

chaque cas individuellement est contredite par le fait que, pour les détenus pouvant se voir octroyer une interruption de l'exécution de la peine, un tel examen est bel et bien prévu par l'article 7, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal litigieux.

Prima facie, le moyen est sérieux.

3. S'agissant de la balance des intérêts, la partie adverse mentionne que « En l'espèce, le seul avantage que retirerait le requérant d'une décision favorable de Votre Conseil serait de pouvoir bénéficier d'un nouvel examen de son dossier aux fins d'espérer bénéficier de la mesure d'interruption de l'exécution de la peine. Cet avantage est sans doute appréciable pour le requérant, mais il apparaît bien minime au regard des impératifs de santé publique qui s'imposent au Gouvernement et aux citoyens ».

Comme déjà mentionné, l'on n'aperçoit pas le danger que représenterait, pour la santé publique, le fait d'octroyer au requérant une suspension de l'exécution de la peine qui est une mesure que l'autorité administrative a elle-même prévue pour des raisons de santé publique et dont elle a voulu qu'il soit fait une large application. Dès lors que la partie adverse reconnaît elle-même qu'il n'y a pas de cas de COVID-19 à la prison d'Ittre, il n'y a pas de risque que le requérant diffuse le virus à l'extérieur. Par ailleurs, l'interruption de l'exécution de la peine durera jusqu'à la fin du confinement de sorte qu'à ce moment le risque d'importer le virus dans la prison aura, en principe, disparu.

POUVOIRS SPÉCIAUX, CONTRÔLE JURIDICTIONNEL ET EXTRÊME URGENCE

par

Cécile JADOT

Avocate au barreau de Bruxelles
Assistante à l'Université Saint-Louis Bruxelles

et

Michel KAISER

Avocat au barreau de Bruxelles

1. Quelle mouche pique cette revue de publier un arrêt aussi sec et aride que celui ici commenté ? Et de quoi pourrait-il donc constituer

un support évocateur digne de ce nom pour les quelques pages qui suivent ? L'arrêt *Husic* rendu le 29 avril 2020 par le Conseil d'État rejette une demande de suspension en extrême urgence portée contre une disposition d'un arrêté royal pour défaut d'extrême urgence au regard du manque de diligence à agir du requérant. Comme des dizaines d'autres arrêts chaque année. On y apprend qu'introduire une demande de suspension en extrême urgence quinze jours après la publication de l'arrêt contesté au *Moniteur belge*, c'est trop tard. Enseignement classique. L'arrêt retient la circonstance aggravante que la disposition querelée cesse de produire ses effets vingt-et-un jours après sa promulgation et sa publication, formalités concomitantes en l'espèce. Il ne fait pas droit, par contre, à la circonstance atténuante qu'aurait pu constituer, aux yeux du requérant, la tentative préalable d'obtenir satisfaction devant le juge judiciaire des référés.

Le plus banal des arbres, à défaut de cacher une forêt ardente, peut parfois faire écran à quelques intéressants buissons. L'enseignement principal de cet arrêt, même si c'est avant tout un rappel, est sans doute lié à l'objet formel du recours. Le Conseil d'État y tranche, en effet, une demande de suspension de l'exécution de l'article 7, alinéa 2, troisième tiret, de l'arrêté royal n° 3 du 9 avril 2020 portant des dispositions diverses relatives à la procédure pénale et à l'exécution des peines et des mesures prévues dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19. La contestation devant le Conseil d'État d'un arrêté royal de pouvoirs spéciaux, c'est à-dire d'une intervention normative dans un domaine en principe réservé au législateur, fera l'objet de la première partie du présent commentaire (I). Au-delà de l'objet formel du recours objectif, c'est la procédure juridictionnelle usitée qui retient l'attention. Non seulement le Conseil d'État est appelé à se prononcer sur la légalité d'un arrêté royal de pouvoirs spéciaux, mais en outre, il doit poser son jugement, certes *prima facie*, dans le contexte toujours exceptionnel de la procédure d'extrême urgence. Étonnante sur le principe, cette voie procédurale est pourtant cohérente lorsque sont en cause des arrêtés de pouvoirs spéciaux appelés à « gérer une crise » et même, au risque d'apparaître redondant, à « gérer une crise aiguë » (II).

2. La publication de cet arrêt permet aussi de donner un cachet de doctrine à l'« avis écrit » rendu par Monsieur le Premier Auditeur Lefebvre. Conforme à l'arrêt sur le seul point de droit jugé, il aborde aussi d'autres questions juridiques utiles. Un « avis écrit » – et l'on insiste sur les guillemets – qui constitue une véritable pièce de la procédure puisque l'affaire est l'une des premières à avoir été abordées sur la base de l'article 2 de l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite¹. Cette disposition, restée applicable pour les affaires introduites jusqu'au 18 mai 2020², habilite le Conseil d'État à « *rendre des arrêts sans audience publique, après que toutes les parties ont pu formuler leurs observations par écrit, et que le membre de l'auditorat chargé par l'auditeur général d'instruire l'affaire a rendu son avis de cette même manière, et ce jusque 30 jours après l'expiration de cette période* ».

On lira avec intérêt les développements de cet « avis écrit » sur le « fond » du contentieux en cause d'abord, puisqu'il considère, mais à titre subsidiaire vu le défaut d'extrême urgence, que le moyen unique est sérieux. On y reviendra brièvement dans la seconde partie de la présente note. Sur la question de l'intérêt au recours, ensuite, on relèvera que l'Auditeur suggère, à raison, de rejeter l'exception avancée par la partie adverse au motif que le requérant n'avait pas introduit de recours au Conseil d'État contre la circulaire du 20 mars 2020, rétroactivement remplacée par l'acte attaqué. L'Auditeur y rappelle, en les documentant, certains enseignements jurisprudentiels utiles, notamment au regard du « retour en vigueur » présumé d'un acte antérieur, non attaqué, suite à l'annulation (voire la suspension)

¹ Ce qu'étonnamment ni l'arrêt, ni le rapport ne mentionnent mais qui ne fait pas de doute puisque ledit arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 12 est publié au *Moniteur belge* du 22 avril 2020, avec entrée en vigueur immédiate. Les arrêts ultérieurs seront plus explicites dans leurs visas (voy., par exemple s'agissant de recours en extrême urgence contre des arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux, C.E., 19 mai 2020, n° 247.585, *Goossens* ; C.E., 22 juin 2020, n° 247.856, *asbl Syndicat national des propriétaires et copropriétaires*. Ou, s'agissant de recours contre d'autres actes, C.E., 4 juin 2020, n° 247.714, *s.a. Derby e.a.* ; C.E., 19 juin 2020, n° 247.853, *El Oualiti* ; C.E., 22 juin 2020, n° 247.855, *Nyembwe Banza*). Voy. aussi D. LAGASSE et B. GRIBOMONT, « Les procédures au Conseil d'État en période de Covid-19 », *J.T.*, 2020, pp. 376-377.

² Voy. l'arrêté royal du 4 mai 2020 prorogeant certaines mesures prises par l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite (*M.B.*, 4 mai 2020), qui prolonge jusqu'au 18 mai 2020 la date initialement retenue du 3 mai 2020.

d'un acte subséquent, lorsque les deux souffrent du même vice de légalité.

I. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL D'UN ARRÊTÉ ROYAL DE POUVOIRS SPÉCIAUX

3. Deux lois du 27 mars 2020 « habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 », publiées au *Moniteur belge* du 30 mars 2020, ont attribué au Roi, par le biais d'arrêtés délibérés en Conseil des ministres, les pouvoirs spéciaux pour une durée de trois mois.

Trouvant leur fondement dans l'article 105 de la Constitution, les arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux, bien qu'étant l'œuvre du pouvoir exécutif fédéral³, ont cette particularité d'être autorisés

³ « La Belgique est un État fédéral », comme le rappellent les premiers mots de sa Constitution. Elle le fût plus que jamais dans la gestion de la période de crise sanitaire dite de la pandémie de COVID-19. L'octroi par le pouvoir législatif à l'exécutif de pouvoirs spéciaux a aussi légitimement touché les collectivités fédérées. La section de législation du Conseil d'État a indiqué dans un avis du 13 mai 2013 que « ce n'est pas parce que des mesures portent sur la lutte contre une crise touchant à la santé publique que l'autorité fédérale peut être réputée compétente. Au contraire, chaque autorité est responsable de la lutte contre une crise touchant à la santé publique dans les limites de ses propres compétences matérielles, ce qui n'exclut pas toutefois qu'un accord de coopération puisse être conclu à ce propos » (S.L.C.E., avis n° 53.018/AG du 13 mai 2013 sur un projet d'arrêté royal relatif au contrôle sanitaire du trafic international ; voy. aussi Fr. BOUHON, A. JOUSTEN, X. MINY et E. SLAUTSKY, « L'État belge face à la pandémie de covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », C.H. CRISP, n° 2446, 2020, pp. 9-34 et M. VERDUSSEN, « La situation en Belgique », Note de travail n° 1 – 15 avril 2020, in *Démocratie, État de droit et droits fondamentaux face à la pandémie de Covid-19 : perspectives croisées*, point 2.2.2., disponible en ligne sur : https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/m._verdussen-note_de_travail_ndeg_1-15_avril_2020.pdf?fbclid=IwAR2_eRAZRKInvMhmMZfzlR-vW0qei-AP0ecaHmurErJCaBpD74mylZ-qgbo). Chaque législateur fédéré peut recourir aux pouvoirs spéciaux, dans la limite de ses compétences. Ceux-ci doivent donc être attribués et, ensuite, exercés par le Gouvernement de l'entité fédérée de manière conforme aux règles constitutionnelles de répartition de compétences. C'est ainsi qu'avant même l'adoption des lois d'habilitation fédérales, plusieurs législateurs des Régions, Communautés et Commissions communautaires ont également octroyé des pouvoirs spéciaux aux gouvernements ou collèges des entités concernées. La situation politique plus simple dans les entités fédérées a probablement permis de gagner du temps par rapport au processus fédéral. Par son ampleur, cette délégation est inédite puisque, jusqu'alors, la technique des pouvoirs spéciaux semble n'avoir été employée qu'avec grande parcimonie au niveau des entités fédérées » (Fr. BOUHON, A. JOUSTEN, X. MINY et E. SLAUTSKY, « L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », *op. cit.*, p. 26). La gestion de la crise sanitaire par les entités fédérées dans les matières qui relèvent de leurs compétences s'est déclinée de manière radicalement différente et disparate. À titre d'exemple comparatif, le Parlement flamand n'a décidé d'octroyer des pouvoirs spéciaux à son Gouvernement que de manière extrêmement limitée et partielle (voy. art. 5 du décret du Parlement flamand du 20 mars 2020 contenant des mesures en cas d'urgence civile et en matière de santé publique, *M.B.*, 24 mars 2020, qui ne fixe pas d'obligation de décret de confirmation), recourant au surplus aux modes traditionnels de répartition des pouvoirs tandis que la Région wallonne a, quant à elle, adopté un nombre très élevé d'arrêtés de pouvoirs spéciaux. La structure fédérale et morcelée de l'État belge s'est donc particulièrement remarquée (voy. M. VERDUSSEN, « La situation en Belgique », *op. cit.*, point 2.2.2.). Partant, les éléments développés dans le présent commentaire peuvent *mutatis mutandis* être transposés au contrôle juridictionnel des arrêtés de pouvoirs spéciaux qui sont pris, sur la base de l'article 78 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 ou en référence à cette disposition, dans le cadre de cette crise, par les

à modifier, compléter, remplacer ou abroger les dispositions de lois existantes. Ils ont ce qu'on appelle « force de loi », alors même qu'ils émanent du pouvoir exécutif agissant seul. De toute évidence, cette compétence relève en temps normal de la prérogative du pouvoir législatif exclusivement, agissant conformément à l'ensemble des garanties de la procédure d'élaboration des lois⁴.

Mais le législateur encadre l'immixtion exceptionnelle de l'exécutif dans son domaine de compétences en amont comme en aval.

Pour qu'un tel pouvoir – défiant le principe fondamental de la hiérarchie des normes – soit octroyé au Roi, une loi « de pouvoirs spéciaux » doit être prise en amont permettant d'identifier les conditions précises et délimitées de l'adoption des arrêtés de pouvoirs spéciaux et les domaines strictement définis qu'ils peuvent régir. La section de législation du Conseil d'État synthétise ces principes dans un avis du 18 août 2009 sur un avant-projet de loi accordant des pouvoirs au Roi en cas d'épidémie ou de pandémie de grippe : « Pour qu'elle soit conciliable avec l'ensemble des règles constitutionnelles qui régissent les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, il faut qu'il y ait des circonstances exceptionnelles, que l'attribution au Roi de tels pouvoirs soit limitée dans le temps et que les pouvoirs conférés au Roi soient précisément définis, tant en ce qui concerne les finalités et les objectifs qu'en ce qui concerne les matières dans lesquelles des mesures peuvent être prises, et que soit indiquée la portée précise des mesures que le Roi est habilité à prendre »⁵.

À l'issue de cette période limitée de « pouvoirs spéciaux », les arrêtés pris en vertu des lois de pouvoirs spéciaux doivent être confirmés, en aval, par des lois adoptées selon la procédure parlementaire normale. On les qualifie généralement de « lois de confirmation ».

gouvernements des collectivités fédérées qui ont fait choix de ce mécanisme d'exception.

⁴Voy. not. M. LEROY, « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », *A.P.T.*, 2014, pp. 483-504 ; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge – Fondements et institutions*, 3^e éd, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 657-667 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratifs*, Bruxelles, Larcier, 2008, not. pp. 931 à 935 ; Fr. BELLEFLAMME et É. MAES, « Origine et cheminement du principe de légalité en droit public belge : gouvernement par la loi ou État de droit ? », L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 623-693 ; N. BERNARD, « Les pouvoirs du gouvernement fédéral en période de crise : le gouvernement Wilmès face à l'épidémie de Covid-19 », *J.T.*, 2020, pp. 372-375.

⁵S.L.C.E., avis n° 47.062/1/V du 18 août 2009, p. 3, *Doc. parl.*, Ch., 2009, n° 52-2156/1, p. 17.

En tout état de cause, les arrêtés de pouvoirs spéciaux sont des normes qui, aussi longtemps qu'elles n'auront pas été confirmées par une norme législative, émanent du pouvoir exécutif, comme en l'espèce, fédéral ou, le cas échéant, fédéré.

4. Malgré cet encadrement législatif, les arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux, doivent pouvoir être contrôlés par une juridiction indépendante. Il est vrai qu'aussi longtemps que l'arrêté de pouvoirs spéciaux n'aura pas été confirmé par une loi, la norme échappera au contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle. Lorsqu'elle aura été adoptée, la loi de confirmation pourra faire l'objet d'un recours en annulation (ou d'une question préjudicielle) devant la Cour constitutionnelle⁶. Comme l'écrit Michel Leroy, « la confirmation, à strictement parler, est une opération ambiguë, qui ne prive pas un acte réglementaire de sa nature, mais le soustrait aux contrôles juridictionnels qui s'exercent normalement sur lui, et prive de toute incidence pratique les éventuelles incertitudes qui pourraient peser sur sa régularité. À partir du moment où ils ont été confirmés ou ratifiés par la loi, les arrêtés sont hissés sur pied d'égalité avec la loi. [...] Le Conseil d'État ne peut connaître des recours dirigés contre eux, mais la Cour constitutionnelle le peut, dans les limites de sa compétence »⁷.

Tant qu'ils ne sont pas couverts ou « absorbés » par la loi de confirmation et en raison de leur nature réglementaire, la voie de recours naturelle à l'encontre des arrêtés de pouvoirs spéciaux est, sans préjudice du recours par une juridiction à l'article 159 de la Constitution, celle du contrôle exercé par la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

Devant la haute juridiction administrative, l'introduction d'un recours en annulation, notamment dans la temporalité spécifique des pouvoirs spéciaux de ce début d'année 2020, laisse toutefois

⁶Certes, rien n'empêchait d'introduire devant la Cour constitutionnelle un recours en annulation, et, le cas échéant, une demande de suspension, contre les lois de pouvoirs spéciaux elles-mêmes, en l'espèce les deux lois du 27 mars 2020. Mais un tel recours apparaît comme assez théorique. Quant au fond, les griefs à développer contre de telles lois sont, par nature, détachés du contenu des arrêtés de pouvoirs spéciaux, qui n'en constitueront que l'exécution ultérieure. Ces griefs doivent donc uniquement porter sur le « mandat » conféré au pouvoir exécutif. Quant au timing ensuite, au moment où la Cour trancherait de tels recours, la loi de confirmation, appelée à intervenir dans un délai d'un an, aurait été adoptée, tenant compte du calendrier de travail habituel de la Cour.

⁷M. LEROY, « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », *op. cit.*, p. 499.

assez peu de chances d'effectivité. À cet effet, l'on doit opérer une distinction selon que la loi de confirmation soit ou non intervenue dans le délai visé par la loi d'habilitation.

Si, et c'est plus que probable, ce recours en annulation est traité dans le délai habituel d'un an et demi environ et que l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n'a pas été confirmé dans l'année de son entrée en vigueur, les lois précitées du 27 mars 2020 indiquent que les arrêtés de pouvoirs spéciaux sont alors « réputés n'avoir jamais produit leurs effets ». Quoiqu'on pense d'une telle fiction juridique, à l'issue de ce délai d'un an, le recours en annulation devant le Conseil d'État contre l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux deviendrait sans objet.

Si, par contre, la loi de confirmation est intervenue dans le délai d'un an, en principe, la norme change de nature et revêt une forme législative. En théorie toutefois, le recours en annulation pendant pourrait encore être traité par le Conseil d'État. Il faudrait alors que la loi de confirmation soit écartée en raison de son incompatibilité avec une norme supérieure. Cette incompatibilité pourrait être décrétée via une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle⁸. Une autre voie conduirait le Conseil d'État lui-même à opérer un contrôle de conformité de la loi de confirmation par rapport à une norme de droit international directement applicable et qui n'a pas d'équivalent dans le titre II de la Constitution, comme par exemple une règle du droit de l'Union européenne (autre qu'issue de la Charte des droits fondamentaux). Rien ne garantit toutefois que les choses se déroulent de cette manière puisque le Conseil d'État a déjà jugé, en de telles circonstances, « que, du fait de sa confirmation par la loi [...] [l'arrêté de pouvoirs spéciaux] doit, en principe, être considéré, depuis son entrée en vigueur, comme un acte du pouvoir législatif [...] ; que, partant, le Conseil d'État n'est pas, en principe, compétent pour en connaître »⁹.

Seule, en réalité, une demande de suspension paraît susceptible d'être effectivement jugée dans le délai utile d'un an au maximum (celui dans lequel doit intervenir la loi de confirmation). L'on

verra, dans la seconde partie du présent commentaire, que, s'agissant des arrêtés de pouvoirs spéciaux adoptés au printemps 2020, n'est en pratique essentiellement effective que la demande de suspension d'extrême urgence.

5. En résumé, le pouvoir législatif habilite le Roi à intervenir, dans le cadre d'un mandat précis, dans son domaine de compétence. Tant qu'elle n'a pas été confirmée par une loi, l'intervention royale conserve la forme d'un arrêté de pouvoirs spéciaux et, partant, son statut d'acte administratif de nature réglementaire. L'acte peut donc être soumis au contrôle de légalité objective sur la base de l'article 14¹⁰ des lois coordonnées le 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État.

Mais quel peut être l'objet de ce contrôle concrètement ? En clair, sur quel fondement substantiel un tel recours peut-il s'appuyer ? Naturellement, le contrôle exercé par le Conseil d'État aura pour objet de vérifier la compatibilité de l'arrêté de pouvoirs spéciaux avec la loi de pouvoirs spéciaux. Au-delà du périmètre spécifique de la « mécanique » des pouvoirs spéciaux, ce contrôle portera aussi sur la compatibilité de l'arrêté avec les normes qui lui sont supérieures : la Constitution, les normes européennes et internationales ayant effet direct dans l'ordre interne, les règles répartitrices de compétences issues des lois spéciales, les principes généraux du droit de nature « supralégislative »... Il n'y a en effet aucune raison de supposer que, par sa nature particulière, l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux ne serait exposé qu'à un contrôle restreint par le Conseil d'État, réduit, par exemple, à sa compatibilité avec la loi de pouvoirs spéciaux.

Concernant plus spécifiquement les pouvoirs spéciaux accordés dans le contexte de la crise sanitaire apparue en mars 2020, la section de législation du Conseil d'État, dans son avis rendu sur la proposition de loi habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19, répète à diverses reprises les nécessaires balises aux pouvoirs spéciaux que sont le respect de ces normes supérieures. Elle envisage le contrôle – préventif, pour sa part – des arrêtés de pouvoirs spéciaux en ces termes : « Si la proposition ne contient en elle-même aucune disposition qui restreint une liberté publique, il

⁸Voy. par exemple C.E., 6 février 2004, n° 127.854, *asbl Fédération des Chambres Syndicales des médecins*

⁹C.E., 28 février 2001, n° 93.609, *l'Association sans but lucratif « Fédération des Chambres Syndicales des médecins*.

¹⁰Et, le cas échéant, de l'article 17, si la suspension de l'exécution de l'acte est également postulée.

ne saurait être exclu que certains des arrêtés de pouvoirs spéciaux qu'elle envisage d'habiliter le Roi à adopter aient pareille portée. Ce sera au moment de la préparation et de l'adoption de ces arrêtés qu'il conviendra d'examiner si, compte tenu de leur portée et des justifications éventuellement avancées, ces restrictions sont admissibles au regard des règles supérieures garantissant les libertés publiques [...] Des questions analogues peuvent se poser à l'égard d'autres droits et libertés garantis par la Convention ou par ses Protocoles additionnels, notamment le droit au procès équitable, le droit aux biens, le droit à l'instruction, la liberté de circulation, quant aux conditions dans lesquelles l'exercice de ces droits peut être réglementé. Cette observation vaut également au regard d'autres instruments du droit international garantissant les droits et libertés. Il appartiendra au pouvoir exécutif, lorsqu'il mettra en œuvre la loi proposée, d'être attentif à ces questions »¹¹.

Le recours ayant donné lieu à l'arrêt commenté constitue une application de ces principes. Comme permet de le comprendre la lecture de l'avis écrit reproduit sous l'arrêt, le moyen unique, que le Premier Auditeur proposait, du reste, de considérer *prima facie* comme sérieux s'appuyait sur la violation des règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination L'arrêt royal litigieux de pouvoirs spéciaux attaqué ne se limitait pas « à prévoir des conditions ou des procédures différentes pour les personnes condamnées pour des faits de mœurs mais excluait ces personnes de toute possibilité d'interruption de l'exécution de la peine quels que soient la nature des faits commis – par exemple sur des mineurs ou non –, la condamnation encourue ou le parcours carcéral de l'intéressé ». Et l'Auditeur d'y apercevoir « une différence de traitement entre des personnes qui se trouvent dans une situation comparable – à savoir des personnes qui purgent une peine d'emprisonnement –, selon le motif de leur condamnation ». Et de la considérer ensuite comme ne reposant pas sur un critère de différenciation qui aurait été raisonnablement justifié dans le dossier administratif accompagnant l'arrêt royal litigieux.

6. Même s'il est doté de la compétence de les faire disparaître, rétroactivement en outre, de l'or-

donnancement juridique, le Conseil d'État n'est pourtant pas seul juge de la légalité des arrêtés de pouvoirs spéciaux, non encore confirmés législativement. En effet, dans le cadre d'un recours portant sur la demande de consécration ou de protection d'un droit subjectif, les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, sur la base de l'article 159 de la Constitution, sont également tenus de refuser d'appliquer une norme réglementaire. Et ceci peut aussi les conduire à examiner la légalité d'un arrêté de pouvoirs spéciaux, qui serait contraire aux normes supérieures. Même s'il n'a pas la possibilité d'annuler l'arrêt de pouvoirs spéciaux, le juge judiciaire disposera, par le prisme de l'article 159 de la Constitution, de la même étendue de moyens de contrôle que le Conseil d'État¹².

On apprend d'ailleurs, en lisant l'arrêt commenté, que le requérant avait d'abord tenté de contester devant le juge judiciaire des référés la validité en droit de l'article 7, alinéa 2, troisième tiret, de l'arrêt royal n° 3 du 9 avril 2020 portant des dispositions diverses relatives à la procédure pénale et à l'exécution des peines et des mesures prévues dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19. L'on n'en sait toutefois pas plus quant à l'objet de ce recours et aux motifs de son insuccès.

Le juge des référés du Tribunal de première instance du Luxembourg a, lui aussi, été amené, pendant la période de confinement, à statuer dans le cadre d'un recours introduit par une personne détenue sur la compatibilité de ce même arrêt royal de pouvoirs spéciaux n° 3 avec certaines dispositions constitutionnelles.

Oubliant qu'il disposait lui-même de la faculté d'effectuer le contrôle de conformité requis et n'apercevant pas que l'arrêt royal de pouvoirs spéciaux restait un acte réglementaire tant qu'il n'avait pas été confirmé, le magistrat des référés, dans une ordonnance rendue le 20 avril 2020, posa à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle libellée comme suit : « En excluant d'office certaines personnes condamnées et en ne prévoyant pas ainsi pour tout condamné appartenant au groupe risque de personnes vulnérables

¹¹ Avis S.L.C.E., 25 mars 2020, n° 67.142/AG, *Doc. parl.*, Ch., 2020, n° 55-1104/2.

¹² On rappellera que, même si elle n'intervient pas au contentieux des droits subjectifs, la section du contentieux administratif du Conseil d'État, appelée à se prononcer sur la légalité d'un acte administratif qui aurait été pris en exécution d'un arrêté royal de pouvoirs spéciaux, pourra de même faire application de l'article 159 de la Constitution si la légalité de ce dernier acte est contestée.

au développement de symptômes graves du coronavirus COVID-19, cette possibilité d'octroi d'interruption de peine moyennant le respect de conditions, l'article 7 de l'arrêté royal n° 3 du 9 avril 2020 ne viole-t-il pas les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 23 de la Constitution ? »¹³.

Sans surprise, hélas, et sans traîner en chemin, la Cour constitutionnelle a décliné sa compétence estimant que « Ni l'article 26, § 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, adoptée en exécution de l'article 142 de la Constitution, ni aucune autre disposition constitutionnelle ou législative ne confèrent à la Cour le pouvoir de statuer, à titre préjudiciel, sur la compatibilité des dispositions d'un arrêté royal, fût-il adopté en vertu d'une loi accordant au Roi des pouvoirs spéciaux, avec les articles du titre II [...] Ce n'est que lorsqu'un arrêté royal fait l'objet d'une confirmation législative qu'il devient lui-même, dès la date de l'entrée en vigueur de la loi de confirmation, une norme législative. La Cour est alors compétente pour contrôler si la loi de confirmation, qui s'est approprié les dispositions de l'arrêté royal, ne viole pas une des dispositions constitutionnelles dont elle doit assurer le respect »¹⁴.

Ce malheureux détour devant la juridiction constitutionnelle confirme la complexité de la qualification juridique des arrêtés de pouvoirs spéciaux, dont la nature est matériellement législative, mais formellement... évolutive. Ils prennent la forme d'actes législatifs lorsqu'ils sont confirmés par la loi. Ils restent des actes administratifs réglementaires avant cela. Pendant cette période, ils ne peuvent être annulés ou écartés que par la haute juridiction administrative ou les cours et tribunaux en vertu de l'article 159 de la Constitution.

II. LE RECOURS NATUREL AU RÉFÉRÉ ADMINISTRATIF D'EXTRÊME URGENCE OU AU RÉFÉRÉ JUDICIAIRE CONTRE UN ARRÊTÉ ROYAL DE POUVOIRS SPÉCIAUX « DE CRISE »

7. Si les principes liés au régime juridictionnel des pouvoirs spéciaux, que l'on vient de brièvement rappeler, sont complexes, ils n'en restent pas

moins cohérents. On pourrait pourtant rester ontologiquement surpris de constater que le Conseil d'État, dans son contrôle de légalité objective des actes administratifs, ou même le juge judiciaire sur la base de l'article 159 de la Constitution, disposent de la compétence complète et exclusive de contrôler un arrêté de pouvoirs spéciaux non confirmé. Et, le cas échéant, de s'immiscer dans le processus de production normative que confie à l'exécutif le pouvoir législatif lui-même. À cet égard, la logique de la nature juridique formelle de l'acte contrôlé prime sur celle de son domaine matériel.

L'étonnement s'accroît encore si l'on constate que lorsque sont en cause des dispositions visant à régir une période de crise, qui n'ont pas vocation à s'appliquer durablement, le recours au référé d'extrême urgence, administratif ou judiciaire¹⁵, paraît de loin la voie la plus effective, voire même le seul mode de contestation utile. Une procédure d'extrême urgence, qui, pourtant et comme le Conseil d'État l'a répété à de multiples reprises réduit, à un strict minimum l'exercice des droits de la défense de l'auteur de l'acte, l'instruction du dossier et la contradiction des débats et qui est généralement confiée à un siège composé d'un conseiller unique.

Devant le Conseil d'État, la durée normale de traitement d'un recours en annulation (un an et demi environ) ou celle d'une demande de suspension ordinaire (quatre à six mois en moyenne)¹⁶, laissent en effet peu de chances d'effectivité à ces recours lorsqu'ils visent un arrêté de pouvoirs spéciaux qui cause grief dans la fenêtre de temps située entre son adoption et sa confirmation (si elle a lieu) par une loi. Comme évoqué *supra*, les deux lois du 27 mars 2020 « habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 », publiées au *Moniteur belge* du 30 mars 2020, confèrent au Roi les pouvoirs spéciaux pour trois mois et prévoient la nécessité que les normes ainsi adoptées soient confirmées par une loi dans l'année de leur entrée en vigueur.

¹³ C.C., 4 juin 2020, n° 83/2020.

¹⁴ C.C., 4 juin 2020, n° 83/2020, cons. B.1.2. et B.1.3.

¹⁵ L'on évoque ici, certes de manière un peu plus vague que devant le Conseil d'État, le référé judiciaire à mener dans des délais serrés. Pas nécessairement sur requête unilatérale, mais par exemple avec une abréviation du délai de citer ou encore en sollicitant des délais d'instruction très brefs.

¹⁶ Durées sans doute prolongées, en 2020 et 2021 en raison des effets de la période de confinement.

Mais un an maximum, c'est sans doute une période bien trop longue pour évaluer la période au cours de laquelle la plupart des arrêtés de pouvoirs spéciaux, royaux ou ceux adoptés par les gouvernements communautaires et régionaux, ont pu causer des griefs réels à ceux qui s'estimaient lésés par leurs effets. Concrètement, les mesures adoptées, lors de la crise du coronavirus, par le biais des arrêtés de pouvoirs spéciaux ont, pour la plupart, été appelées à régir une situation de crise sanitaire aiguë, contenant souvent des dispositifs dont l'application était fortement limitée dans le temps. Parmi bon nombre d'exemples, l'on songe aux différents arrêtés de pouvoirs spéciaux concernant la prorogation des délais de procédures et la procédure écrite devant les juridictions¹⁷ – mise en œuvre d'ailleurs dans l'arrêt commenté – ou encore la suspension des délais de rigueur et de recours fixés dans la législation au sens large¹⁸. On pense aussi à certaines mesures d'interventionnisme économique d'urgence comme l'arrêt royal n° 13 instaurant un droit passerelle et des mesures temporaires en faveur des travailleurs indépendants¹⁹. On évoque encore les arrêtés de pouvoirs spéciaux concernant l'interdiction temporaire des expulsions domiciliaires adoptés par

les diverses autorités compétentes en la matière²⁰. Peu de matières y ont échappé, les pouvoirs spéciaux ayant été exercés dans tous les champs de la société et par la quasi-totalité des composantes de l'État fédéral : bail, congés parentaux, organisation des pouvoirs locaux, prestations sociales, subventions, taxes, mobilité, secteur culturel, enseignement,...

Dans d'autres temps, certains arrêtés de pouvoirs spéciaux, adoptés lors de recours antérieurs à cette technique, n'avaient pas nécessairement une vocation éphémère et ont parfois traversé les décennies, le cas échéant après avoir été confirmés. L'arrêt royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé est un des exemples les plus notoires. Modifié fréquemment... par le législateur, depuis son entrée en vigueur il y a plus d'un demi-siècle, il est toujours sur pied aujourd'hui. Encore faut-il prendre la mesure de la situation ayant justifié, à la sortie de l'hiver 2020, le recours massif et tous niveaux de pouvoirs confondus ou presque, aux pouvoirs spéciaux. La spécificité de la vaste opération de recours aux pouvoirs spéciaux au début de l'année 2020 laissait manifestement entrevoir que l'essentiel de la production normative aurait vocation à « gérer la crise ». Ou, plus exactement et malheureusement, ce qui est devenu avec un premier recul temporel, la « première vague » de la crise sanitaire. Comme l'indique la doctrine, dans la foulée de l'adoption des lois, décrets et ordonnances d'habilitation à adopter des arrêtés de pouvoirs spéciaux, « on observe donc un accroissement considérable des pouvoirs des gouvernements fédéral et fédérés, même si celui-ci est variable selon les exécutifs concernés. Ce transfert de prérogatives s'explique notamment par la volonté de pouvoir réagir promptement à l'évolution de la pandémie, sans nécessiter de débat parlementaire, ce qui est une des raisons habituelles du recours à la technique des pouvoirs spéciaux. Cependant, les législations examinées montrent aussi que les délégations sont mues par la crainte de ne plus pouvoir réunir les membres des assem-

¹⁷ Arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020 concernant la prorogation des délais de prescription et les autres délais pour ester en justice ainsi que la prorogation des délais de procédure et la procédure écrite devant les cours et tribunaux, publié au *Moniteur belge* du 9 avril 2020 ; arrêté royal n° 3 du 9 avril 2020 portant des dispositions diverses relatives à la procédure pénale et à l'exécution des peines et des mesures prévues dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19, publié au *Moniteur belge* du 9 avril 2020 ; arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 19 du 5 mai 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil du contentieux des étrangers et la procédure écrite, publié au *Moniteur belge* du 6 mai 2020.

¹⁸ Arrêté du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n° 2 du 18 mars 2020 relatif à la suspension temporaire des délais de rigueur et de recours fixés dans l'ensemble de la législation et la réglementation wallonnes ou adoptés en vertu de celle-ci ainsi que ceux fixés dans les lois et arrêtés royaux relevant des compétences de la Région wallonne en vertu de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 ; arrêté n° 2020/001 du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale de pouvoirs spéciaux du 2 avril 2020 relatif à la suspension temporaire des délais de rigueur et de recours fixés dans l'ensemble de la législation et la réglementation bruxelloise ou adoptés en vertu de celle-ci, publié au *Moniteur belge* du 9 avril 2020 ; arrêté du Gouvernement de la Communauté germanophone n° 2 du 23 avril 2020 prorogeant la suspension de certains délais, telle que visée à l'article 2, § 1^{er}, du décret de crise 2020 du 6 avril 2020, publié au *Moniteur belge* du 4 mai 2020.

¹⁹ Arrêté royal n° 13 du 27 avril 2020 modifiant la loi du 23 mars 2020 modifiant la loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants et introduisant des mesures temporaires dans le cadre du COVID-19 en faveur des travailleurs indépendants, notamment en ce qui concerne l'extension à certains indépendants à titre complémentaire et pensionnés actifs, publié au *Moniteur belge* du 29 avril 2020. Voy. encore, à titre exemplatif, l'arrêt du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n° 26 du 28 avril 2020 relatif à une aide complémentaire au droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants de manière temporaire dans le cadre de la crise du coronavirus COVID-19 et modifiant diverses législations et réglementations, publié au *Moniteur belge* du 5 mai 2020.

²⁰ Voy. not. l'arrêt de pouvoirs spéciaux n° 2020/023 du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 20 mai 2020 interdisant temporairement les expulsions domiciliaires jusqu'au 31 août 2020 inclus, publié au *Moniteur belge* du 29 mai 2020, contesté dans une action en référé devant le Conseil d'État : C.E., 22 juin 2020, n° 247.856, l'association sans but lucratif « Syndicat national des propriétaires et copropriétaires ».

blées parlementaires, en raison même des risques générés par la pandémie et des mesures de confinement mises en œuvre pour lutter contre elle »²¹. Ces pouvoirs spéciaux étaient donc destinés à gérer, en toute hâte, une crise – la crise sanitaire en tant que telle et toutes ses répercussions notamment économiques et sociales – et à la gérer... malgré elle, c'est-à-dire dans des conditions où même le fonctionnement « physique » des assemblées parlementaires ne pouvait être garanti.

On comprend donc d'autant mieux pourquoi, s'agissant de réglementations appelées à s'appliquer pendant quelques semaines ou quelques mois seulement, seul le recours aux procédures d'extrême urgence paraissait s'imposer en cas de contestation sérieuse, nécessitant une intervention juridictionnelle en temps utile²².

8. L'arrêté royal n° 3 du 9 avril 2020 portant des dispositions diverses relatives à la procédure pénale et à l'exécution des peines et des mesures prévues dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 en cause dans l'arrêt commenté constitue donc un exemple de dispositif normatif adopté, en toute hâte, par le pouvoir exécutif dans un champ de compétence en principe dévolu au pouvoir législatif, et destiné à ne s'appliquer que pendant quelques semaines au plus.

L'arrêt commenté rendu le 29 avril 2020 par le Conseil d'État rejette le recours introduit contre cet arrêté royal de pouvoirs spéciaux pour défaut d'extrême urgence au regard du manque de diligence du requérant. En l'espèce, le requérant a laissé s'écouler un délai de quinze jours entre la publication de l'arrêté attaqué au *Moniteur belge* et l'introduction de son recours. Le Conseil d'État a estimé que le requérant « pouvait – et devait – introduire sa demande de référé d'extrême urgence au plus vite après la publication au *Moniteur belge* de l'arrêté royal attaqué, sans attendre l'issue de son action judiciaire ». L'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 3, comme déjà précisé en introduction du présent commentaire, cessait, sauf prolongation

par un acte distinct, de produire ses effets vingt-et-un jours après sa promulgation et sa publication, formalités concomitantes en l'espèce intervenues le 9 avril 2020. C'est dire que le requérant n'avait d'autre choix, pour éviter de subir les effets d'un acte aussi éphémère, que de recourir à l'extrême urgence, mais en outre de le faire avec une diligence absolue.

Comme le rappelle le Conseil d'État, dans une jurisprudence constante, « la procédure d'extrême urgence doit [...] demeurer exceptionnelle parce qu'elle réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense de la partie adverse, l'instruction du dossier ainsi que la contradiction des débats. Conformément à l'article 17, § 4, précité, cette procédure dérogatoire à la procédure de référé ordinaire n'est envisageable que "dans les cas d'extrême urgence incompatibles avec le délai de traitement de la demande de suspension". Elle ne se conçoit donc que lorsque la procédure de référé ordinaire serait impuissante à prévenir utilement les conséquences dommageables irréversibles susvisées »²³.

Il est permis de penser qu'au regard de l'importance matérielle de l'acte en cause, à savoir un arrêté réglementaire « au contenu législatif », ces circonstances exceptionnelles doivent s'apprécier de manière bien plus stricte encore. Elles imposeront au requérant une rigueur extrême dans le respect de l'une des composantes de l'extrême urgence, à savoir l'introduction de son recours avec la plus absolue diligence. Dans l'espèce commentée, quinze jours en soi et les trois quarts de la « durée de vie » de l'arrêté, c'était bien trop long pour saisir utilement le Conseil d'État en extrême urgence.

Sans ce défaut de diligence dans l'introduction de ce recours contre l'arrêté royal n° 3 du 9 avril 2020, il n'eût pas été exclu que soit constaté, *prima facie*, un moyen sérieux qui aurait laissée grande ouverte la porte de la suspension de l'exécution de cet arrêté de pouvoirs spéciaux. En effet, l'avis du Premier Auditeur estime sérieux le moyen démontrant l'existence d'une discrimination, en violation des articles 10 et 11 de la Constitution, entre détenus dans le critère choisi pour la mesure adoptée à l'article 7, alinéa 2, troi-

²¹ Fr. BOUHON, A. JOUSTEN, X. MINY et E. SLAUTSKY, « L'État belge face à la pandémie de covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », *op. cit.*, p. 33.

²² La section du contentieux administratif du Conseil d'État a statué sur quatre recours en suspension d'extrême urgence introduits à l'encontre d'arrêtés de pouvoirs spéciaux : C.E., 29 avril 2020, n° 247.472, *Husic*, ici commenté ; C.E., 19 mai 2020, n° 247.585, *Goossens* ; C.E., 1^{er} juin 2020, n° 247.689, *bv. Quanteus Group e.a.* ; C.E., 22 juin 2020, n° 247.856, *asbl Syndicat national des propriétaires et copropriétaires*.

²³ C.E., 26 septembre 2019, n° 245.542, *Yirtik*.

sième tiret, dudit arrêté, permettant l'interruption de l'exécution de la peine en raison de la propagation du COVID-19. La mesure adoptée par le Gouvernement fédéral agissant dans le cadre des pouvoirs spéciaux n'a, vraisemblablement, pas été dotée de motifs expliquant le critère de distinction retenu pour exclure certains détenus – tous ceux ayant été condamnés pour des faits de mœurs – d'un droit à l'interruption de l'exécution de leur peine en raison du COVID-19. Cette justification lacunaire ne rencontrait pas, selon l'opinion de l'Auditeur, l'exigence de faire reposer une différence de traitement sur un critère objectif et raisonnablement justifié permettant de distinguer les détenus ayant droit à la mesure d'interruption de l'exécution de la peine en raison du COVID-19 et ceux ne pouvant y prétendre²⁴.

9. Pour conclure ces quelques lignes, on peut constater que le mandat exceptionnel que confère le pouvoir législatif au pouvoir exécutif lorsqu'il lui délègue les pouvoirs spéciaux rend, c'est évident, plus exposée à la sanction du juge l'œuvre normative, bien qu'elle intervienne dans un champ de compétence en principe dévolu à la loi.

Un exemple simple *a contrario* permet de le comprendre. Une loi formelle adoptée, en dehors des pouvoirs spéciaux, qui engendre des griefs à court terme, peut faire l'objet d'une demande de suspension devant la Cour constitutionnelle²⁵.

²⁴ Voy. O. NEDERLANDT et D. PACI, « La prison face au Covid-19 : des mesures déséquilibrées au détriment des personnes détenues et/ou condamnées », *J.T.*, n° 18, 2020, pp. 341 à 348.

²⁵ Si le juge judiciaire des référés est saisi des conséquences sur la protection des droits subjectifs d'une telle loi, il n'a en principe d'autre choix que

Elle ne peut raisonnablement donner lieu à un arrêt avant un délai de quelques mois. Elle est soumise, en principe, à l'examen de douze juges, appliquant, généralement avec une certaine sévérité, la condition du risque de préjudice grave et difficilement réparable²⁶.

La même norme, en termes de contenu, adoptée, comme celle en cause dans l'arrêt commenté, par le biais d'un arrêté royal de pouvoirs spéciaux, peut, quant à elle, être suspendue, dans un délai de quelques jours seulement, dans le cadre d'un recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'État²⁷, sur la base d'une procédure, qui bien que très fréquemment utilisée reste une procédure d'exception, qui réduit assez substantiellement l'exercice des garanties procédurales et confère en général le pouvoir effectif de juridiction à un magistrat unique, il est vrai prenant appui sur le travail d'instruction fondamental de l'Auditeur.

Encore faudra-t-il s'inscrire, sans failles ou avec moins de failles que jamais, dans les exigences strictes de célérité et de péril imminent liés à l'extrême urgence. À régime institutionnel d'exception, compétence juridictionnelle d'exception... mais rigueur exceptionnelle requise dans le chef du justiciable.

de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle... et de ne pas pouvoir espérer se prononcer avant une bonne année au moins.

²⁶ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 206 et 207.

²⁷ Le cas échéant, l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux peut voir son application écartée sur la base de l'article 159 de la Constitution, par le juge judiciaire des référés, saisi d'une contestation portant sur les conséquences sur la protection des droits subjectifs d'une telle norme. Sans passer – surtout pas – par la Cour constitutionnelle (voy. C.C., 4 juin 2020, n° 83/2020 et nos observations *supra*).