

CONTINUITÉ DES SERVICES ESSENTIELS EN TEMPS DE PANDÉMIE

Pierre-Olivier de Broux

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Antoine Mayence

Assistant chargé de recherches à l'Université libre de Bruxelles

« Embrasser quelqu'un : pas essentiel
Ouvrir un bouquin : pas essentiel
Sourire sincère : pas essentiel
Aller aux concerts : pas essentiel
Se prom'ner en forêt : pas essentiel
Danser en soirée : pas essentiel
Retrouver les gens : pas essentiel
Spectacle vivant... »

Grand Corps Malade, *Pas essentiel*, décembre 2020

1. Le confinement généralisé qui a surpris la société belge au début du mois de mars 2020 a d'emblée dû se prononcer sur l'épineux problème de la continuité d'un grand nombre d'activités malgré la pandémie, et ce même lorsque les mesures sanitaires obligatoires ne pouvaient pas être respectées. En réalité, même si dans des mesures très disparates, les autorités belges étaient susceptibles d'être confrontées à deux attitudes contraires à l'intérêt général : celle des activités (non essentielles) qui ne voulaient pas fermer ; et celle des activités (essentielles) qui ne voulaient plus ouvrir. Même si c'est surtout sous le second angle que l'analyse est menée, l'appartenance à la catégorie des services essentiels, et les contours de cette catégorie (section 1), a servi de première réponse aux deux difficultés identifiées. Nous énonçons ensuite les principaux types de mesures adoptées pour assurer la continuité des services essentiels (section 2) avant d'en proposer une évaluation strictement juridique (section 3).

D'emblée, il faut donc préciser que cette étude s'inscrit dans une période d'épidémie lors de laquelle le confinement est la règle, imposée à trois reprises selon des modalités différentes, par arrêtés ministériels successifs depuis le 13 mars 2020¹. Dans certains cas ou durant certaines périodes, selon les restrictions sanitaires adoptées, ce confinement n'entravait pas la continuité de services essentiels. La présente étude s'intéresse précisément aux situations où le confinement porte en principe atteinte à cette continuité, situations dans lesquelles des exceptions à la règle du confinement ou à d'autres règles se sont imposées pour assurer malgré tout cette continuité.

Section 1. Notion de services essentiels

2. La notion de « services essentiels » – *essentielle diensten* – est apparue dès la première conférence de presse du Gouvernement consacrée aux mesures de confinement, le soir du 12 mars 2020. Cette notion s'est en réalité déclinée en diverses expressions, selon les textes juridiques concernés, et n'a revêtu, tout au long de la crise, ni une définition ni une réalité uniforme.

§ 1. Arrêtés ministériels portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19

3. Aucun terme de l'arrêté ministériel du 13 mars 2020 ne reprend l'expression médiatique utilisée avant sa publication pour désigner les pharmacies et les magasins d'alimentation. Ce sont les arrêtés ministériels des 18 mars et 23 mars 2020 qui innovent en utilisant simultanément les expressions suivantes : « entreprises non essentielles », « entreprises des secteurs cruciaux » et « services essentiels » (art. 2 et 3 des deux arrêtés), ainsi que « commerces, entreprises et services privés et publics qui sont nécessaires à la protection des besoins vitaux de la Nation et des besoins de la population » (titre de l'annexe 1 desdits arrêtés).

1. Le premier texte est l'arrêté ministériel du 13 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19, *M.B.*, 13 mars 2020. Il a été remplacé successivement par les arrêtés ministériels de même intitulé du 18 mars 2020, du 23 mars 2020, du 30 juin 2020, du 18 octobre 2020 et du 28 octobre 2020. Les arrêtés du 23 mars, du 30 juin et du 28 octobre ont eux-mêmes fait l'objet de très nombreuses modifications. Il est fait référence à ces textes ci-après en indiquant « l'arrêté ministériel » ou « l'A.M. », suivi de sa date.

Le Gouvernement opte à cette occasion pour une liste limitative d'activités, énoncées dans cette annexe, plutôt que pour une définition générale des notions ainsi utilisées. On y retrouve notamment les différents pouvoirs de l'État belge, mais également l'ensemble de la chaîne de production et de distribution alimentaire, les services de soins de santé et les pharmacies, l'enseignement, les médias, les fournisseurs d'eau, de gaz et d'électricité, les services postaux, de taxis et de transports ou encore les hôtels. Principal avantage de ce procédé : il limite l'insécurité juridique générée par le choix d'une définition générale, dont l'application ou les contours auraient dû être appréciés au cas par cas. En ne laissant pas de marge d'appréciation aux entreprises elles-mêmes, il permet aussi d'éviter d'inscrire la détermination du caractère essentiel d'une entreprise dans un rapport de force employeur-travailleur.

4. L'arrêté ministériel modificatif du 3 avril 2020, fondé sur les recommandations du Groupe des 10², est toutefois venu fortement nuancer le principe de la liste fermée. Dans ce nouvel arrêté, le Gouvernement ne s'est pas contenté d'affiner la liste des services essentiels reprise en annexe, mais il a étendu celle-ci à l'ensemble des « producteurs, fournisseurs, entrepreneurs et sous-traitants de biens, travaux et services essentiels à l'activité de ces entreprises et ces services » (art. 3). Cet ajout, particulièrement large, a ouvert la porte à l'interprétation et a nuit à la sécurité juridique. Sa pertinence n'était d'ailleurs pas évidente, dès lors que la liste annexe comprenait déjà nombre d'entreprises visées par cet ajout³. Supprimé par l'arrêté ministériel du 30 juin 2020, cet élargissement est repris lors du second confinement (art. 2, § 1, de l'A.M. du 28 octobre 2020).

5. L'arrêté ministériel du 30 juin 2020 utilise encore l'expression « entreprises et associations non essentielles » ; tandis que les arrêtés ministériels des 18 et 28 octobre 2020 suppriment les expressions « secteurs cruciaux » et « services essentiels » de leurs dispositifs, au profit de la seule expression du titre de l'annexe, celle des activités « nécessaires à la protection des besoins vitaux de la Nation et des besoins de la

2. Voy. *Compte rendu intégral*, Ch., sess. 2019-2020, 26 mars 2020, CRIV 55 PLEN 033, pp. 10-11. Le Groupe des 10 est un des hauts lieux de la concertation sociale belge, où se réunissent les représentants des organisations syndicales et patronales. Cinq membres représentent les syndicats (C.S.C., F.G.T.B. et C.G.S.L.B.) et cinq membres représentent les organisations patronales (F.E.B., Union des classes moyennes et Boerenbond).

3. Outre le fait que le Groupe des 10 s'était, semble-t-il, livré à un travail fin d'identification de la chaîne de sous-traitance et d'approvisionnement des services essentiels. Voy. E. DERMINE et A. MAYENCE, « Associer les interlocuteurs sociaux à l'identification des entreprises essentielles : un apport technique mais également un enjeu démocratique », *Carnet de crise #7 du 6 avril 2020*, Centre de droit public de l'U.L.B., <https://droit-public.ulb.ac.be/>.

population ». La liste limitative de ces activités, annexée aux arrêtés successifs, conserve néanmoins ces expressions, et est retouchée de manière plutôt anecdotique jusqu'à son abrogation⁴. Enfin, les arrêtés d'octobre 2020 ont introduit les expressions « voyage essentiel » pour déroger à l'interdiction de voyager⁵, « biens essentiels » permettant de maintenir certains commerces ouverts⁶, ainsi que « déplacement essentiel » pour déroger au couvre-feu⁷, liées aux nouvelles mesures sanitaires instaurées lors du second confinement de la crise sanitaire, et prolongées pour la plupart à l'occasion du troisième confinement.

§ 2. Autres textes normatifs adoptés dans le cadre de la crise sanitaire

6. Ces hésitations terminologiques sont renforcées par les autres textes normatifs adoptés durant la crise, qui font se côtoyer les services essentiels avec les secteurs *critiques*, les secteurs *cruciaux* ou les secteurs *vitaux*.

La notion de secteurs critiques apparaît pour la première fois dans la loi d'habilitation du 27 mars 2020⁸. Dans son avis relatif à la loi du 27 mars 2020, la section de législation du Conseil d'État a souligné, à propos de la notion de secteur critique, que « le législateur doit donner des indications concernant l'interprétation qui doit être faite de cette notion, mais qu'il peut pour le surplus confier au Roi le soin de préciser de quels secteurs il s'agit »⁹. Le Conseil d'État a cependant constaté

4. La forme presque définitive de cette liste date de l'A.M. du 3 avril 2020. Sa modification la plus substantielle date de l'A.M. du 28 octobre 2020, qui ajoute notamment à la liste les notariats, le contrôle technique des véhicules, les syndicats, ou les services juridiques des organisations représentatives des travailleurs. La liste a été abrogée par A.M. du 23 juin 2021 (*M.B.*, 24 juin 2021).

5. Art. 21 et annexes 2 et 3 de l'A.M. du 28 octobre 2020, et art. 24 de l'A.M. du 18 octobre 2020.

6. Art. 8, § 2, de l'A.M. du 28 octobre 2020, tel qu'inséré par A.M. du 1^{er} novembre 2020 et en vigueur jusqu'au 1^{er} décembre 2020. C'est ce dispositif qui a permis, lors du second confinement, de maintenir ouvertes les librairies – les livres étant ainsi implicitement considérés comme des biens essentiels.

7. Art. 14 de l'A.M. du 28 octobre 2020, et art. 16 de l'A.M. du 18 octobre 2020.

8. Art. 5, § 1^{er}, 5^o de la loi du 27 mars 2020, habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II) (*M.B.*, 30 mars 2020). Voy. aussi A.R. du 5 juin 2020 portant modification de l'article 19, § 2, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 [...] (*M.B.*, 24 juin 2020). La notion est encore évoquée, mais par erreur, dans l'intitulé du chapitre 2 de l'A.R. du 28 décembre 2020 portant, dans le cadre de la lutte contre les conséquences socio-économiques de la pandémie du coronavirus, adaptation de diverses dispositions en matière de sécurité sociale et de volontariat (*M.B.*, 31 décembre 2020).

9. C.E., avis du 25 mars 2020, n° 67.142/AG, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2019-2020, n° 1104/002, observation 17.

ultérieurement que « cette précision n'a pas été apportée au cours des travaux préparatoires, mais il est néanmoins apparu que le gouvernement fédéral a dressé une liste de ces secteurs en concertation avec les partenaires sociaux »¹⁰. Ce faisant, le Conseil d'État n'a pas implicitement validé le procédé, mais a indiqué qu'il convenait à tout le moins de se référer aux arrêtés ministériels successifs. C'est en ce sens également que l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 14 du 27 avril 2020 définit les secteurs critiques comme « les entreprises et institutions appartenant aux secteurs cruciaux et aux services essentiels, tels que déterminés dans le cadre des mesures d'urgence prises par le Ministre de l'Intérieur »¹¹.

Le même arrêté royal n° 14 utilise et définit par ailleurs la notion de « secteurs vitaux » de manière très restrictive, en renvoyant à une liste fermée et courte de secteurs agricoles, horticoles et forestiers. Cette expression est donc à tout le moins malheureuse, vu sa réutilisation dans un sens beaucoup plus large à diverses reprises pendant la crise sanitaire, avant et après cet arrêté. D'autres textes utilisent ou définissent en effet les notions de « secteurs cruciaux »¹² ou de « secteurs vitaux »¹³ en renvoyant directement ou indirectement à la liste annexée aux arrêtés ministériels portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19.

Ces renvois implicites ou explicites, pour les notions de secteurs critiques, vitaux ou cruciaux, à la liste annexée aux arrêtés ministériels successifs ne sont pas sans poser de nombreuses questions pratiques et

10. C.E., avis du 14 avril 2020, n° 67.203/3, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2019-2020, n° 1174/001, p. 113.

11. Art. 1 de l'A.R. de pouvoirs spéciaux n° 14 du 27 avril 2020, pris en exécution de l'article 5, § 1^{er}, 5° de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II) visant à garantir la bonne organisation du travail dans les secteurs critiques (*M.B.*, 28 avril 2020). Le champ d'application de la loi et de l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux est donc déterminé par arrêté ministériel, situation assez caractéristique du phénomène de « boucle étrange » décrit dans la théorie des systèmes juridiques, à savoir lorsqu'un organe inférieur (selon la logique hiérarchique) se rend maître de la norme adoptée par un organe supérieur (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., pp. 14, 49 et 487).

12. A.R. du 28 août 2020 portant modification de l'arrêté royal du 20 décembre 2018 relevant le plafond annuel de défraiement, déterminé à l'article 10, alinéa 1^{er}, de la loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires, pour certaines catégories de volontaires (*M.B.*, 8 septembre 2020) ; art. 40, 6° de la loi du 20 décembre 2020 portant des mesures de soutien temporaires en raison de la pandémie de Covid-19 (*M.B.*, 30 décembre 2020).

13. A.R. du 23 avril 2020 assouplissant temporairement les conditions dans lesquelles les chômeurs, avec ou sans complément d'entreprise, peuvent être occupés dans des secteurs vitaux et gelant temporairement la dégressivité des allocations de chômage complet (*M.B.*, 30 avril 2020) ; A.R. du 4 juin 2020 modifiant l'arrêté royal du 11 juillet 2002 portant règlement général en matière de droit à l'intégration sociale (*M.B.*, 12 juin 2020).

juridiques. L'intention du Gouvernement ou du législateur n'a en effet le plus souvent pas été d'étendre toutes les mesures prévues par ces différents textes à l'ensemble des activités reprises dans ladite liste. Si l'on devait procéder à une analyse mesure par mesure, les situations de discrimination (à l'égard des activités non reprises dans cette liste) comme les situations de recours abusifs (par des secteurs repris dans la liste, mais non visés par certaines mesures) seraient probablement fort nombreuses¹⁴.

7. La nature essentielle de certaines activités ressort enfin des mesures de continuité adoptées pendant la crise sanitaire en dehors de toute notion ou définition générale.

Tel est évidemment le cas, à titre principal, du secteur de la santé dans son ensemble. Il a non seulement été visé par des mesures générales de continuité¹⁵, dont la plus polémique a concerné la possibilité de réquisition des professionnels des soins de santé¹⁶, mais des mesures de continuité ont également concerné l'exercice de l'art infirmier¹⁷, la fourniture de médicaments¹⁸, les organismes importateurs de marchandises nécessaires à la lutte contre la pandémie¹⁹ et les technologues de laboratoire médical²⁰.

14. Voy. *infra*, n° 34.

15. La continuité de l'activité hospitalière est visée par l'A.R. n° 10 du 19 avril 2020 permettant l'octroi, les modalités de répartition et de liquidation d'une avance aux hôpitaux dans le cadre de l'épidémie de coronavirus Covid-19 (M.B., 22 avril 2020). L'approvisionnement régulier du secteur des soins de santé est également l'objectif principal de la gestion de stocks stratégiques régie par la loi du 13 juin 2021 portant des mesures de gestion de la pandémie Covid-19 et d'autres mesures urgentes dans le domaine des soins de santé (M.B., 16 juin 2021).

16. Cette réquisition, concernant les professions relevant de la loi coordonnée du 10 mai 2015 relative à l'exercice des professions des soins de santé (M.B., 18 juin 2015), a été prévue par l'A.R. n° 16 du 29 avril 2020 (M.B., 4 mai 2020), pour « parvenir à préserver voire à augmenter la capacité existante du nombre de professionnels de santé pouvant apporter leur concours dans la gestion de cette crise sanitaire » (selon le préambule de l'arrêté).

17. Au sens de l'article 46 de la loi coordonnée du 10 mai 2015 précitée. Cette activité a été visée une première fois par l'A.R. n° 9 du 19 avril 2020 (M.B., 4 mai 2020 – retiré par l'A.R. n° 26 du 29 mai 2020 ; M.B., 29 mai 2020), puis par la loi du 6 novembre 2020 en vue d'autoriser des personnes non légalement qualifiées à exercer, dans le cadre de l'épidémie de coronavirus Covid-19, des activités relevant de l'art infirmier (M.B., 6 novembre 2020).

18. A.R. du 24 mars 2020 relatif à des mesures spéciales de lutte contre la pénurie de médicaments dans le contexte de la pandémie de SARS-CoV-2 (M.B., 25 mars 2020).

19. Art. 2, § 2, et 18, § 2, de la loi du 29 mai 2020 portant diverses mesures fiscales urgentes en raison de la pandémie de Covid-19 (M.B., 11 juin 2020).

20. A.R. du 21 septembre 2020 autorisant des personnes qui ne sont pas légalement qualifiées pour exercer l'art de guérir à accomplir certaines analyses de laboratoire dans le cadre de l'épidémie de coronavirus Covid-19 (M.B., 25 septembre 2020).

Trois autres secteurs ont également bénéficié de mesures spécifiques de continuité : l'enseignement²¹, les autorités publiques²² et les juridictions²³.

*

* *

8. Cette polysémie de la notion de services essentiels n'est pas propre à la crise sanitaire que nous connaissons. La variété d'expression constatée, comme des conséquences juridiques qui y sont liées, préexistait déjà largement à la période actuelle. Elle n'en présente pas moins des hésitations et des incohérences franchement problématiques.

Certes, le contenu d'une liste limitative s'expose toujours à des critiques, même si la majorité des activités qui y sont reprises paraît légitimement essentielle. À la marge durant la crise sanitaire, le caractère nécessaire de certains secteurs, identifiés par leur commission paritaire, a néanmoins fortement posé question²⁴. Mais plus encore, sans doute, c'est l'absence d'autres secteurs, en particulier lorsqu'ils sont liés à l'exercice de droits fondamentaux, qui heurte et qui inquiète. Tel a été le cas, par exemple, des lavoirs publics ou de l'immense majorité du secteur culturel, nous y reviendrons.

9. La nouvelle « loi pandémie » semble pourtant pérenniser la terminologie et le fonctionnement qui viennent d'être exposés. Selon l'article 5 de celle-ci, le Roi pourra, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, adopter une « liste des commerces et des entreprises et services privés et publics nécessaires à la protection des intérêts vitaux de la Nation ou aux besoins essentiels de la population, qui doivent, à ce titre, poursuivre tout ou partie de leurs activités »²⁵. Selon l'exposé des motifs, « cette notion [...] est une notion évolutive et n'aura pas nécessairement

21. Visé, de concert avec le secteur des soins, par les art. 40 à 46 de la loi précitée du 20 décembre 2020.

22. Les secteurs des soins de santé, de l'enseignement et des pouvoirs publics sont visés par les articles 2, § 2, et 18, § 2, de la loi précitée du 29 mai 2020.

23. L'article 3, § 1^{er}, de la loi d'habilitation précitée du 27 mars 2020 prévoit l'adoption de mesures « afin d'assurer le bon fonctionnement de ces instances et plus particulièrement la continuité de l'administration de la justice et de leurs autres missions ».

24. La commission paritaire 207 pour employés de l'industrie chimique est ainsi intégralement incluse dans la liste. Or, fait par exemple partie de ce secteur la « transformation et/ou façonnage de matières plastiques et synthétiques, y compris la fabrication, en ordre principal, des fleurs artificielles en plastique » (art. 1, § 1, 2^o, de l'A.R. du 5 juillet 1978 instituant certaines commissions paritaires [...], *M.B.*, 28 juillet 1978).

25. Art. 5, § 1, g) de la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique, *M.B.*, 20 août 2021.

toujours le même contenu dans toute situation d'urgence épidémique qui se présenterait, ou dans chaque phase d'une même situation d'urgence. Les bourgmestres et gouverneurs ne peuvent établir une telle liste que pour autant que cela n'a pas encore été fait par le Roi, ou le cas échéant le ministre de l'Intérieur »²⁶. Une telle délégation nous paraît rester fort insatisfaisante, et nécessiter à tout le moins des balises permettant de prévenir les faiblesses apparues durant la crise sanitaire actuelle. Nous formulerons quelques suggestions en ce sens dans nos conclusions.

Section 2. Mesures de continuité

10. Les mesures de continuité adoptées constituent en principe les conséquences juridiques de la qualification d'une activité comme étant « essentielle ». Le caractère essentiel de l'activité implique principalement la possibilité pour les personnes ou les organismes concernés de maintenir cette activité malgré la crise, et ce au prix d'un régime d'exception aux règles de prévention sanitaire (§ 1). Deux autres catégories de mesures de continuité peuvent être distinguées : les mesures de soutien aux activités, spécialement en matière de personnel (§ 2) et les mesures de police destinées à assurer les besoins de l'activité en personnel ou en matériel (§ 3).

§ 1. Dérogation aux obligations sanitaires

11. Durant les trois confinements de la pandémie de Covid-19, les entreprises et institutions qui ne figuraient pas dans la liste des services essentiels établie par l'annexe des arrêtés ministériels successifs ne devaient pas nécessairement toutes fermer. Le télétravail obligatoire ou le respect strict de mesures sanitaires permettait en principe d'échapper à la fermeture. En cas d'impossibilité de respecter ces règles, ou durant certaines périodes, les commerces et les magasins en général, ou lorsqu'il s'agissait des secteurs culturel, festif, récréatif, touristique, sportif et Horeca, les établissements concernés n'avaient néanmoins pas d'autre choix que de fermer²⁷.

De façon générale, le statut de service essentiel a allégé ces obligations pendant les périodes de confinement les plus strictes. En effet, les services essentiels étaient seulement tenus « dans la mesure du

26. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2020-2021, n° 1951/1, p. 25.

27. Voy. not. les art. 1 et 2 de l'A.M. du 23 mars 2020, dans leurs versions successives ; et les art. 2, 6 et 8 de l'A.M. du 28 octobre 2020, dans leurs versions successives.

possible » de respecter les règles de prévention sanitaire²⁸. Les services essentiels ont ainsi continué à fonctionner, malgré une éventuelle promiscuité des travailleurs entre eux ou avec le public, et le risque de contamination accru qui en découlait (par exemple, outre les hôpitaux et les maisons de repos, dans certaines chaînes de production ou dans les supermarchés). Le premier déconfinement comme les mesures plus souples adoptées lors des second et troisième confinements ont évidemment relativisé la distinction entre service essentiel et non essentiel²⁹, sans pour autant lui faire perdre son intérêt dérogatoire. C'est à ce titre que certaines prestations de services au public ou à domicile sont restées autorisées, contrairement aux secteurs non essentiels³⁰.

12. La principale conséquence de l'appartenance aux secteurs essentiels est donc potentiellement une atteinte au droit fondamental à la santé de chacune des personnes chargées de faire fonctionner ces secteurs. Une telle atteinte, dans un contexte épidémique, n'a rien d'anodin. C'est donc au minimum à l'aune de ce rappel que chaque activité concernée devait interpréter et réfléchir à « la mesure du possible » lui permettant de déroger ou non aux obligations sanitaires.

§ 2. Mesures de soutien aux services essentiels

13. Les mesures de continuité se sont aussi assez fréquemment traduites par un soutien appuyé au secteur des soins de santé ou à l'ensemble des services essentiels, et ce sous différentes formes. Les mesures les plus courantes ont permis de déroger à une série de contraintes issues du droit commun de la santé (A) ou du travail (B), pour faciliter la mise à disposition de personnel. Le soutien financier de l'État s'est lui déployé bien au-delà des services essentiels, mais sans oublier ceux-ci (C).

28. Art. 3 de l'A.M. du 23 mars 2020 ; art. 2, § 1, de l'A.M. du 28 octobre 2020.

29. Le régime des services non essentiels, lorsque le télétravail est devenu recommandé en mai 2020, a même paru parfois plus souple que celui des services essentiels, qui est resté tenu de « mettre en œuvre, dans la mesure du possible, le système de télétravail à domicile » (comp. par ex. les art. 2 et 3 de l'A.M. du 23 mars 2020 après leur modification par A.M. du 8 mai 2020).

30. Art. 8 de l'A.M. du 28 octobre 2020, à partir de sa modification par l'A.M. du 1^{er} novembre 2020.

A. Flexibilisation de l'exercice de certaines professions sanitaires

14. La première mesure de flexibilisation du droit de la santé a été prise le 19 avril 2020, en vue d'élargir à tout professionnel de la santé, mais à certaines conditions et pour un temps limité, « l'exercice des activités relevant de l'art infirmier et ainsi pouvoir prêter main-forte aux médecins et infirmiers dans les soins à prodiguer aux malades pendant le temps de l'épidémie »³¹. La mesure, très critiquée par le secteur, a été retirée quelques semaines plus tard. Elle est néanmoins réapparue lors du second confinement, au motif notamment de l'augmentation des absences maladie au sein du corps infirmier³². La loi du 6 novembre 2020 élargit ainsi à nouveau, temporairement, la possibilité de recourir à du personnel non qualifié, et ce même au-delà des professionnels de la santé. Cette mesure n'est qu'une mesure de soutien car le recours à celle-ci reste purement discrétionnaire dans le chef des médecins et du personnel infirmier responsables des services concernés par une éventuelle pénurie. Signe de la sensibilité du sujet : la loi a fait l'objet d'un recours en suspension et en annulation devant la Cour constitutionnelle³³.

15. Une mesure identique, mais moins contestée, a été prise à l'égard des technologues de laboratoire médical, afin d'assurer une capacité suffisante de personnel pour effectuer les tests de dépistage du Covid-19³⁴. Le recours à cette mesure repose à nouveau exclusivement sur le responsable du laboratoire de biologie clinique concerné par une pénurie.

B. Flexibilisation du marché du travail³⁵

16. Par l'arrêté royal n° 14 précité, promulgué le 27 avril 2020 mais prenant effet le 1^{er} avril, le gouvernement fédéral a accentué la particularité du régime applicable aux services essentiels. Ceux-ci bénéficient d'une série de dérogations au droit du travail, pour pallier le manque de personnel causé par l'accroissement du nombre de travailleurs malades ou en quarantaine. Sont notamment prévus l'augmentation du nombre d'heures

31. Rapport au Roi sous l'A.R. n° 9 du 19 avril 2020, préc. Voy. *supra*, note 17.

32. Développements de la proposition de loi qui est devenue la loi précitée du 6 novembre 2020, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2020-2021, n° 1618/1, p. 3.

33. Voy. *infra*, n° 34.

34. A.R. du 21 septembre 2020, préc.

35. Voy. égal., sur cette question, la contribution de X. Miny, F. Kefer et Fr. Dachouffe dans cet ouvrage (nos 30 et 31).

supplémentaires défiscalisées, la possibilité de conclure des contrats à durée déterminée successifs et l'assouplissement de la mise à disposition de travailleurs³⁶ ou encore l'extension du recours au travail étudiant³⁷. Des mesures ultérieures y ajoutent le recours au travail des bénéficiaires du droit au revenu d'intégration sociale³⁸ ou au travail volontaire³⁹.

Toutes ces mesures de flexibilisation sont réservées aux « secteurs critiques » tels que déterminés par la liste annexée à l'arrêté ministériel de confinement⁴⁰, l'objectif de l'arrêté royal n° 14 étant « de garantir que les employeurs appartenant à ces secteurs cruciaux et à ces services essentiels disposent d'un nombre suffisant de travailleurs pour continuer à fonctionner »⁴¹. Elles ont ainsi constitué un second volet du régime distinctif des services essentiels, dont la particularité a été d'être prévu par une norme supérieure à la norme qui détermine son champ d'application.

La plupart de ces mesures ont été prolongées jusqu'au 30 juin 2021 par la loi du 20 décembre 2020, qui les a réservées aux seuls secteurs de la santé (en ce compris le traçage des cas contacts) et de l'enseignement. L'augmentation des heures supplémentaires est en revanche restée utilisable dans tous les secteurs cruciaux, selon l'article 51 de la même loi⁴².

C. Mesures de soutien financier⁴³

17. Il faut enfin relever, au titre des mesures de soutien, les quelques textes qui ont prévu une contribution financière⁴⁴ ou fiscale⁴⁵ spécifique aux services essentiels.

36. Art. 2, 4 et 5 de l'A.R. n° 14 du 27 avril 2020, préc.

37. Art. 6 de l'A.R. n° 14 du 27 avril 2020, préc., et l'A.R. du 18 mai 2020 modifiant l'annexe III de l'A.R./CIR 92, en matière de précompte professionnel sur les rémunérations pour le travail étudiant (*M.B.*, 26 mai 2020) ; ainsi que l'art. 35 de la loi du 2 avril 2021 portant des mesures de soutien temporaires en raison de la pandémie de Covid-19 (*M.B.*, 13 avril 2021).

38. A.R. du 4 juin 2020, préc.

39. A.R. du 28 août 2020, préc., prolongé par l'art. 8 de l'A.R. du 28 décembre 2020, préc.

40. Art. 1 de l'A.R. n° 14 du 27 avril 2020, préc. Il est à noter que l'application du chapitre 7 de l'A.R. n° 14 concernant l'emploi temporaire dans les « secteurs vitaux » était réservée à un nombre restreint de secteurs, ce qui pose la question d'une éventuelle discrimination par rapport aux secteurs exclus. Nous revenons sur cette question *infra*, n° 34.

41. Rapport au Roi sous l'A.R. n° 14 du 27 avril 2020, préc.

42. Loi du 20 décembre 2020, préc., telle que modifiée par la loi précitée du 2 avril 2021.

43. Voy. de manière bien plus large sur ce thème la contribution de D. De Roy dans cet ouvrage.

44. Voy. not. l'A.R. n° 9 du 19 avril 2020, préc. et ses modifications successives ; ainsi que les art. 29 et s. de la loi du 13 juin 2021, préc.

45. Voy. not. la loi du 29 mai 2020, préc., et l'A.R. du 5 juin 2020, préc.

§ 3. Mesures de police destinées à assurer la continuité des services essentiels

18. Deux types de mesures de police ont été mobilisés durant la crise sanitaire afin d'assurer la continuité des services essentiels : la réquisition de personnel ou de matériel (A), et les restrictions commerciales (B).

A. Réquisition de personnel ou de matériel⁴⁶

19. La réquisition est « un procédé de droit administratif permettant aux pouvoirs publics d'exiger, dans des circonstances exceptionnelles, la fourniture d'une prestation ou d'un service, l'accomplissement d'une tâche d'intérêt public ou l'exécution d'un travail d'intérêt général, en faisant appel à des particuliers »⁴⁷. La réquisition peut porter aussi bien sur des choses – dont l'autorité publique requiert l'usage – que sur des personnes – auxquelles il est imposé des prestations données. Ainsi définie, la réquisition est un procédé qui a parfois été mobilisé, dans le contexte de la crise actuelle, pour requérir le matériel et le personnel nécessaire au fonctionnement des services essentiels.

20. L'usage de la réquisition nécessite un fondement législatif : le Gouvernement ou les autorités locales ne peuvent agir que sur la base d'une habilitation spécifique. Plusieurs dispositifs législatifs préexistaient à la crise sanitaire, notamment pour assurer la continuité d'activités en cas de crise ou de grève⁴⁸.

Dans un contexte de crise sanitaire, tel est l'objectif poursuivi par la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, qui habilite le Roi à prendre un large panel de mesures pour s'assurer de l'approvisionnement continu

46. Ce titre synthétise la contribution d'A. MAYENCE, « La continuité des services essentiels à l'épreuve du Covid-19 – Les réquisitions en temps de crise », *Carnet de crise #12 du 14 avril 2020*, Centre de droit public de l'U.L.B., <https://droit-public.ulb.ac.be/>.

47. C. const., 9 juillet 1992, n° 55/92, cité dans l'avis de la S.L.C.E. du 19 avril 2020 rendu à propos de l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 16 précité du 29 avril 2020. Voy. égal. la circulaire ministérielle du 30 mars 2009, « NPU-2 relative au plan général d'urgence et d'intervention du Gouverneur de province » (*M.B.*, 9 septembre 2009).

48. Loi du 19 août 1948 relative aux prestations d'intérêt public en temps de paix, *M.B.*, 21 août 1948 – qui utilise d'ailleurs la notion de « besoins vitaux » – et ses multiples arrêtés royaux d'exécution sectoriels ; et de manière bien plus disparate dans le secteur public : art. 7, § 6, du décret du 17 juillet 1997 portant statut de la Radio-Télévision belge de la Communauté française (exécuté par arrêté du Gouvernement du 26 janvier 1999) ; art. 126, § 2, de la loi du 7 décembre 1998, organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux (exécuté par arrêté ministériel du 4 janvier 2002) ; et art. 15 à 20 de la loi du 23 mars 2019, concernant l'organisation des services pénitentiaires et le statut du personnel pénitentiaire. Ces dispositifs seraient évidemment utilisables en cas de grèves causées par la crise sanitaire.

en médicaments des établissements et professionnels de santé⁴⁹. Sur la base de ce texte, le gouvernement fédéral a adopté le 24 mars 2020 un arrêté royal relatif « à des mesures spéciales de lutte contre la pénurie de médicaments dans le contexte de la pandémie de SARS-CoV-2 », qui est resté en vigueur jusqu'au 31 mars 2021⁵⁰. Cet arrêté permettait, entre autres, au ministre de la Santé et à l'administrateur général de l'Agence fédérale des médicaments et des produits de santé (A.F.M.P.S.) de réquisitionner des stocks de médicaments ou de matières premières en vue de leur redistribution. Aux termes de l'arrêté royal, la réquisition devait cependant être nécessaire et proportionnée à la lutte contre le Covid-19 et viser à assurer une distribution adéquate des médicaments, conformément aux besoins actuels en matière de santé publique.

Autre outil en période de crise sanitaire : l'arrêté royal du 1^{er} mars 1971 relatif à la prophylaxie des maladies transmissibles, qui prévoit la possibilité pour les bourgmestres et pour les inspecteurs d'hygiène de réquisitionner, dans les limites de leur circonscription, un service hospitalier lorsqu'il est porté à leur connaissance un cas suspect ou avéré de maladie quarantenaire⁵¹. La réquisition porte sur les bâtiments, l'équipement et le personnel de l'hôpital nécessaires au fonctionnement du service requis afin d'isoler et de soigner les patients infectés. Suite à la communautarisation de la matière, les Communautés – et la Région wallonne, qui s'est vu transférer la compétence de la Communauté française – ont adopté par décret des mesures largement similaires à celles prévues par l'arrêté royal du 1^{er} mars 1971⁵². Il est à noter que, dans le

49. Loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, notamment les articles 12quinquies et 12septies insérés par la loi du 20 décembre 2019 (*M.B.*, 17 avril 1964). Ces mesures font l'objet d'un recours pendant devant la Cour constitutionnelle, et avaient fait l'objet d'une première annulation (C. const., 17 octobre 2019, n° 146/2019 – voy. égal. C. const., 16 juillet 2020, n° 111/2020).

50. L'article 12septies de la loi précitée habilite le Roi à prendre, dans l'intérêt de la santé publique, toute mesure touchant notamment à la détention, la conservation ou encore à la distribution de médicaments. Il ne confère donc pas expressément un pouvoir de réquisition au Roi, ce qui peut faire douter de la légalité de l'arrêté royal sur ce point. Il faut sans doute aller chercher le fondement réel de ce pouvoir à l'article 181 de la loi du 15 mai 2007 (voy. *infra*), auquel l'art. 4, al. 2, de l'arrêté fait expressément référence « mutatis mutandis ».

51. Art. 6bis et s. de l'A.R. du 1^{er} mars 1971 relatif à la prophylaxie des maladies transmissibles.

52. Art. 47, § 1, 4° du décret du 21 novembre 2003 de la Communauté flamande relatif à la politique de santé préventive ; art. 10.3, 5° du décret du 1^{er} juin 2004 de la Communauté germanophone relatif à la promotion de la santé et à la prévention médicale ; art. 13, 5° de l'ordonnance du 19 juillet 2007 de la Commission communautaire commune relative à la politique de prévention en santé ; art. 47/15, § 1, 6°, Code wallon de l'action sociale et de la santé. Un changement notable mérite toutefois d'être signalé puisque dans la majorité de ces textes, la compétence de réquisition du bourgmestre a été supprimée et devient la prérogative exclusive d'un fonctionnaire-médecin.

cadre de la crise du Covid-19, l'isolement prophylactique des patients a été recommandé aux hôpitaux généraux par une note qui leur a été adressée le 12 mars 2020 par les autorités publiques, sans qu'il soit, *a priori*, fait usage du pouvoir de réquisition que nous venons d'exposer.

21. D'autres dispositifs législatifs préexistants, autorisant la réquisition de matériel et de personnel en cas de crise, ont également été mobilisés.

Le livre XVIII du Code de droit économique, intitulé « Instruments de gestion de crise », comprend, notamment, la possibilité de réquisitionner des biens et marchandises lorsque des circonstances imprévues sont susceptibles de mettre en danger le bon fonctionnement de l'économie⁵³. L'ordre de réquisition est donné par le ministre de l'Économie et peut porter non seulement sur les biens et produits eux-mêmes, mais également sur les établissements ou le matériel nécessaire à leur production. Un arrêté ministériel a été adopté le 23 mars 2020 sur cette base, pour une durée de trois mois, afin d'assurer l'approvisionnement des services de santé en équipement médical, compte tenu des pénuries engendrées par l'épidémie sur le marché mondial. Cet arrêté prévoyait notamment la possibilité de procéder à la réquisition d'une liste d'équipements médicaux⁵⁴.

L'article 181 de loi du 15 mai 2007 sur la sécurité civile enfin, une loi largement commentée par d'autres contributions dans cet ouvrage, prévoit que le ministre de l'Intérieur, le commandant de zone et le bourgmestre peuvent chacun procéder à des réquisitions dans le cadre de la réalisation de leurs missions de sécurité civile. Le texte précise néanmoins qu'une telle réquisition ne peut avoir lieu qu'« en l'absence de services publics disponibles et à défaut de moyens suffisants ». En d'autres termes, la réquisition reste un instrument de dernier recours. La procédure de réquisition est précisée par un arrêté royal⁵⁵. Ce pouvoir particulièrement large a par exemple permis au bourgmestre de Mons, Nicolas Martin, de réquisitionner 2 000 masques chirurgicaux, originellement destinés à des *night shops*. Ces masques ont néanmoins

53. Art. XVIII.2 du Code de droit économique. Cette disposition permet – et a permis dans le passé – de réquisitionner du personnel gréviste (voy. e.a. les arrêtés ministériels du 24 février 1976 et du 22 décembre 1982 portant respectivement réquisition, dans des contextes de grève, des bateaux servant au transport de marchandises et des services du port d'Anvers, cités par T. DELVAUX, « Instruments de gestion de crise (livre XVIII) : la nouveauté est ailleurs », *J.T.*, 2014, p. 749).

54. Sont notamment visés les masques chirurgicaux (F.F.P.2 et F.F.P.3), les respirateurs ou encore les lunettes, gants et masques de protection. Voy. art. 6 de l'A.M. du 23 mars 2020 portant des mesures particulières dans le cadre la pandémie de SARS-CoV-2 basées sur le livre XVIII du Code de droit économique (*M.B.*, 23 mars 2020).

55. A.R. du 25 avril 2014 fixant les modalités du pouvoir de réquisition visé à l'article 181 de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile (*M.B.*, 27 novembre 2014).

été considérés comme impropres à l'usage par l'A.F.M.P.S., à défaut de certification européenne et n'ont jamais été envoyés aux établissements de soins. Le ministre de l'Intérieur a également, sur cette base, réquisitionné 187 500 tests de Covid-19 appartenant à une société privée, selon un communiqué de la Protection civile.

22. Deux fondements législatifs spécifiques à la réquisition sont enfin apparus durant la crise sanitaire. Le premier était assez implicite dans la loi d'habilitation du 27 mars 2020, dont l'article 5 permettait de prendre toute mesure garantissant « la capacité logistique et d'accueil nécessaire, y compris la sécurité d'approvisionnement ». Mais c'est seulement dans le commentaire de cette disposition que le législateur a précisé que la réquisition faisait partie des mesures envisageables⁵⁶. C'est sur cette base qu'a ensuite été adopté l'arrêté royal n° 16 précité du 29 avril 2020, prévoyant la possibilité de réquisitionner les professionnels de soins de santé. Cet arrêté controversé a été retiré quelques semaines après son adoption, mais a été l'occasion pour la section de législation du Conseil d'État de préciser utilement les contours et les exigences de la réquisition⁵⁷.

L'article 5, paragraphe 3 de la nouvelle « loi pandémie » prévoit pour sa part expressément et plus largement la possibilité de mesures de réquisition, sans avoir suscité, à ce stade, de réaction de la section de législation du Conseil d'État⁵⁸. Il est à noter que, dès l'entrée en vigueur de la « loi pandémie », les mesures de réquisition adoptées dans le cadre

56. Développements de la proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2019-2020, n° 1104/1, p. 6.

57. L'avis de la S.L.C.E. du 19 avril 2020 a été publié avec l'arrêté (M.B., 4 mai 2020). Il valide notamment le texte eu égard à son caractère subsidiaire, temporaire et limité à la gestion de la crise du Covid-19. Il relève également que « d'après le rapport au Roi, la réquisition s'applique aux professionnels de soins de santé, "peu importe leur lieu de travail habituel". Il y a lieu de s'assurer que le critère géographique est pris en considération lors de l'exercice effectif du droit de réquisition afin de faire appel de manière prioritaire aux professionnels exerçant ou résidant "à proximité" du lieu de pratique en manque de professionnels ». La S.L.C.E. a également exigé que le statut du personnel réquisitionné (« responsabilité, assurance, effet de la réquisition sur l'éventuelle relation de travail entre la personne réquisitionnée et son employeur d'origine, etc. ») soit précisé dans le dispositif de l'arrêté.

58. Loi du 14 août 2021, préc. Voy. la seule réserve de la S.L.C.E. exprimée dans son avis du 7 juillet 2021 à propos d'une demande de concertation sociale en vue de mettre en œuvre ces mesures de réquisition : « Il n'apparaît pas du tout évident de conférer une compétence semblable aux commissions paritaires dans le cadre d'une réglementation telle que celle à l'examen, laquelle réglementation prévoit que des mesures de police administrative doivent être prises dans le contexte d'une situation épidémique, dans le cadre de laquelle il y a lieu, afin de déterminer ce qui doit être assuré, non pas de prendre en premier lieu comme point de référence les besoins des entreprises, mais bien "les intérêts vitaux de la Nation et les besoins essentiels de la population" (art. 5, § 1, g, et § 2 f., du projet de loi) ». (*Doc. parl.*, Ch., sess. 2020-2021, n° 1951/15, p. 6).

d'une épidémie ne pourront plus être basées sur la loi du 15 mai 2007 sur la sécurité civile, mais devront s'appuyer sur la nouvelle loi et son article 5, comme précisé par les travaux préparatoires et un avis de la section de législation du Conseil d'État, rendu en assemblée générale⁵⁹.

23. Les mesures de réquisition bénéficient donc d'un encadrement juridique à la fois fort diversifié mais surtout très exigeant, eu égard à l'atteinte que de telles mesures portent aux droits et libertés : elles doivent être justifiées et proportionnées, tout en respectant des procédures rigoureuses de mise en œuvre. Cela explique sans doute pour partie le recours finalement très limité à de telles mesures durant la crise sanitaire. Il est certainement rassurant pour les autorités publiques de savoir que l'outil est à leur disposition, mais il semble surtout servir de repoussoir, en pratique, pour permettre la mise en place des mesures plus acceptables par les acteurs concernés.

B. Restrictions à l'exportation ou à la vente et constitution de stocks stratégiques

24. Des mesures de police moins contraignantes que la réquisition ont aussi été mobilisées durant la crise sanitaire, presque exclusivement afin d'assurer la continuité du secteur des soins de santé. Ces mesures de restriction à l'exportation ou à la vente se sont fondées sur le livre XVIII du Code de droit économique et sur la loi précitée du 25 mars 1964 sur les médicaments⁶⁰. L'atteinte de ces mesures à la liberté d'entreprendre est certaine, mais elle a été validée à deux reprises déjà par la Cour constitutionnelle, notamment au motif qu'il faut « tout mettre en œuvre pour garantir l'obligation de service public, ce qui signifie qu'ils doivent livrer en priorité les officines pharmaceutiques, les hôpitaux et les grossistes-répartiteurs en Belgique »⁶¹. En revanche, la Cour a annulé une partie des mesures prévues par la loi du 25 mars 1964, en les considérant comme contraires à l'article 36 du T.F.U.E. dès lors que les interdictions d'exportation n'étaient pas de nature à rencontrer l'objectif (de continuité) poursuivi⁶². Les restrictions adoptées durant la crise

59. Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2020-2021, n° 1951/1, p. 26, qui renvoie à l'avis de la SLCE n° 68.936/AG.

60. Voy. en particulier A.M. du 23 mars 2020, préc., et A.R. du 24 mars 2020, préc., mais également les multiples décisions de l'administrateur général de l'A.F.M.P.S. adoptées sur cette base pour lutter contre la pénurie de médicaments (décisions des 1^{er}, 8 et 27 avril, 29 mai, 23 et 26 juin, 27 juillet, 27 août et 25 septembre 2020, respectivement parues au *M.B.*, 6 et 30 avril, 4 mai, 4 juin, 3 juillet, 13, 14 et 16 octobre 2020).

61. C. const., 17 octobre 2019, n° 146/2019, pt B.15. Voy. aussi C. const., 16 juillet 2020, n° 111/2020.

62. C. const., 17 octobre 2019, n° 146/2019, pt B.17.

sanitaire sont fondées sur les nouvelles dispositions légales, adoptées à la suite de cet arrêt, mais également contestées devant la Cour constitutionnelle. La crise aidera sans doute à démontrer leur utilité, et le recours pendant à mieux en baliser les contours admissibles.

25. C'est dans ce même contexte, enfin, que le législateur a voté la loi précitée du 13 juin 2021 portant des mesures de gestion de la pandémie de Covid-19 et d'autres mesures urgentes dans le domaine des soins de santé. Cette loi prévoit d'importantes mesures de police, en particulier en vue de la constitution de stocks stratégiques de « produits et équipements de protection individuelle, achetés par l'État, en vue d'assurer la continuité des soins » (art. 2, 27°, et 4 de la loi). Cette loi confère aussi un nouveau fondement légal à l'intervention de l'A.F.M.P.S. dans le cadre de la crise sanitaire actuelle, pour prendre des mesures de restriction à l'exportation ou à la vente similaires à celles qui viennent d'être exposées.

Section 3. Légalité des mesures de continuité adoptées

26. Le contexte normatif dans lequel s'insèrent les mesures de continuité décrites ci-dessus est évidemment particulièrement étendu et dense. Ces mesures sont étroitement liées aux droits fondamentaux qu'elles protègent et limitent simultanément. Commenter la légalité de ces mesures impose donc à la fois d'évaluer l'obligation d'agir qui repose sur les autorités compétentes (§ 1), et les contraintes qui encadrent cette action (§ 2).

§ 1. Étendue de l'obligation d'agir des autorités belges

27. Les droits fondamentaux ont régulièrement et à juste titre été convoqués durant la crise sanitaire pour s'opposer à des restrictions impliquées par les mesures sanitaires adoptées par les gouvernants. Il a été bien moins souvent souligné que ces mêmes droits fondamentaux exigeaient une intervention des pouvoirs publics afin de les protéger. La Cour européenne des droits de l'homme a, depuis la fin des années septante, construit la notion d'obligation positive en s'appuyant sur un souci d'« effectivité » des droits fondamentaux⁶³. Selon celle-ci, il appartient aux États parties « d'adopter des mesures raisonnables

63. Cour E.D.H., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, § 26.

et adéquates pour protéger les droits » issus de la Convention⁶⁴. Les pouvoirs publics peuvent dès lors voir leur responsabilité internationale engagée non seulement pour des ingérences « actives » dans les droits fondamentaux, mais également pour des ingérences « passives », résultant d'une absence d'intervention matérielle ou normative pour protéger les droits contenus dans la Convention⁶⁵.

Dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19, plusieurs auteurs ont rappelé qu'il existe une obligation juridique positive pesant sur l'État belge de réagir face à un risque pour la vie des citoyens⁶⁶. Cette obligation trouve sa source, entre autres, dans l'obligation positive associée par la Cour européenne des droits de l'homme à l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, protégeant le droit à la vie⁶⁷. Frédéric Bouhon et Mathilde Franssen examinent en détail, dans la troisième partie de cet ouvrage, dans quelle mesure cette obligation positive contraignait l'État belge à adopter des mesures de confinement afin de préserver la stabilité du système de soins de santé belge.

28. Dans la prolongation de cette réflexion, nous entendons vérifier si l'État belge était tenu d'adopter des mesures pour garantir la continuité de certaines activités et, le cas échéant, le type de mesures et les secteurs concernés par une telle obligation. Pour ce faire, nous nous appuyons sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en prenant en compte la situation exceptionnelle à laquelle ont dû faire face les États.

Il n'existe aucune disposition de la Convention qui protège une forme de droit fondamental au fonctionnement de certains services « essentiels ». L'arrêt ou le dysfonctionnement d'une activité, quelle que soit son importance économique, sociale ou politique, ne peut donc, par lui-même, être constitutif d'une violation de la Convention. Cependant, la jurisprudence strasbourgeoise montre qu'une telle situation peut, par ses conséquences, mener à des violations des droits fondamentaux.

64. Cour E.D.H., 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c. Espagne*, § 51.

65. F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^e éd., Paris, P.U.F., 2019, p. 248.

66. F. BOUHON, A. JOUSTEN, X. MINY et E. SLAUTSKY, « L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », *C.H. CRISP*, 2020, n° 2446, pp. 7 et 8.

67. Cour E.D.H., 30 novembre 2004, *Öneriyildiz c. Turquie*, § 90 ; Cour E.D.H., 20 mars 2008, *Boudaïeva c. Russie*, § 132 ; Cour E.D.H., 28 février 2012, *Kolyadenko et autres c. Russie*, § 158 ; Cour E.D.H., *Mosendz c. Ukraine*, 17 janvier 2013, § 90 ; Cour E.D.H., 5 décembre 2013, *Vilnes et autres c. Norvège*, § 220 ; Cour E.D.H., 4 février 2014, *Oruk c. Turquie*, § 52 ; Cour E.D.H., 26 février 2015, *Prilutskiy c. Ukraine*, § 31 ; Cour E.D.H., 2 février 2016, *Cavit Tinarlioğlu c. Turquie* ; Cour E.D.H., 4 octobre 2016, *Cevrioğlu c. Turquie*, § 51 ; Cour E.D.H., 6 juin 2017, *Sinim c. Turquie*, § 58 ; Cour E.D.H., 8 mars 2018, *R.Ş. c. Lettonie*, § 80.

Deux précédents nous semblent particulièrement intéressants à cet égard. S'ils ne sont pas tirés de situations épidémiques, ils ont la particularité de concerner des secteurs qui ont été considérés comme essentiels durant la crise du Covid-19.

Le premier cas concerne la crise napolitaine des déchets, en Italie. À la suite de dysfonctionnements dans la gestion du service de collecte des déchets, la ville de Naples connaît, entre 1994 et 2009, de grandes difficultés pour collecter et traiter les déchets ménagers. Au plus fort de la crise, en 2007-2008, des milliers de tonnes de déchets jonchent les rues pendant plusieurs mois. Cette situation qui perdure malgré les efforts de la ville et l'état d'urgence décrété par les autorités italiennes conduit plusieurs habitants de la région de Campanie à introduire, après des recours internes infructueux, une action devant la Cour européenne des droits de l'homme. Les requérants estiment que l'Italie a violé les articles 2 et 8 de la Convention notamment « en s'abstenant d'adopter les mesures requises pour garantir le fonctionnement du service public de collecte des déchets ». La Cour va leur donner raison en 2012 et, se plaçant sur le terrain des obligations positives⁶⁸, va juger que la collecte, le traitement et l'élimination des déchets constituent des activités dangereuses qu'il appartient à l'État d'encadrer afin de protéger les droits fondamentaux des citoyens⁶⁹. Plus particulièrement, la Cour estime que « l'incapacité prolongée des autorités italiennes à assurer le fonctionnement régulier du service de collecte, de traitement et d'élimination des déchets a porté atteinte au droit des requérants au respect de leur vie privée et de leur domicile, en violation de l'article 8 de la Convention sous son volet matériel »⁷⁰. En se montrant incapable d'assurer la régularité et le bon fonctionnement du service de collecte des déchets en Campanie, l'État italien a donc contrevenu à la Convention.

Le second exemple est tiré des grèves qui ont touché les prisons en Belgique francophone durant l'année 2016⁷¹. Durant plusieurs semaines, les gardiens ont fait grève pour protester contre leurs conditions de travail. En l'absence de service minimum imposé aux gardiens de prison à l'époque, c'est à la police qu'il a été fait appel pour assurer la surveillance des détenus. Cependant, les policiers ont limité leurs interventions aux tâches purement sécuritaires. Ils ne se chargeaient dès lors ni de la distribution des repas, ni de l'organisation des sorties

68. Cour E.D.H., 10 janvier 2012, *Di Sarno et al. c. Italie*, § 109.

69. *Ibid.*, § 110.

70. *Ibid.*, § 112.

71. Sur le contexte de ce mouvement social, voy. V. DEMERTZIS et A. BINGEN, « La grève dans les prisons wallonnes et bruxelloises au printemps 2016 », in I. GRACOS, « Grève et conflictualité sociale en 2016 », *C.H. CRISP*, 2017, n°s 2341-2342, pp. 30-44.

ou des douches, ni de l'accueil des avocats qui souhaitaient voir leur client. Au vu de l'effectif très réduit des gardiens non-grévistes, certains détenus ont été privés de tout ou partie de ces services durant le conflit social. Des prisonniers décident alors d'introduire un recours à la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 3 et 13 de la Convention par la Belgique en raison de ces privations sur une durée de près de deux mois. La Cour va une nouvelle fois donner raison aux requérants, en estimant que la violation des articles 3 et 13 découle en réalité de l'absence d'encadrement de la continuité de la mission des agents pénitentiaires. C'est cette absence qui a entraîné, aux yeux de la Cour, les privations des détenus contraires à l'article 3, et l'inexécution des jugements imposant des prestations minimales à destination de ceux-ci, en violation de l'article 13 de la Convention⁷².

29. Ces affaires montrent que, dans des situations déterminées, il pèse sur les États parties une obligation positive d'assurer le fonctionnement régulier de certaines activités, car leur arrêt ou leur dysfonctionnement peut entraîner la violation des droits fondamentaux de tout ou partie de la population. L'étude de la jurisprudence strasbourgeoise montre cependant que, pour qu'existe une obligation positive d'intervenir dans le chef de l'État, il faut que le risque d'atteinte à un droit fondamental imposant l'intervention étatique soit « réel et immédiat » mais également que les autorités « connaissaient ou auraient dû connaître » l'existence d'un tel risque⁷³. Une fois ce risque caractérisé, il appartient à l'État de faire tout ce qui peut être raisonnablement attendu de sa part pour le prévenir, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce⁷⁴.

30. Dès lors que les autorités ont été ou auraient dû être au courant que la perturbation du fonctionnement – actuelle ou prévisible – d'un service – qualifié d'essentiel ou non – risquait de porter atteinte à un droit fondamental, il pesait sur ceux-ci l'obligation de prendre des mesures pour prévenir ce risque. Il paraît difficilement contestable qu'il a existé, durant la crise du Covid-19, un risque particulier d'interruption ou de

72. Cour E.D.H., 28 mai 2019, *Clasens c. Belgique*, §§ 37 à 39 et 45.

73. Sur ces notions, voy. L. SEMINARA, « Risk Regulation and the European Convention on Human Rights », *E.J.R.R.*, 2016, pp. 733 et s. et la jurisprudence citée.

74. Cour E.D.H., 26 mai 2015, *Prilutskiy c. Ukraine*, § 33, où l'on peut lire « [...] it is sufficient for an applicant to show that the authorities did not do all that could be reasonably expected of them to avoid a real and immediate risk to life of which they have or ought to have knowledge. This is a question which can only be answered in the light of all the circumstances of any particular case ». Dans le même sens, Cour E.D.H., 10 février 2011, *Preminyin c. Russie*, § 84 ; Cour E.D.H., 3 mars 2015, *M.C. c. Pologne*, § 89. Dans la mesure où il nous est impossible de développer ce que la Cour entend par ce qui est « raisonnablement attendu », nous renvoyons le lecteur à l'étude précitée approfondissant cette question : L. SEMINARA, « Risk Regulation and the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, pp. 742-744.

dysfonctionnement des services essentiels en Belgique⁷⁵. La multiplication des contaminations et des absences des travailleurs dans certains secteurs essentiels – notamment dans les prisons ou dans les maisons de repos – ont menacé la continuité des missions assurées par ceux-ci. Tout risque de dysfonctionnement ou d'interruption ne menace cependant pas un droit fondamental garanti par la Convention. Pour caractériser une telle menace, il convient d'avoir égard à l'activité en cause ainsi qu'à l'intensité et la durée de la perturbation.

La situation dans les maisons de repos durant la crise du Covid-19, si elle n'en est certainement pas le seul exemple, illustre de façon brutale la façon dont un manque de personnel et de matériel peut mettre en danger les droits fondamentaux des citoyens. Un rapport rédigé par Amnesty International concernant leur situation durant la première vague est particulièrement interpellant⁷⁶. Il ressort de ce document que l'O.N.G. exprime des inquiétudes quant au respect de divers droits fondamentaux – droit à la vie, droit à la santé, interdiction des traitements inhumains et dégradants, etc. – durant la première vague de l'épidémie⁷⁷. Toujours selon le rapport, une partie de ces violations seraient la conséquence d'un manque de matériel de protection⁷⁸ ainsi que de personnel pour assurer les soins aux personnes âgées⁷⁹.

Deux situations relatées dans le rapport montrent de manière cruelle l'impact du manque de personnel sur les droits des pensionnaires des maisons de repos. Dans le premier, une résidente, dont l'époux se trouvait dans le même établissement mais dans une autre chambre en raison du confinement, a alerté le personnel soignant en voyant, via des contacts WhatsApp, que son mari, qui avait des difficultés à se nourrir seul, maigrissait. Il lui aurait été répondu par le personnel soignant que, en raison du manque d'effectif, il leur était « impossible de donner à manger à tout le monde tous les jours ». L'époux de la résidente est décédé après être tombé dans le coma⁸⁰. Dans le second cas, un proche d'une résidente a constaté, lorsque la reprise des visites a été possible,

75. En ce sens, A. MAYENCE, « La continuité des services essentiels à l'épreuve du Covid-19 – Les réquisitions en temps de crise », *Carnet de crise #12 du 14 avril 2020*, Centre de droit public de l'U.L.B., <https://droit-public.ulb.ac.be/>.

76. AMNESTY INTERNATIONAL, « Les maisons de repos dans l'angle mort », 13 novembre 2020, *Rapport Amnesty*, www.amnesty.be/IMG/pdf/20201116_rapport_belgique_mr_mrs-3.pdf.

77. *Rapport Amnesty*, p. 16.

78. *Ibid.*, pt 5.6. « Des équipements de protection individuelle insuffisants », pp. 34 et s.

79. *Ibid.*, pt 4.1. « Financement et personnel insuffisants », p. 18 et s., concernant le déficit de personnel structurel du secteur des maisons de repos, antérieur à la crise, et pt 5.8. « Les effets des défaillances des gouvernements sur les résident-e-s et le personnel », pp. 40 et s., pour le déficit de personnel spécialement causé par la crise.

80. Ce cas est relaté aux pp. 41 et 42 du *Rapport Amnesty*.

que sa belle-mère était en état de grave déshydratation. Ayant alerté un médecin, celui-ci estime que la résidente n'a plus bu d'eau depuis une semaine et demie et l'envoie en urgence à l'hôpital. L'infirmière en charge de l'étage de la pensionnaire expliquera que sa collègue étant malade, elle se retrouvait seule pour gérer vingt personnes. La résidente décédera à l'hôpital, après qu'il eut été constaté que ses deux jambes étaient mortes, atteintes de phlébite et que la chirurgie n'était plus possible⁸¹.

Ces pénuries de personnel seraient, selon le rapport, la conséquence de divers facteurs conjugués. Tout d'abord, un sous-financement chronique des maisons de repos, qui implique, même en dehors de la période de pandémie, un travail en sous-effectif⁸². Ensuite, les absences des travailleurs contaminés, ayant été en contact avec un malade ou craignant d'être contaminés⁸³. L'ampleur de ce phénomène d'absence est aggravée par la pénurie d'équipements de protection individuels (masque, blouse, gel, etc.) qui a soumis les soignants dans les maisons de repos à des risques accrus. L'absence de *testing* systématique dans les maisons de repos qui a empêché l'écartement du personnel malade a également contribué à augmenter le nombre des absents en entraînant des contaminations évitables ou en prolongeant inutilement des quarantaines⁸⁴. Enfin, le surcroît de travail engendré par le confinement à l'intérieur de l'institution (soins et repas en chambre, organisation des visioconférences avec les proches, etc.) a alourdi la charge du personnel encore présent⁸⁵, détériorant dans le même temps la qualité des soins prodigués.

Les autorités se sont rapidement rendu compte de l'état dramatique de la situation dans les maisons de repos. Au début du mois d'avril, le manque de personnel a été tellement criant que certaines maisons de repos ont dû faire appel à des bénévoles, à Médecin sans frontières, voire à l'armée pour assurer les soins des résidents⁸⁶. Eu égard aux informations contenues dans le rapport d'Amnesty International, il est possible d'affirmer qu'il pesait sur l'État belge une obligation positive d'intervenir pour assurer le bon fonctionnement des maisons de repos, particulièrement en leur fournissant le personnel et le matériel nécessaire. Le risque d'atteinte aux droits fondamentaux – droit à la vie, droit à la santé ou interdiction des

81. Ce cas est relaté à la p. 42 du *Rapport Amnesty*.

82. *Rapport Amnesty*, pt 4.1. « Financement et personnel insuffisants », pp. 18 et s.

83. *Ibid.*, p. 40.

84. *Ibid.*, p. 33.

85. *Ibid.*, p. 41.

86. *Ibid.*, p. 41.

traitements inhumains et dégradants – paraissait bien réel et imminent au sens de la jurisprudence strasbourgeoise et était, sans conteste possible, connu des autorités. Le caractère imprévisible de l'épidémie et le manque de connaissance du virus doivent cependant être pris en compte pour évaluer le respect par la Belgique de ses obligations internationales.

Les exemples de cette section mettent en lumière que les obligations positives visent le plus souvent à protéger les catégories de la population les plus vulnérables (personnes âgées, détenus, etc.)⁸⁷. Ce sont en effet les citoyens les plus dépendants de services qui leur sont essentiels pour satisfaire des besoins fondamentaux. Dans la continuité de cette réflexion, on peut s'interroger sur la situation des lavoirs durant la crise. Fermés durant les périodes de confinement en tant que services « non essentiels », n'existait-il pas une obligation de les maintenir ouverts, afin de permettre à un public précarisé de pouvoir laver son linge, et ne pas le soumettre à un traitement dégradant, prohibé par la Convention ? La question mérite à tout le moins réflexion. Dans le même esprit, mais sur la seule base du droit fondamental à la culture (prévu par l'article 23, 5° de la Constitution et par divers textes internationaux), ne fallait-il pas aussi adopter des mesures de continuité pour le secteur culturel ? C'est surtout l'absence de réflexion sur cette question qui nous paraît particulièrement critiquable.

§ 2. Quelques contraintes transversales de l'action publique pour assurer la continuité des services essentiels

31. Une fois analysée la question de l'obligation des autorités publiques d'agir pour préserver la continuité d'une activité, se pose la question des balises juridiques présidant à une telle intervention. En effet, que l'intervention des pouvoirs publics trouve son fondement dans l'obligation positive de protéger les droits fondamentaux ou simplement dans une volonté politique d'agir dans un contexte de crise, certaines contraintes doivent être respectées. Ces dernières sont présentées de manière très complète par d'autres contributions de cet ouvrage, auxquelles nous nous permettons de renvoyer. Nous nous limitons à souligner certains aspects originaux ou méconnus propres au maintien de la continuité de services essentiels.

87. Voy. dans le même sens la contribution de I. Hachez et al. sur les droits des personnes précarisées, dans cet ouvrage.

32. La validité juridique des mesures présentées sera évaluée sous l'angle de trois principes incontournables : la légalité (A) ; la non-discrimination (B) ; et la proportionnalité (C). Pour rappel, il ne s'agit pas ici de discuter de la légalité ou de la proportionnalité de la fermeture des services non essentiels⁸⁸. Par ailleurs, de nombreuses mesures de continuité sont également tenues de se conformer au droit européen, que nous avons cependant choisi de ne pas traiter dans l'espace imparti à la présente contribution⁸⁹.

A. Application du principe de légalité aux mesures de continuité

33. La validité des mesures de continuité implique le plus souvent, au même titre que la fermeture des services non essentiels, l'adoption d'une loi et ce pour différents motifs déclinant le principe général de légalité de l'action publique. Tout d'abord, l'affirmation de l'intérêt général impliquée par la qualification de service essentiel et l'adoption de mesures de continuité nous semblent requérir l'intervention du Parlement⁹⁰. Ensuite, une loi est indispensable pour déroger aux droits fondamentaux, en particulier lorsque les mesures de continuité portent atteinte au droit à la santé des travailleurs. Enfin, lorsqu'une mesure de continuité déroge, même temporairement, à une autre norme législative, le principe de hiérarchie des normes implique l'intervention du législateur, même si toutes les mesures de continuité ne dérogent pas à une loi. C'est par exemple l'objet de la remarque formulée par la section de législation du Conseil d'État à propos de la loi du 29 mai 2020 : « Eu égard au principe de légalité en matière fiscale, il appartient toutefois

88. Voy. plutôt, sur ce point, la contribution de X. Miny, F. Kefer et Fr. Dachouffe dans cet ouvrage.

89. Ainsi par exemple les mesures d'interdiction d'exportation prises par l'arrêté royal précité du 24 mars 2020 devaient être justifiées par rapport aux articles 35 et 36 du T.F.U.E., qui interdisent toute restriction à l'exportation, sauf pour des raisons de protection de la santé et de la vie des personnes. Pour les atteintes au droit de la concurrence, voy. la contribution de X. Miny, F. Kefer et Fr. Dachouffe dans cet ouvrage. En matière de stocks stratégiques de médicaments, voy. l'avis de la section de législation du Conseil d'État du 19 mars 2021 selon lequel imposer « de communiquer un aperçu des stocks de certains produits, à des fins de protection de la santé publique, paraît proportionné à cet objectif », à savoir l'objectif poursuivi par la directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (*Doc. parl.*, Ch., sess. 2020-2021, n° 1929/1, p. 113). Cet avis analyse d'ailleurs sur plusieurs pages la compatibilité de mesures projetées avec de nombreuses règles de droit européen.

90. Dans le même sens, mais concernant la création de services publics économiques, voy. P.-O. DE BROUX et P. LAGASSE, « Créer et organiser des services publics économiques : actualités des balises nationales et européennes », in P. NIHOUL et P.-O. DE BROUX (dir.), *Actualités en droit public économique*, Limal, Anthemis, 2017, p. 65.

au législateur de déterminer qui bénéficie de l'exonération d'impôts. Cet élément essentiel du régime d'imposition ne peut être laissé aux soins du Roi, à moins que le législateur ne fixe clairement les critères permettant de déterminer les secteurs critiques »⁹¹.

Contrairement à d'autres thématiques abordées dans le présent ouvrage, il faut néanmoins constater qu'une série de mesures de continuité ont fait l'objet, plus ou moins rapidement, d'une intervention législative (directement ou *via* la confirmation d'arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux)⁹². Seule la détermination de la liste des services essentiels a échappé jusqu'ici à tout débat parlementaire, et la loi précitée du 14 août 2021 n'a pas entendu y remédier, ce qui, pour les trois motifs que nous venons d'exposer, nous paraît éminemment critiquable⁹³.

B. Exigences d'égalité et de non-discrimination

34. Les mesures visant à assurer la continuité des secteurs essentiels n'échappent pas au droit de la non-discrimination. Dès lors, lorsqu'un traitement différencié est prévu, par exemple en limitant le soutien à la continuité à certaines activités et en excluant d'autres pourtant similaires, une justification doit pouvoir être avancée par les pouvoirs publics, à défaut de quoi une telle différence est en réalité une discrimination prohibée par notre Constitution.

En ce qui concerne les services essentiels, une discrimination peut s'envisager à deux niveaux. Tout d'abord, celle-ci peut trouver sa source dans la qualification d'un service comme essentiel alors qu'une autre activité similaire est considérée comme non essentielle et doit donc rester fermée. Cette hypothèse n'est d'ailleurs pas purement théorique puisque dans deux affaires similaires le juge a constaté une discrimination entre deux activités, l'une pouvant se poursuivre, l'autre pas⁹⁴. L'autorité compétente devra donc toujours évaluer la comparabilité entre une activité non essentielle et une activité essentielle, et justifier la différence de traitement. À défaut, les deux activités devraient intégrer

91. C.E., avis du 14 avril 2020, n° 67.203/3, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2019-2020, n° 1174/001, p. 113.

92. Voy. encore la loi précitée du 13 juin 2021, qui remplace et prolonge une série de mesures adoptées lors du premier confinement.

93. À tout le moins le législateur devrait-il baliser l'adoption de cette liste (comme évoqué *supra*, n° 9, et *infra*, n° 37).

94. C.E., 2 février 2021, n° 249.685, *V.Z.W. Recread*, dans lequel une discrimination entre les centres de vacances (fermés) et les autres formes d'hébergement (hôtels, B&B, etc., restés ouverts) est constatée ; Civ. fr. Bruxelles, 30 avril 2021, inédit, pp. 34 et 35, dans lequel une discrimination entre les établissements Horeca (fermés) et les cantines professionnelles ou scolaires (qui pouvaient rester ouvertes) est également constatée.

la même catégorie. Il nous paraît néanmoins très difficile, en l'espèce, de déterminer par principe à laquelle des deux catégories il faudrait intégrer les activités concernées. Si la doctrine retient souvent le principe du *levelling up*, du nivellement par le haut, force est de constater ici que les deux catégories peuvent être considérées comme plus protectrices ou plus favorables, selon le point de vue (santé ou liberté) adopté. Choisir systématiquement le point de vue du demandeur pourrait porter démesurément atteinte à la situation de tiers au litige. L'analyse au cas par cas nous paraît ici s'imposer.

À un second niveau, ensuite, une discrimination peut également se loger dans le champ d'application d'une mesure de soutien à la continuité d'une activité essentielle. Il s'agit dès lors de situations où un service bénéficie de la mesure et l'autre pas ; ou bien de deux acteurs ayant des caractéristiques différentes mais soumis au même régime de continuité. C'est ce dernier cas de figure qui est examiné par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 1^{er} avril 2021. Le juge constitutionnel était appelé à se prononcer sur le caractère discriminatoire de la loi précitée du 6 novembre 2020 autorisant la pratique de l'art infirmier par des personnes non légalement qualifiées. Les requérants estiment en effet que des personnes non qualifiées étaient traitées de façon identique aux infirmiers et infirmières, en ce que les premières étaient exceptionnellement autorisées à poser les mêmes actes que les seconds⁹⁵. Cette identité de traitement est discriminatoire selon les requérants, en ce que les infirmiers ne sont pas dans une situation comparable aux autres professionnels de la santé, puisqu'ils ont effectué des études spécifiques et obtenu un diplôme garantissant le bon accomplissement des gestes qu'ils sont, en principe, les seuls à pouvoir poser⁹⁶. La Cour constitutionnelle va écarter cette argumentation, en considérant que les infirmiers et les autres professionnels de la santé ne sont pas comparables quand il s'agit de poser des actes infirmiers. Selon la Cour, si les premiers peuvent poser de tels actes sans restriction, les seconds doivent respecter des règles strictes⁹⁷. La différence de traitement n'est dès lors pas constitutive d'une discrimination. Si la Cour ne retient pas, en l'espèce, la discrimination, elle n'en reste pas moins envisageable dans d'autres circonstances, soit qu'une mesure de continuité englobe des activités trop différentes comme le soutenaient les infirmiers, soit, au contraire, qu'elle exclut sans raison des activités similaires aux activités soutenues.

95. C. const., 1^{er} avril 2021, n° 56/2021, pts A.4.1. et A.4.3.

96. C. const., 1^{er} avril 2021, n° 56/2021, pt B.8.1.

97. C. const., 1^{er} avril 2021, n° 56/2021, pts B.10.1. à B.10.3.

Cette dernière situation s'est, par exemple, présentée lorsque certains services essentiels ont été exclus de mesures de continuité particulières. Ce fut notamment le cas des mesures prévues par le chapitre 7 de l'arrêté royal n° 14 précité, qui réservait le bénéfice de ses mesures de continuité en matière d'emploi à certains secteurs vitaux (agriculture, horticulture et exploitation forestière), à l'exclusion de tous les autres services essentiels⁹⁸. La même différence de traitement découle de la loi précitée du 20 décembre 2020. Certaines mesures de continuité sont réservées aux secteurs des soins de santé et de l'enseignement⁹⁹ alors que d'autres concernent indistinctement les « secteurs cruciaux »¹⁰⁰. Les travaux préparatoires justifient la distinction ainsi opérée par la nécessité d'orienter la main-d'œuvre vers ces trois secteurs en particulier afin d'éviter la pénurie de personnel¹⁰¹. Si le risque de pénurie est certainement réel dans ces secteurs, ils ne sont néanmoins pas les seuls menacés¹⁰² et, sans précision supplémentaire, la justification paraît peu convaincante.

C. Proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux

35. Dernier angle d'analyse, l'examen de la proportionnalité des mesures de continuité nous paraît s'imposer dans trois situations : s'il y a atteinte au droit à la santé dans les secteurs qui peuvent/doivent rester ouverts ; s'il y a atteinte aux droits sociaux de certains travailleurs ; ou s'il y a atteinte au principe de non-discrimination, que nous venons d'examiner.

La première étape du contrôle de proportionnalité implique de vérifier la légalité et la légitimité de l'objectif poursuivi par les mesures concernées, à savoir la continuité d'un service essentiel. En ce sens, on l'a déjà dit, tant la légalité de la liste des secteurs concernés que la légitimité d'une partie des activités visées posent question. La Cour constitutionnelle, dans une jurisprudence constante et bien établie, considère

98. Le rapport au Roi ne donne aucune explication quant à cette limitation du champ d'application des mesures. Le Conseil d'État n'examine pas non plus cette question dans son avis.

99. Art. 41, 43 et 45 de la loi du 20 décembre 2020, préc.

100. Art. 51 de la loi du 20 décembre 2020, préc.

101. Projet de loi portant des mesures de soutien temporaires en raison de la pandémie du Covid-19, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2020-2021, n° 1674/1, pp. 33, 34 et 36.

102. Le risque de pénurie de personnel a en effet été jugé commun à l'ensemble des services essentiels lors du premier confinement (voy. l'A.R. n° 14 du 27 avril 2020, préc., qui prévoyait les mêmes mesures, décrit *supra*, n° 15). L'autorité aurait donc dû, à tout le moins, expliquer la différence avec le premier confinement.

néanmoins que la continuité – du service public généralement – est un objectif légitime pouvant justifier, entre autres, un traitement différencié¹⁰³ et donc une atteinte à un droit fondamental.

La seconde étape impose d'examiner l'adéquation des mesures par rapport à l'objectif poursuivi, soit leur capacité à rencontrer cet objectif. À cet égard, les trois catégories de mesures identifiées (dérogations aux règles sanitaires, mesures de soutien et mesures de police) nous paraissent sans conteste rencontrer adéquatement l'objectif de continuité poursuivi. Chaque mesure doit en revanche être évaluée lorsqu'elle ne s'applique pas à l'ensemble des services essentiels, on l'a déjà écrit. Une éventuelle discrimination s'analyse également, dans ce cas, sous l'angle de l'incapacité à réaliser l'objectif poursuivi.

La troisième étape du contrôle de proportionnalité concerne la nécessité des mesures par rapport à l'objectif poursuivi. En d'autres termes, il s'agit d'examiner si les mesures de continuité ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but fixé, et si d'autres mesures, moins contraignantes ou moins restrictives, ne sont pas envisageables. À cet égard, les mesures de police, telle la réquisition, sont à l'évidence les plus intrusives. Cela explique certainement aussi le fait qu'elles aient été peu utilisées, voire rapidement abrogées¹⁰⁴. Parmi les autres mesures, celles qui ne portent atteinte ni au droit à la santé des travailleurs, ni à leurs droits sociaux sont les moins restrictives. Tel semble davantage le cas des mesures favorisant le travail étudiant, le travail des étrangers sans permis de séjour, ou l'accroissement volontaire des heures supplémentaires. Celles-ci devraient donc être mises en œuvre avant, par exemple, la mesure qui permet de conclure des contrats de travail à durée déterminée successifs ou celle qui élargit la possibilité de la mise de travailleurs à la disposition d'un utilisateur tiers, qui semblent plus dérogatoires aux droits des travailleurs. De même, au sein de chaque secteur, les mesures concrètes prises pour assurer la continuité de l'activité doivent toujours être celles qui garantissent le mieux la santé des travailleurs par rapport au risque sanitaire.

36. Enfin, la constatation éventuelle qu'une mesure serait disproportionnée ne nous paraît pas, en soi, remettre en question le caractère essentiel du service concerné. La continuité du service essentiel relève en effet de l'objectif d'intérêt général poursuivi, à l'aune duquel l'aptitude

103. Voy. e.a. C.A., 15 juillet 1993, n° 62/93, pts B.25., B.3.5., B.3.6., B.3.8., B.3.11., B.3.12. et B.3.15. ; C.A., 22 juillet 2003, n° 102/2003, pts B.40.5. et B.40.6. ; C. const., 18 mai 2011, n° 79/2011, pt B.4.2. ; C. const., 27 avril 2017, n° 48/2017, pts B.15.2. et B.15.3.

104. Par ex. : A.R. n° 16 du 29 avril 2020, préc., retiré par A.R. du 29 mai 2020. Voy. *supra*, n°s 19 et s.

de la mesure à réaliser l'objectif et la nécessité de la mesure sont évaluées. Ce n'est que dans le cas où c'est la légitimité ou la légalité de l'objectif qui serait remise en cause par un juge que le secteur concerné devrait être retiré de la catégorie des services essentiels.

Conclusion

37. Pour clore notre réflexion, une première conclusion relative à l'adoption future d'une liste de services essentiels nous paraît s'imposer. Eu égard aux critiques légitimes qui ont été adressées à la liste en vigueur durant la crise sanitaire, il nous semble indispensable de mieux baliser le contenu d'une liste future, notamment par référence aux droits fondamentaux ou à leur limitation : l'absence dans la liste d'une activité nécessaire à l'exercice d'un droit fondamental (tels les lavoirs ou les activités culturelles lors de la pandémie de Covid-19) devrait par exemple être spécialement justifiée. Il pourrait en aller de même pour les activités qui présentent un lien de dépendance avec des personnes vulnérables : plus cette dépendance est grande, plus l'obligation d'assurer la continuité devrait être renforcée, et plus l'absence d'une telle activité de la liste des services essentiels devrait être justifiée.

Il conviendrait également de mieux prévoir les garanties procédurales qui permettent de modifier rapidement et efficacement une telle liste, par exemple lorsqu'un besoin essentiel raisonné est invoqué au bénéfice de tout ou partie de la population. De telles garanties permettraient de réduire tant le recours au lobbying politique – où prédomine souvent la loi du plus fort – que le recours au juge, les deux seules voies qui ont pu être utilisées durant la crise sanitaire actuelle. L'évaluation de la pertinence de la liste devrait enfin être régulière, pour éviter d'y maintenir des activités qui lui seraient tout à fait étrangères, à l'instar de la confection des fleurs artificielles en plastique – *a fortiori* si ce faisant on porte atteinte au droit à la santé de la personne qui confectionne de telles fleurs.

38. Deux autres conclusions s'imposent sans doute d'emblée : le droit, dans ce contexte exceptionnel, ne pouvait être ni satisfaisant ni suffisant.

D'une part, il s'est inscrit en permanence, sur ce thème, dans l'équilibre entre l'atteinte à des droits fondamentaux forcément contradictoires en période de pandémie. En fermant un secteur, on restreint la liberté individuelle et la liberté d'entreprendre ; en le maintenant ouvert, on entrave le droit à la santé des personnes qui y sont actives. De telles restrictions sont par nature insatisfaisantes et leur justification

est exigeante. Or, en outre, il a fallu ici travailler pour une bonne part dans l'urgence et à l'échelle de l'ensemble des activités qui composent la société belge. Impossible dans ce cadre de pouvoir satisfaire.

Impossible, d'autre part, que le droit puisse se saisir de toutes les mesures nécessaires, concrètement, pour assurer la continuité des services essentiels. De nombreuses pratiques (mêmes administratives) sont passées sous le radar des juristes : on peut penser à la création de lits en soins intensifs, à la réorganisation des activités hospitalières ou du fonctionnement des juridictions. Il y a énormément de mesures qui ont dû être prises et qui ont très largement contribué à la continuité des services essentiels durant cette crise sanitaire. La continuité des activités n'est donc certainement pas l'apanage des seuls gouvernements ou du droit.

39. Enfin, au-delà de la liste des services essentiels, la présente étude labore surtout le terrain des mesures dont les pouvoirs publics disposent pour assurer la continuité de ces services. Si les outils sont multiples, deux constats sont sans appel.

Tout d'abord, les autorités doivent, dans un certain nombre de cas, garantir cette continuité, à peine d'engager leur responsabilité. Ensuite, cette continuité ne peut pas être assurée n'importe comment. Les principes de légalité, de non-discrimination et de proportionnalité balisent significativement le terrain. Ces balises ne doivent pas pour autant être considérées comme des obstacles : elles permettent surtout à l'autorité compétente de justifier le plus précisément possible les mesures à prendre, malgré l'urgence d'une situation épidémique.

40. Si cette étude paraît inédite, tant les temps que nous traversons nous paraissent exceptionnels, force est de constater que la préoccupation d'assurer la continuité de services essentiels est en réalité séculaire¹⁰⁵. Les mesures d'urgence que nous avons ici décrites et brièvement évaluées trahissent la fragilité de toute société humaine face à une pandémie, et permettent ainsi d'observer la forte similitude des réactions juridiques anciennes et actuelles, nécessaires pour faire face à une telle tragédie. Tant le passé que le présent se rejoignent ainsi pour nous aider, espérons-le, à mieux préparer l'avenir.

105. W. DRUWÉ, « Pest en recht – Over het contractenrecht, de voedselmarkt en de ziekenzorg tijdens een epidemie », *T.B.H.*, 2020/10, p. 1279, ouvrant la section intitulée « De continuïteit van de landbouw en de voedselvoorziening ».