les rayons ionisants ;

5° l'appui logistique.

§ 2. Font intégralement partie des missions énumérées au § 1^{er}, 1°, 3°, 5° : la prévision, la prévention, la préparation, l'exécution et l'évaluation.

Au sens du présent paragraphe, on entend par :

1° prévision : toutes les mesures pour inventorier et analyser les risques ;

2° prévention : toutes les mesures visant à limiter l'apparition d'un risque ou à minimiser les conséquences de la concrétisation de celui-ci ;

3° préparation : toutes les mesures pour assurer que le service est prêt à faire face à un incident réel ;

4° exécution : toutes les mesures qui sont prises quand l'incident se produit réellement ;

5° évaluation : toutes les mesures pour améliorer la prévision, la prévention, la préparation et l'exécution en tirant des conclusions de l'incident ».

9. La portée concrète des différents fondements légaux qui viennent d'être invoqués, et ce en terme de compétence de l'autorité fédérale en tant que telle, a fait l'objet d'une analyse d'ensemble de la part de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État dans son avis 68.936/AG, précité, donné le 7 avril 2021 sur un avant-projet de 'loi pandémie'.

La question de l'existence, parmi ces différents textes, d'un fondement juridique suffisant pour l'adoption, par voie d'arrêtés ministériels, des mesures actuelles de lutte contre la pandémie de COVID-19 est actuellement controversée dans la doctrine ainsi que dans la jurisprudence, ce qui a pour effet de créer une certaine insécurité juridique, notamment au regard de la jurisprudence des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire. L'on peut ainsi pointer un jugement du tribunal correctionnel de Charleroi⁵ et un arrêt de la Cour d'appel de Mons⁶,

⁵ Corr. Hainaut, 9 février 2021, 20C001830, pp.31-34 : « S'il est acquis que le principe de légalité des incriminations et des peines implique que le pouvoir législatif est le pouvoir naturel pour prendre des mesures restrictives des droits et libertés individuels, les délégations à d'autres pouvoirs sont largement admises. Il convient également de relever que la délégation à un Ministre seul peut se justifier eu égard à l'urgence de la situation. [...] Il

estimant qu'il n'y a pas lieu d'écarter les arrêtés ministériels existants. À l'inverse, dans une ordonnance du 31 mars 2021 rendue en référé, le tribunal de première instance francophone de Bruxelles a considéré que les arrêtés ministériels du 18 et du 28 octobre 2020 n'ont pas de fondement légal suffisant⁷. L'État belge a toutefois interjeté appel contre cette ordonnance.

C'est dans ce contexte que la Ministre qui a l'Intérieur dans ses attributions a pris l'initiative d'élaborer l'avant-projet de 'loi pandémie' mentionné ci-avant, lequel a pour but de prévoir un cadre juridique clair et cohérent de nature à pouvoir mieux appréhender à l'avenir des « situations d'urgence épidémique » au sens défini par cet avant-projet de loi.

10.1. En ce qui concerne les dispositions législatives précitées, l'assemblée générale de la section du contentieux administratif, saisie d'une demande de suspension d'extrême urgence, dans le contexte de la pandémie de COVID-19, a en outre observé notamment ce qui suit⁸ :

« 10. (...) Krachtens artikel 4, eerste lid, van de wet van 31 december 1963, die zowel in oorlogstijd als in vreedstijd geldt, organiseert de minister van Binnenlandse Zaken de middelen en lokt de maatregelen uit welke voor geheel 's lands grondgebied nodig zijn voor de civiele bescherming. Zij coördineert de voorbereiding en de toepassing van die maatregelen zowel bij de verschillende ministeriële departementen als bij de openbare lichamen.

résulte des développements qui précèdent qu'il n'y a pas lieu d'écarter l'application de l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19. Les poursuites exercées par le Ministère public sur la base de cet arrêté doivent, partant, être déclarées recevables ».

⁶ Mons, 8 février 2021, 2020/H/361, p. 8 : « Il résulte de la lecture conjointe des dispositions précitées 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. La véritable limite à ce cadre d'habilitation consiste dans la proportionnalité des mesures prises par rapport à la catastrophe subie ou à la menace encourue. En l'espèce, les interdictions de sortie (sauf cas autorisés) et de rassemblement, ou encore l'obligation de respect de la distanciation sociale peuvent être analysées comme des modalités relatives ou atténuées de confinement (en ce sens, KUTY F., Les implications pénales de la sécurité civile – Les infractions à la réglementation tendant à limiter la propagation du virus Covid-19 (1ère partie), J.T., Chronique judiciaire, 2020, p. 298) et sont en lien avec les risques alors encourus, notamment de propagation du virus et de saturation des hôpitaux, que l'arrêté ministériel entendait contrer. [...] En conséquence, il ressort de ce qui précède que les arrêtés ministériels dont le ministère public sollicite l'application ont bien été pris en exécution de la loi d'habilitation du 15 mai 2007, adoptée pour fournir une réponse urgente et temporaire à des situations de catastrophes soudaines ou imminentes ».

⁷ Trib., Bruxelles (Fr.), ordonnance, 31 mars 2021, n° 2021/14/C : « [...] il apparaît que la situation liée à la pandémie de la Covid-19 n'est pas, *prima facie*, visée par la loi du 15 mai 2007 [...]. La loi du 15 mai 2007 vise des situations bien spécifiques qui ne recouvrent pas la situation de gestion d'une pandémie [...] Il s'avère que la fermeture des divers établissements (culturels, festifs, sportifs, récréatifs, événementiel, horeca, des professions de contact), la suspension de l'obligation scolaire, la limitation des rassemblements public ou privé, la limitation de circuler depuis et vers la Belgique échappent, *prima facie*, aux notions que le langage courant nous impose, des termes 'réquisition et évacuation' et, partant, au cadre restrictif et prévisible de l'habilitation prévue par la loi du 15 mai 2007 » (n° 66 - p. 23) ; 'Si l'urgence des premiers temps de l'épidémie aurait pu expliquer qu'il faille s'appuyer sur la loi du 15 mai 2007, il ne paraît plus justifier de s'en prévaloir plusieurs mois après l'émergence de la crise sanitaire [...] ' (n° 67 - p. 24) ; 'Par identité de motifs et pour autant que de besoin, les mêmes constats d'illégalité apparente peuvent être posés pour les autres dispositions à l'appui desquelles l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 et ses arrêtés subséquents ont été édictés' (n° 73 - p. 25).

⁸ C.E. (AG), 30 octobre 2020, n° 248.818, SA *Umami*, 10-11. Voir dans le même sens, toujours concernant la fermeture de l'horeca, après une motivation circonstanciée, C.E., 4 février 2021, n° 249.723, *société à responsabilité Mainego et consort*.

De ‘civiele bescherming’ beoogt niet alleen de bescherming en het voortleven van de bevolking, evenals de vrijwaring van ‘s Lands patrimonium in oorlogstijd te verzekeren doch eveneens hulp en bijstand te verlenen in vreedstijd in geval van rampspoedige gebeurtenissen, catastrofes en schadegevallen zoals branden, overstromingen en andere dergelijke rampen (*Parl. St., Senaat*, 1961-1962, 338, 2). Onder dergelijke catastrofes lijken ook besmettingen met een levend virus te kunnen worden begrepen, zoals te dezen de besmetting met SARS-CoV-2 die leidt tot COVID-19. Dat ook besmettingen met een levensbedreigend virus door de noodplanning worden gevat, lijkt ook steun te vinden in het koninklijk besluit van 31 januari 2003 dat, zoals hiervoor is gebleken, in zijn aanhef verwijst naar diverse crisissituaties waaronder besmettelijke ziekten.

Volgens artikel 3 van de wet van 15 mei 2007 omvat de ‘civiele veiligheid’ alle civiele maatregelen en middelen nodig voor het volbrengen van de opdrachten vermeld in de wet om te allen tijde personen en hun goederen en leefomgeving te hulp te komen en te beschermen. Onder ‘civiele maatregelen’ worden de maatregelen verstaan die noch van politionele, noch van militaire aard zijn (artikel 3 *juncto* artikel 1, § 2, 7°, van de wet van 15 mei 2007). In geval van dreigende omstandigheden kan de minister of zijn gemachtigde ‘de bevolking, ter verzekering van haar bescherming, verplichten zich te verwijderen van plaatsen of streken, die bijzonder blootgesteld, bedreigd of getroffen zijn, en degenen die bij deze maatregelen betrokken zijn een voorlopige verblijfplaats aanwijzen; om dezelfde reden kan hij iedere verplaatsing of elk verkeer van de bevolking verbieden’ (artikel 182 van de wet van 15 mei 2007). Weigering of verzuim zich te gedragen naar de maatregelen die met toepassing van (onder meer) artikel 182 zijn bevolen, wordt in vreedstijd gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden, en met een geldboete van zesentwintig euro tot vijfhonderd euro, of met één van die straffen alleen (artikel 187, eerste lid). De minister of, in voorkomend geval, de burgemeester of de zonecommandant, kan bovendien de genoemde maatregelen ambtshalve doen uitvoeren, op kosten van de weerspannige of in gebreke gebleven personen (artikel 187, laatste lid).

11. Daarnaast oefenen de minister van Binnenlandse Zaken en de gouverneur op grond van de wet van 5 augustus 1992 ook bevoegdheden inzake bestuurlijke politie uit. Krachtens artikel 11 van die wet oefenen zij immers, en zulks onverminderd de bevoegdheden die hun zijn toegekend door of krachtens de wet (zoals, te dezen, de bevoegdheden inzake civiele veiligheid), de bevoegdheden van de burgemeester in subsidiaire orde uit (onder meer) ‘wanneer de verstoring van de openbare orde zich uitstrekt over het grondgebied van verscheidene gemeenten of, wanneer, ook al is de gebeurtenis of de situatie slechts in een enkele gemeente gelokaliseerd, het algemeen belang hun tussenkomst vereist’. Die bevoegdheden betreffen - behalve diegene die het voorwerp uitmaken van artikel 42 van de wet van 7 december 1998 ‘tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus’ - maatregelen van bestuurlijke politie in de zin van artikel 3, 1°, van diezelfde wet. Onder (politie)maatregel in de zin van artikel 3, 1°, van de wet van 5 augustus 1992 wordt verstaan ‘elke juridische of materiële uitvoerbare handeling van bestuurlijke of gerechtelijke politie die voor de burgers een aanwijzing, een verplichting of een verbod inhoudt’.

Er dient vastgesteld dat het op grond van artikel 135, § 2, tweede lid, 5°, van de Nieuwe Gemeentewet tot de taak van de gemeenten behoort om, ten behoeve van de inwoners, te voorzien in een goede politie, met name over de zindelijkheid, de gezondheid, de veiligheid en de rust op openbare wegen en plaatsen en in openbare gebouwen. Meer bepaald wordt de volgende zaak van politie aan de waakzaamheid en het gezag van de gemeenten toevertrouwd, “5° het nemen van passende maatregelen om rampen en plagen, zoals brand, epidemieën en epizoötieën te voorkomen en het

verstrekken van de nodige hulp om ze te doen ophouden”. In subsidiaire orde “wanneer de verstoring van de openbare orde zich uitstrekt over het grondgebied van verscheidene gemeenten of, wanneer, ook al is de gebeurtenis of de situatie slechts in een enkele gemeente gelokaliseerd, het algemeen belang hun tussenkomst vereist” komt die taak en de erbij horende uitoefening van politionele bevoegdheid de minister van Binnenlandse Zaken toe (artikel 11 van de wet van 5 augustus 1992). (...) ».

Le même arrêt du 30 octobre 2020 a ensuite observé que les mesures attaquées, à savoir la « verplichte sluiting van de horeca, met uitzondering van randactiviteiten » pour un mois, « lijkt te kunnen worden ingepast in de bij artikel 11 van de wet van 5 augustus 1992 rechtstreeks aan de minister toegewezen bevoegdheid zodat aan het algemeen rechtsbeginsel vervat in artikel 105 van de Grondwet op zich lijkt te zijn voldaan ». Il a également été jugé que « in de opgelegde sluiting een verplaatsingsverbod [lijkt] te kunnen worden gezien in de zin van artikel 182 van de wet van 15 mei 2007 krachtens hetwelk de minister in geval van dreigende omstandigheden de bevolking, ter verzekering van haar bescherming, kan verplichten zich te verwijderen van plaatsen, die bijzonder blootgesteld, bedreigd of getroffen zijn en zelfs, wat het geval is bij een (gehele) *lockdown*, om dezelfde reden iedere verplaatsing of elk verkeer van de bevolking kan verbieden »⁹.

10.2. Dans quelques arrêts ultérieurs faisant référence à cet arrêt du 30 octobre 2020, toujours prononcés dans le cadre d’une demande de suspension d’extrême urgence, il a été jugé dans le même sens en ce qui concerne la fermeture de l’horeca¹⁰ et celle de certains établissements de jeux de hasard¹¹.

10.3. Dans un autre arrêt du 30 octobre 2020, l’assemblée générale de la section du contentieux administratif a jugé, également dans le cadre d’une demande de suspension d’extrême urgence, qu’un moyen qui soutenait que, notamment au regard du principe de légalité en matière pénale consacré par l’article 14 de la Constitution, le ministre avait excédé ses compétences en fixant un couvre-feu temporaire, n’était pas sérieux¹².

À cet égard, le Conseil d’État a observé que « de bepalingen van de wet van 31 december 1963 betreffende opvoeding van personen en goederen, de maatregelen ter evacuatie van bepaalde plaatsen of de isolatiemaatregelen » ont été transférées dans le titre XI de la loi du 15 mai 2007 et, qu’en ce qui concerne ces dispositions de la loi du 31 décembre 1963, l’exposé des motifs mentionnait que « de bijzondere rampen waarin de voormelde zeer ruime bevoegdheid aan de minister wordt gegeven (...) onder meer de gevallen waarin ‘er gevaar voor radioactiviteit of voor besmetting bestaat’ (*Parl.St. Senaat 1961-1962, stuk 338, 5*) behoren »¹³.

⁹ C.E. (AG), 30 octobre 2020, n° 248.818, *SA Umami*, 11.

¹⁰ C.E., 13 novembre 2020, n° 248.918, *société à responsabilité limitée Mainego* ; C.E., 4 février 2021, n° 249.723, *société à responsabilité limitée Mainego et consort*.

¹¹ C.E., 24 février 2021, n° 249.904, *SA Derby et consorts*.

¹² C.E. (AG), 30 octobre 2020, n° 248.819, *Verelst et consorts*, 25-30.

¹³ C.E. (AG), 30 octobre 2020, n° 248.819, *Verelst et consorts*, 28.

10.4. De ce qui précède, de même que des fondements juridiques existants qui attribuent explicitement la compétence au Ministre qui a l'Intérieur dans ses attributions pour agir en la matière, il semble pouvoir se déduire, bien évidemment sous la réserve d'un éventuel contrôle de constitutionnalité de la délégation au ministre que serait amenée à opérer la Cour constitutionnelle à ce sujet ¹⁴, et sous réserve d'un jugement définitif de la section du contentieux administratif du Conseil d'État ou de la Cour de cassation à propos de la portée du fondement juridique de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 que, dans le cadre de la pandémie de coronavirus, l'intervention du ministre qui a l'Intérieur dans ses attributions peut en principe être admise sur la base soit de l'un ou de l'autre fondement juridique mentionné, soit d'une combinaison de ces différents fondements juridiques, notamment chaque fois que la mesure prise peut être qualifiée d'interdiction de lieu ou de déplacement, étant entendu que, moyennant le respect d'une ou de plusieurs conditions ou modalités, il est encore permis de se trouver en un certain lieu ou de se rendre à un certain endroit.

11. Sur la base de ce qui précède, il est permis de considérer que les modifications en projet prévues par les articles 1^{er} à 5 et 8 du projet peuvent être réputées trouver un fondement juridique suffisant dans les différentes dispositions législatives inscrites dans le préambule de l'arrêté ministériel en projet. La plupart de celles-ci peuvent notamment être considérées comme une réglementation imposant aux intéressés de « s'éloigner des lieux ou régions » ou interdisant « tout déplacement ou mouvement de la population », encore qu'il s'agisse chaque fois d'une interdiction de lieu ou de déplacement à laquelle est lié un système complexe de conditions : l'article 1^{er} du projet règle les conditions dans lesquelles il est permis d'effectuer les courses avec plus d'une personne ; l'article 2 concerne la fermeture obligatoire ou la possibilité d'ouverture de certains commerces lorsque la distance d'1,5 mètre entre le prestataire de services et le consommateur ne peut pas être garantie, ainsi que les prestations de service à domicile ; l'article 4 concerne le nombre de personnes pouvant se rassembler sur le territoire ; les articles 3 et 5 du projet abrogent des règles qui ont une portée similaire.

12. L'article 8 du projet introduit la possibilité de déroger, sous certaines conditions, aux règles prévues par l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, dans le cadre d'expériences et de projets pilotes. Dans la mesure où les règles auxquelles il est permis de déroger concernent les modifications envisagées par les dispositions en projet, les dispositions législatives énumérées au préambule de l'arrêté en projet procurent également un fondement juridique à l'article 8 du projet. Dans la mesure où la dérogation concerne (ou peut concerner) d'autres éléments de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, le fondement juridique de l'article 8 doit en principe être recherché dans les dispositions législatives qui peuvent également procurer un fondement juridique aux éléments en question.

13. L'article 6 du projet modifie, dans l'article 27, § 4, de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, la référence à d'autres dispositions de cet arrêté, de sorte que les agents de la Direction générale Inspection économique du Service public fédéral Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie se voient attribuer des compétences supplémentaires en matière de

¹⁴ Voir les diverses questions préjudicielles actuellement pendantes devant la Cour constitutionnelle (*supra*, n° 4).

recherche et de constatation des infractions aux articles 5 et 8, § 1^{er}, de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020.

Le délégué a commenté l'objectif de cette disposition comme suit :

« Artikel 6 van het ontwerp omvat een uitbreiding van de controlebevoegdheid van de Algemene Directie Economische Inspectie, die ook zal kunnen optreden naar aanleiding van meldingen die ze ontvangt van consumenten of ondernemingen jegens de in die bepaling genoemde inrichtingen. (...) De Economische Inspectie controleert o.a. op de naleving van maatregelen voortvloeiende uit het MB (en desgevallend op geconcretiseerde maatregelen voortvloeiende uit de sectorprotocollen) ».

La question se pose toutefois de savoir quelle disposition législative confère au ministre qui a l'Intérieur dans ses attributions le pouvoir d'attribuer, outre les fonctionnaires de police de la police locale et fédérale, à des agents de l'administration générale, des compétences en matière de recherche et de constatation des infractions à l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020.

En ce qui concerne la Direction générale Inspection économique, cette compétence ne paraît en tout cas pas pouvoir se déduire du livre XV (« Application de la loi ») du Code de droit économique. Ainsi, l'article XV.2 de ce code habilite le ministre qui a l'Économie dans ses attributions (et non le ministre qui a l'Intérieur dans ses attributions) à commissionner des agents pour « rechercher et constater les infractions aux dispositions du présent Code, de ses arrêtés d'exécution et des règlements de l'Union européenne pour lesquels le présent livre prévoit des sanctions, à l'exception de celles reprises dans le Livre IV et dans ses arrêtés d'exécution ». Les dispositions relatives aux compétences spécifiques de ces agents prévues dans les articles XV.10/1 et suivants du Code de droit économique ne permettent pas non plus de les habiliter à rechercher et à constater des infractions aux dispositions de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020. Conformément à l'article XV.10 du Code de droit économique, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, attribuer des compétences spécifiques supplémentaires aux agents précités pour rechercher et constater des infractions, pourvu que cet arrêté royal soit confirmé par la loi dans les 18 mois qui suivent son entrée en vigueur. Il ne peut toutefois être fait usage de cette possibilité prévue dans l'arrêté ministériel en projet, à moins qu'un arrêté royal pris en exécution de la disposition législative citée en dernier soit d'abord élaboré.

Certes, l'article 4 de la loi du 31 décembre 1963 dispose que le ministre qui a l'Intérieur dans ses attributions coordonne la préparation et l'application des mesures nécessaires à la protection civile pour l'ensemble du territoire national, au sein tant des divers départements ministériels que des organismes publics. Le Conseil d'État se doit toutefois de mettre en doute qu'il soit permis de s'appuyer sur une telle disposition générale pour attribuer aux agents de ces départements ministériels des compétences en matière de recherche et de constatation des infractions à l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020.

Il est dès lors conseillé de créer un fondement juridique plus sûr à cet effet. À cet égard, on peut attirer l'attention sur le fait que l'article 8, 4°, de l'avant-projet de 'loi pandémie' dispose que la surveillance du respect des mesures prises en exécution des articles 4 et 5 de cette loi, dont l'adoption est envisagée, est assurée notamment par la Direction générale Inspection économique.

B. COMPÉTENCE

14. Ainsi que l'a récemment rappelé l'assemblée générale de la section de législation dans son avis n° 68.936/AG du 7 avril 2021 précité :

« La compétence de lutter contre une situation d'urgence épidémique n'est pas une compétence qui, en tant que telle, est attribuée exclusivement à une seule autorité - fédérale, communautaire ou régionale. Comme le Conseil d'État, section de législation, l'a déjà rappelé antérieurement¹⁵ et encore au cours de l'actuelle pandémie de COVID-19¹⁶, 'chaque autorité est responsable de la lutte contre une crise touchant à la santé publique dans les limites de ses propres compétences matérielles'¹⁷.

[...] Pour lutter contre une situation d'urgence épidémique, l'autorité fédérale peut prendre des mesures dans le cadre de ses compétences en matière de :

- politique de la santé ;
- maintien de l'ordre public, plus particulièrement le maintien de la salubrité publique (police sanitaire) ;
- protection civile et de sécurité civile ;
- contrôle des frontières extérieures ;
- mesures sanitaires dans le cadre d'autres compétences fédérales ».

En l'espèce, plusieurs mesures que le projet à l'examen vise à assouplir se situent dans le champ d'application des compétences fédérales en matière de police sanitaire, de protection civile et/ou de sécurité civile.

À cet égard, l'assemblée générale de la section de législation a précisé dans son avis n° 68.936/AG précité que :

« En vertu de sa large compétence en matière de police sanitaire, de protection civile et de sécurité civile, l'autorité fédérale a adopté par le passé des mesures ayant une incidence significative dans des domaines politiques entrant dans la compétence des communautés et/ou des régions. C'est ainsi que par le passé, dans le cadre de la lutte contre une situation d'urgence épidémique, l'autorité fédérale a pris des mesures telles que la fermeture d'établissements d'enseignement, l'interdiction d'événements culturels ou la subordination du maintien de l'ouverture des écoles ou de l'autorisation d'événements culturels à certaines conditions sanitaires (nombre de participants, obligation du port du masque buccal et obligation de distanciation sociale, etc.). Bien que ces mesures revêtent clairement une dimension sanitaire, elles ne peuvent, en raison de leur incidence significative dans des domaines politiques d'autres autorités, être prises par l'autorité fédérale que si l'aspect le plus important de ces mesures, eu égard à leur enjeu, peut être réputé concerner la police sanitaire, la protection civile et/ou la sécurité civile,

¹⁵ Note infrapaginale n° 19 de l'avis précité : Avis C.E. n° 53.932/AG donné le 27 août 2013 sur une proposition devenue la loi spéciale du 6 janvier 2014 'relative à la Sixième Réforme de l'État' (Doc. parl., Sénat, 2012-2013, n° 5-2232/1).

¹⁶ Note infrapaginale n° 20 de l'avis précité : Avis C.E. n° 67.142/AG du 25 mars 2020, précité, observation 6.

¹⁷ Note infrapaginale n° 21 de l'avis précité : Avis C.E. n° 53.932/AG, précité ; Voir également avis C.E. n° 53.018/VR du 13 mai 2013 sur un projet d'arrêté royal 'relatif au contrôle sanitaire du trafic international', observation 9 ; avis C.E. n° 66.387/1/V donné le 29 août 2019 sur un projet devenu l'arrêté royal du 11 décembre 2019 'fixant les modalités de manipulation et stockage des poliovirus de type 2', observation 7.5 ; C.C., 15 février 2009, n° 2/2009, B.5.2.

qui relèvent de la compétence fédérale. Il apparaît au Conseil d'État que ce ne sera le cas que si trois conditions sont remplies.

Tout d'abord, dans l'exercice de ses compétences, l'autorité fédérale doit toujours respecter le principe de proportionnalité. Ce principe général, corollaire de la loyauté fédérale¹⁸ prescrite par l'article 143, § 1^{er}, de la Constitution, est d'autant plus important en cette matière que les compétences fédérales concernant le maintien de l'ordre public (police sanitaire), la protection civile et la sécurité civile sont à ce point étendues que, par nature, elles sont susceptibles d'avoir une incidence significative dans des domaines relevant de la compétence d'autres autorités. L'exercice justifié de ces compétences, conformément au principe de proportionnalité, suppose que la décision de l'autorité fédérale soit précédée d'une mise en balance minutieuse, basée sur des connaissances scientifiques, entre les résultats raisonnablement escomptés de la mesure envisagée dans le cadre de la lutte contre une situation d'urgence épidémique, d'une part, et leur incidence dans les domaines politiques ressortissant aux communautés et régions, d'autre part. Il apparaît au Conseil d'État que la portée que la doctrine concernant les conditions de limitation des droits fondamentaux attribue au principe de proportionnalité est également applicable *mutatis mutandis* en l'espèce. Le principe implique qu'«il incombe à l'autorité d'établir, en fonction de la nature des faits sur lesquels elle se fonde, de leur gravité et des circonstances de la cause, que la mesure qu'elle envisage de prendre est nécessaire, adéquate et proportionnée : à cet égard, il importe tout particulièrement de s'assurer que les faits et les circonstances de la cause présentent avec les troubles à l'ordre public que tend à prévenir la mesure de police envisagée un rapport suffisamment direct et étroit pour pouvoir justifier celle-ci^{19, 20}».

Une deuxième condition requiert que l'autorité fédérale, qui envisage de prendre une mesure ayant une incidence directe dans des domaines relevant de la compétence matérielle des entités fédérées, consulte préalablement ces autres autorités²¹. Bien qu'une telle concertation ne puisse impliquer un abandon ou un transfert de compétences, il est indispensable de pouvoir évaluer correctement les incidences des mesures prises dans les domaines politiques relevant de la sphère de compétence des communautés et des régions et, ainsi, de se faire une idée précise du caractère proportionné ou non des mesures prises. Une telle concertation est une condition impérative pour que ces mesures puissent se concilier avec le principe de proportionnalité.

¹⁸ *Note infrapaginale n° 74 de l'avis cité* : Le principe de loyauté fédérale implique pour chaque autorité l'obligation, lors de l'exercice des compétences propres, de ne pas perturber l'équilibre de la construction fédérale dans son ensemble et de ne pas léser les intérêts des autres entités. La loyauté fédérale concerne plus que le simple exercice des compétences : elle indique dans quel esprit il doit avoir lieu (C.C., 18 mars 2021, n° 47/2021, B. 11 ; voir également J. VANPRAET, « De algemene beginselen van de bevoegdheidsverdeling », dans B. SEUTIN et G. VAN HAEGENDOREN (éds.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Bruges, die Keure, 2017, p. 53, n° 75).

¹⁹ *Note infrapaginale n° 75 de l'avis cité* : Note de bas de page n° 4 du texte cité : La jurisprudence est constante et abondante en ce sens, en particulier à propos de mesures de police administrative générale prises par les autorités communales : voir par exemple C.E., 21 avril 2006, n° 157.849, S.P.R.L. « La Démarche » ; 23 avril 2010, n° 203.235, S.C. Trocadero ; 24 mars 2017, n° 237.779, Amilcar et consorts.

²⁰ *Note infrapaginale n° 76 de l'avis cité* : Avis C.E. n° 63.791/2/V donné le 6 août 2018 sur un avant-projet de loi « relatif à l'approche administrative communale », obs. gén. 1, b).

²¹ *Note infrapaginale n° 77 de l'avis cité* : Voir C.C., 18 mars 2021, n° 47/2021, B.15 : « B.15. Comme il est dit en B.11, le principe de la loyauté fédérale oblige chaque législateur à veiller à ce que l'exercice de sa propre compétence ne rende pas impossible ou exagérément difficile l'exercice de leurs compétences par les autres législateurs. Lorsqu'un législateur entend régler une matière qui est à ce point imbriquée dans la matière qui relève de la compétence d'un autre législateur, il ne peut exercer sa compétence qu'après avoir préalablement consulté cet autre législateur ». Voir également CC, 21 décembre 2017, n° 145/2017, B. 60.2.

Cette obligation de concertation n'exclut pas, au demeurant, que l'autorité fédérale, compte tenu de l'imbrication des compétences, organise la concertation au sein du comité de concertation, créé par les articles 31 et 31/1 de la loi du 9 août 1980 'de réformes institutionnelles', et cherche à parvenir à un consensus en ce qui concerne les mesures à prendre.

Il peut toutefois se produire que, dans des circonstances établissant l'urgence²², cette concertation ne puisse être accomplie, sous peine de nuire à l'efficacité des mesures à prendre. Il appartient alors à l'autorité fédérale, lorsque tel est le cas, de se justifier quant à l'impossibilité de procéder à cette concertation et, ensuite, d'y procéder à nouveau dès que les circonstances s'y prêtent.

Enfin, une troisième condition requiert que l'autorité fédérale veille à se limiter strictement aux matières qui peuvent s'inscrire dans ses compétences en matière de police sanitaire, de protection civile ou de sécurité civile et, ce faisant, n'exerce pas purement et simplement les compétences matérielles d'une autre autorité. Il ne revient pas à l'autorité fédérale, dans le cadre de la lutte contre une situation d'urgence épidémique, de prendre des mesures, dépourvues de dimension sanitaire, sur le fondement de ses compétences en matière de police administrative, de protection civile et/ou de sécurité civile. Ainsi, l'autorité fédérale peut, par exemple, imposer le port du masque buccal et la distanciation sociale dans les écoles et les musées, pour autant qu'il s'agisse d'une mesure proportionnée et nécessaire (numéro 33), et – dans des circonstances extrêmes – même décider de fermer ces établissements²³. Dans ce cadre, elle ne peut toutefois pas imposer aux communautés des règles alternatives en matière d'enseignement et d'activités culturelles, comme par exemple l'obligation de proposer un enseignement à distance ou des visites de musées en ligne ou – inversement – les exclure. En effet, pareilles mesures ne peuvent être considérées comme des mesures sanitaires ».

15. En l'espèce, l'examen des trois exigences précitées soulève les observations suivantes :

– s'agissant de l'exigence de proportionnalité matérielle, il ressort du préambule du projet d'arrêté à l'examen que celui-ci a été précédé d'une analyse des données scientifiques récentes²⁴ ;

²² Note infrapaginale n° 78 de l'avis cité : Il est renvoyé aux observations formulées plus bas (n°s 66 et 67) quant aux cas dans lesquels des situations d'urgence pourraient se présenter nécessitant la prise très rapide de mesures visant à lutter contre une situation d'urgence épidémique, telles que celles qui sont envisagées par l'avant-projet.

²³ Note infrapaginale n° 79 de l'avis cité : Dans l'avis C.E. n° 67.142/AG précité donné le 25 mars 2020, l'assemblée générale de la section de législation a déjà observé qu'en vertu des pouvoirs spéciaux qui lui sont conférés, le Roi était compétent pour procéder aux « fermetures d'écoles ou d'universités ».

²⁴ Voy. les alinéas 33 et suivants du préambule de l'avant-projet à l'examen :

« Considérant que notre pays est en niveau d'alerte 4 (alerte très élevée) au niveau national depuis le 13 octobre 2020 ;

Considérant que la moyenne journalière des nouvelles contaminations avérées au coronavirus COVID-19 en Belgique sur les sept derniers jours a connu une légère diminution à 3.436 cas confirmés positifs à la date du 15 avril 2021 ;

Considérant qu'à la date du 14 avril 2021, au total 3.049 patients atteints du coronavirus COVID-19 sont pris en charge dans les hôpitaux belges ; qu'à cette même date, au total 941 patients sont pris en charge dans les unités de soins intensifs ;

Considérant que l'incidence au 15 avril 2021 sur une période de 14 jours est de 468 sur 100.000 habitants ; que le taux de reproduction basé sur le nombre de nouvelles hospitalisations s'élève à 0,95 ;

Considérant que le taux d'engorgement des hôpitaux, en particulier des services de soins intensifs, demeure très élevé ; que la pression sur les hôpitaux et sur la continuité des soins non COVID-19 demeure une réalité et que ceci a

– s’agissant de l’exigence de concertation, celle-ci a été respectée dès lors qu’il ressort du dossier soumis au Conseil d’État qu’une concertation a été organisée au sein du comité de concertation, en date du 14 avril 2021 ;

– enfin, les mesures d’assouplissement prévues par le projet à l’examen s’inscrivent dans le cadre de ce que l’on peut qualifier de mesures sanitaires.

16. En ce qui concerne plus particulièrement les expériences et projets pilotes mentionnés à l’article 8 du projet, la question se pose de savoir si l’autorité fédérale est compétente à cet effet dans le cadre de ses compétences en matière de sécurité civile, de protection civile et de police sanitaire.

Il peut être admis que ces expériences et projets pilotes fournissent à l’autorité fédérale des informations précieuses pour l’évaluation et l’adaptation éventuelle des mesures contenues dans l’arrêté ministériel du 28 octobre 2020, mais cela ne signifie pas pour autant, comme l’a expliqué le Conseil d’État dans l’avis 68.936/AG précité, que l’autorité fédérale peut « imposer aux communautés [et aux régions] des règles alternatives en matière d’enseignement et d’activités culturelles »²⁵.

Les auteurs du projet ont probablement conscience de la possibilité que ces expériences et projets pilotes puissent être liés aux compétences des communautés et des régions, dès lors qu’à l’article 8 du projet, il est fait mention de « ministres compétents »²⁶ qui sélectionnent aussi ces expériences et projets et déterminent également le protocole avec un cadre, un calendrier et un plan par étapes pour l’organisation de ces expériences et projets. En outre, il y est fait état de leur conformité avec « la décision du Comité de concertation à cet égard ». Il est également question d’une telle « décision » dans l’article 8, § 4, alinéa 1^{er}, 4^o, en projet, de l’arrêté ministériel (article 2 du projet).

un effet significativement négatif sur la santé publique ; que les hôpitaux ont activé la phase 2A du plan d’urgence pour les hôpitaux ; Considérant que la situation demeure particulièrement précaire et qu’il doit être évité que le nombre d’infections et de contaminations augmente à nouveau ;

Considérant que le variant B.1.1.7 est devenu dominant en Belgique ; que ce variant est plus contagieux et qu’en conséquence le virus circule encore plus rapidement au sein de la population ; qu’il est dès lors nécessaire de prolonger certaines mesures ;

Considérant que la campagne de vaccination a été lancée et qu’elle a déjà un impact évident sur les infections des plus de 65 ans ; que par conséquent le nombre d’hospitalisations et de décès des résidents des centres de soins résidentiels semble diminuer ;

Considérant qu’il est important qu’il existe une cohérence maximale dans la prise des mesures pour maintenir l’ordre public, afin de maximaliser leur efficacité ; que ces mesures doivent s’appliquer à l’ensemble du territoire ; que les autorités locales ont toutefois la possibilité, en fonction de la situation épidémiologique sur leur territoire, de prendre des mesures plus sévères pour autant qu’elles soient proportionnelles et limitées dans le temps ; ».

²⁵ Avis C.E. 68.936/AG précité, observation 35.

²⁶ Il n’est pas exclu qu’il soit ainsi fait référence aux ministres des gouvernements de communautés et de régions (voir par exemple l’article 20, alinéa 3, de l’arrêté ministériel du 28 octobre 2020).

À la question de savoir quelle est la portée juridique de la « décision » telle que mentionnée ci-dessus, le délégué a répondu comme suit :

« Deze toevoeging moet verzekeren dat de protocollen worden opgesteld op basis van de genomen beslissingen van het Overlegcomité van 5 februari 2021 waar de specifieke modaliteiten voor het heropenen van de contactberoepen uitdrukkelijk werden toegelicht en het Overlegcomité van 19 maart 2021 en 14 april 2021 waar de mogelijkheid voor het organiseren van pilootprojecten werd besproken. »

Ces « décisions » du Comité de concertation n'ont toutefois aucune valeur juridique contraignante²⁷ et ne peuvent davantage avoir pour effet que l'autorité fédérale excède ses compétences évoquées ci-dessus en organisant des expériences et des projets pilotes pour lesquels les communautés ou les régions sont compétentes²⁸. Il est effectivement possible que l'autorité fédérale collabore à cette organisation, spécifiquement du point de vue de ses compétences, notamment en exemptant ces expériences et projets pilotes des mesures contenues dans l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, et en vue d'évaluer et d'adapter ces mesures sur la base des résultats de ces expériences et projets pilotes. Par ailleurs, l'autorité fédérale peut organiser ses propres expériences et projets pilotes dans le cadre de ses compétences matérielles.

La disposition en projet peut être concrétisée dans le cadre de l'interprétation conforme aux règles répartitrices de compétences, évoquée ci-dessus.

C. FORMALITÉS

17. Dès lors que les dispositions législatives qui procurent un fondement légal au projet à l'examen n'autorisent pas le Ministre qui a l'Intérieur dans ses attributions à déroger aux formalités préalables obligatoires, celles-ci doivent en tout état de cause être respectées.

18. Étant donné que les dispositions législatives qui procurent le fondement légal au projet ne requièrent pas que celui-ci soit adopté sur la base d'une délibération du Conseil des ministres, il résulte de l'article 6, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 2013 'portant des dispositions diverses concernant la simplification administrative' qu'il n'est pas soumis par principe à l'obligation de le soumettre à une analyse d'impact. Il s'en déduit, ainsi que de l'article 10 de l'arrêté royal du 21 décembre 2013 'portant exécution du titre 2, chapitre 2, de la loi du 15 décembre 2013 portant des dispositions diverses concernant la simplification administrative', qu'il n'y a pas lieu de consacrer un alinéa dans le préambule à un éventuel motif de dispense de procéder à l'analyse d'impact.

L'alinéa 6 du préambule sera en conséquence omis.

²⁷ Avis C.E. 68.188/4 du 27 octobre 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 6 novembre 2020 'portant exécution de l'article 47/15bis du Code wallon de l'Action sociale et de la Santé' (observations générales), ainsi que (en ce qui concerne le Conseil national de sécurité) avis C.E. 67.543/4 du 11 juin 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 16 juillet 2020 'portant sur les mesures d'urgence en matière de taxis, location de voitures avec chauffeur et services assimilés' (observation relative à l'article 1^{er}).

²⁸ Il serait dès lors préférable de faire mention dans les articles 2 et 8 du projet de « la concertation » ou des « accords » en Comité de concertation.

V. EXAMEN DU TEXTE

Observation générale concernant la limitation des droits fondamentaux – proportionnalité/égalité

19. Dans son arrêt n° 249.904 du 24 février 2021, *s.a. Derby*, la section du contentieux du Conseil d'État a considéré :

« Les parties requérantes ne contestent pas que l'arrêt ministériel attaqué poursuit un objectif de santé publique et qu'il s'agit là d'un objectif légitime. Ainsi que le relève le préambule de l'arrêt attaqué, la pression sur les hôpitaux et sur la continuité des soins non COVID-19 demeure élevée, le risque pour la santé publique persiste et des compromis doivent être faits. La prolongation de la mesure de fermeture des bureaux de paris s'inscrit donc dans un ensemble de mesures qui emportent des restrictions à la liberté de mouvement du public et aux entreprises. Ces mesures sont prises afin de protéger la santé de la population dans des circonstances dangereuses. Elles ont toutes pour objectif de ralentir et de rendre gérable la résurgence et la propagation exponentielle du coronavirus, compte tenu également de l'apparition et de la circulation de variants. De la sorte, l'arrêt ministériel attaqué consacre un nouveau point d'équilibre déterminé par la partie adverse, en tenant compte de l'évolution de la situation sanitaire et notamment de l'évolution du nombre d'infections, des hospitalisations, du taux de positivité et du taux de reproduction, afin de continuer à limiter la propagation du virus. S'il prévoit ainsi quelques assouplissements progressifs, notamment pour les professions de contact non médicales ou les activités extérieures, il impose et maintient encore de nombreuses autres restrictions afin d'atteindre cet équilibre. En ce sens, toutes les mesures prévues par l'arrêt ministériel du 28 octobre 2020, tel que modifié notamment par l'arrêt ministériel attaqué, forment un tout indivisible et indissociable.

L'arrêt ministériel attaqué participe clairement à la stratégie de la partie adverse fondée sur un équilibre permanent à trouver entre, d'une part la prévention de nouvelles contaminations, la protection du fonctionnement des hôpitaux et du secteur de la santé, et d'autre part, la sauvegarde de l'économie belge et le bien-être général de la population. La partie adverse a opté, depuis plusieurs mois, pour une réouverture progressive de certains secteurs au regard des exigences sanitaires et économiques. Le Ministre de l'Intérieur dispose d'un large pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour rechercher un équilibre entre des intérêts distincts et souvent conflictuels, afin de parvenir à une décision qui sert l'intérêt général et il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle du Ministre sur la stratégie à suivre dans le cadre de la gestion d'une pandémie.

(...)

S'agissant du principe de proportionnalité, il convient de rappeler que l'arrêt ministériel attaqué consacre un nouveau point d'équilibre tenant compte de l'évolution de la situation sanitaire et notamment de l'évolution du nombre d'infections, des hospitalisations, du taux de positivité et du taux de reproduction afin de continuer à limiter la propagation du virus et que si l'arrêt attaqué prévoit quelques assouplissements progressifs notamment pour les professions de contact non médicales ou les activités extérieures, il impose et maintient encore de nombreuses autres restrictions afin d'atteindre cet équilibre. Toutes les mesures prévues par l'arrêt ministériel du 28 octobre 2020, tel que modifié notamment par l'arrêt ministériel attaqué, forment donc un tout indivisible et indissociable et c'est au regard de cet ensemble qu'il convient d'apprécier la proportionnalité des mesures.

Les parties requérantes ne contestent pas que l'arrêté ministériel attaqué poursuit un objectif de santé publique et qu'il s'agit là d'un objectif légitime. S'il est exact que la santé publique doit s'entendre aussi bien de la santé physique que de la santé mentale, il ressort du préambule de l'arrêté attaqué que la partie adverse a bien eu égard, dans le cadre de son appréciation de la proportionnalité de l'ensemble de ces mesures, à la problématique de la santé mentale puisqu'elle décide de procéder progressivement à la réouverture des professions de contact non médicales dont les prestations de service pourront précisément contribuer au bien-être mental des citoyens. Contrairement à ce que soutiennent les parties requérantes, la partie adverse n'a, dès lors, pas, lors de son appréciation, négligé la santé mentale des citoyens ».

Le projet examiné introduit certains assouplissements dans les mesures imposées par l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 tout en maintenant plusieurs restrictions. Ce faisant, le projet examiné entend établir un nouveau point d'équilibre entre, d'une part la prévention de nouvelles contaminations, la protection du fonctionnement des hôpitaux et du secteur de la santé, et d'autre part, la sauvegarde de l'économie belge et le bien-être général de la population.

Au regard du principe d'égalité consacré par la Constitution, le demandeur d'avis devra être en mesure de pouvoir démontrer que les catégories de personnes faisant l'objet d'un traitement différent, notamment à l'article 2 du projet, se situent dans un rapport raisonnable avec les objectifs poursuivis par des moyens objectifs et pertinents.

Observation générale concernant l'usage de 'protocoles'

20.1. Plusieurs dispositions du projet comportent des références à des protocoles (articles 8, § 4, alinéa 1^{er}, 2^o, 3^o et 4^o, 8, § 4, alinéa 2, 2^o, en projet et article 29, alinéa 2, en projet).

L'article 1^{er}, 3^o, de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 définit un protocole comme étant « le document déterminé par le ministre compétent en concertation avec le secteur concerné, contenant des règles à appliquer par les entreprises et associations dudit secteur dans l'exercice de leurs activités ».

20.2. La réponse du délégué à la question relative à la valeur juridique de ces protocoles est ambivalente :

« De protocollen en gidsen vormen een indicatief beoordelingskader. De protocollen en gidsen kunnen enkel verordenende maatregelen, zoals bepaald in het MB, concretiseren, maar zijn zelf niet verordenend.

Artikel 29 van het huidige ministerieel besluit bepaalt dat bepalingen van een protocol of gids die minder strikt zijn dan de regels van het ministerieel besluit buiten toepassing worden gelaten. Voor proef- en pilootprojecten kan hier van worden afgeweken op grond van de nieuw ontworpen bepaling. »

Même si le délégué dénie toute portée réglementaire aux protocoles, il s'avère que ceux-ci peuvent bel et bien 'concrétiser' des dispositions réglementaires. En outre, on n'aperçoit pas pour quel motif l'article 29, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 devrait écarter l'application de dispositions de protocoles (ou de guides) si celles-ci ne sont pas

abstraites et globalement contraignantes. C'est surtout la possibilité, prévue à l'article 29, alinéa 2, en projet, de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 de déroger au moyen de protocoles aux dispositions de l'arrêté ministériel pour des expériences et projets pilotes, qui démontre qu'une portée réglementaire émane néanmoins de ces protocoles. Ailleurs également, le délégué a fait la déclaration suivante : « De Economische Inspectie controleert [...] op de naleving van maatregelen voortvloeiende uit het MB (en desgevallend op geconcretiseerde maatregelen voortvloeiende uit de sectorprotocollen) ». Enfin, il convient aussi d'observer que les exceptions à l'interdiction d'effectuer certaines prestations de services, contenues à l'article 8, § 4, alinéa 1^{er}, 2°, 3° et 4°, et alinéa 2, 2°, en projet (article 2 du projet), sont accompagnées d'une référence au « respect des modalités prévues par le protocole applicable » et que la définition même de la notion de « protocole » figurant à l'article 1^{er}, 3°, de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 fait mention de « règles à appliquer ».

20.3. Il convient de supprimer cette ambivalence. En effet, de deux choses l'une : soit les protocoles n'ont pas de caractère réglementaire, mais dans ce cas, les mesures concrètes qu'ils contiennent ne sont pas contraignantes, les protocoles ne peuvent pas déroger à l'arrêté ministériel et leur respect ne peut pas être contrôlé ni maintenu par l'intentement d'une action publique en cas de non-respect ; soit les protocoles sont effectivement de nature réglementaire et les mesures qu'ils contiennent sont bel et bien contraignantes, mais dans ce cas, ces mesures doivent figurer dans des arrêtés de l'autorité compétente en la matière.

PRÉAMBULE

21. Vu la valeur informative essentielle du préambule du projet soumis, il convient de le vérifier quant à sa pertinence et son actualité ²⁹.

Article 1^{er}

22. À l'alinéa 2 de l'article 5 en projet de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, la disposition énoncée au 14° est remplacée par la disposition suivante : « 14° un consommateur peut être accompagné d'une personne du même ménage ou du contact rapproché durable visé à l'article 15bis. Les mineurs de son propre ménage ou des personnes ayant besoin d'une assistance peuvent être accompagnés d'un adulte ».

23.1. Indépendamment encore d'éventuels problèmes de preuve quant à savoir qui constitue un contact rapproché durable au sens de l'article 15bis de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, il convient de clarifier la relation entre la première et la deuxième phrase.

²⁹ Ainsi, le Conseil d'État n'aperçoit pas clairement pour quel motif le premier considérant s'énonce comme suit : « Considérant les concertations entre les gouvernements des entités fédérées et les autorités fédérales compétentes, au sein du Conseil National de Sécurité qui s'est réuni les 10, 12, 17, et 27 mars 2020, les 15 et 24 avril 2020, les 6, 13, 20 et 29 mai 2020, les 3, 24 et 30 juin 2020, les 10, 15, 23, et 27 juillet 2020, le 20 août 2020, ainsi que le 23 septembre 2020 ; », sans que ces réunions soient directement pertinentes pour l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 et sans qu'il soit fait référence par la suite aux réunions du Comité de concertation.

Les mineurs ou personnes ayant besoin d'une assistance peuvent également être des consommateurs.

Si eux aussi ne peuvent être accompagnés que par un adulte du même ménage ou par un contact rapproché durable adulte, la deuxième phrase est superflue.

Si l'adulte accompagnant peut être ajouté au compagnon du même ménage ou à un contact rapproché durable adulte, il y a lieu de le préciser dans le dispositif de la disposition en projet.

23.2. Plus généralement, la question se pose de savoir de quelle manière l'assouplissement prévu à l'article 1^{er}, 2°, du projet s'articule avec les autres dispositions de l'arrêté ministériel dont la modification est envisagée. Ainsi, l'article 13, alinéa 2, de cet arrêté prévoit en ce qui concerne les marchés que « les courses sont effectuées seul, et pendant une période de maximum 30 minutes ».

Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Dit is een terechte bedenking. Deze discrepantie is ongewild ontstaan.

We stellen voor om volgend bijkomend artikel aan het ontwerp toe te voegen :

Artikel X. In artikel 13 van hetzelfde besluit worden de volgende wijzigingen aangebracht :

1° het tweede lid wordt vervangen als volgt : 'De bezoekers worden toegelaten gedurende een periode van maximum 30 minuten.' ;

2° het derde lid wordt vervangen als volgt : 'Een bezoeker mag worden vergezeld door één persoon van hetzelfde huishouden of door het duurzaam onderhouden nauw contact bedoeld in artikel 15bis. De minderjarigen van het eigen huishouden of de personen die nood hebben aan begeleiding kunnen worden begeleid door één volwassene.'

Het lijkt allicht bovendien raadzaam om een analoge wijziging door te voeren voor de winkelcentra (art. 9 MB). »

Sous réserve de l'observation formulée au point 23.1, on peut se rallier à cette modification.

Article 7

24. L'article 7 du projet prolonge les mesures prévues par l'arrêté à modifier jusqu'au 31 mai 2021 inclus.

Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De maatregelen worden steeds geëvalueerd in het licht van de epidemiologische resultaten die van dag op dag evolueren. Op het Overlegcomité van 14 april 2021 werd er gecommuniceerd over de geplande stapsgewijze versoepelingen vanaf 8 mei 2021 op voorwaarde dat de leeftijdsgroep 65+ een vaccinatiegraad van meer dan 80 procent heeft bereikt en mits de toestand op de afdeling intensieve zorgen verbeterd is. Op 23 april 2021

is er reeds een nieuw Overlegcomité gepland om de epidemiologische situatie te evalueren en indien nodig de maatregelen aan te passen ».

On peut admettre ce procédé dans la mesure où l'autorité s'engage à toujours veiller à ce que les mesures fixées satisfassent aux exigences en matière de proportionnalité au regard de la situation actuelle.

LE GREFFIER EN CHEF – DE HOOFDGRIFFIER

LE PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ÉTAT –
DE VOORZITTER VAN DE RAAD VAN STATE

Gregory DELANNAY

Jacques JAUMOTTE