

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VIII^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 256.685 du 5 juin 2023

A. 230.705/VIII-12.171

En cause : **1. COLLARD** Baudoin,
 2. GOOSSENS Christophe,
 3. le PARTI LIBERTARIEN,
 ayant tous trois élu domicile chez
 M^e Ronald FONTEYN, avocat,
 rue de Florence 13
 1000 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par
le ministre de la Santé publique,
ayant élu domicile chez
M^e Jérôme SOHIER, avocat,
chaussée de la Hulpe 181/24
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 9 avril 2022, Baudoin Collard, Christophe Goossens et le parti libertarien demandent l'annulation de l'arrêté royal du 17 mars 2020 'interdisant la mise à disposition, la mise en service et l'utilisation des tests rapides de mesure ou de détection des anticorps liés au virus SARS-CoV-2', publié au *Moniteur belge* du 18 mars 2020

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Edward Langohr, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

La partie requérante a déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 18 avril 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 26 mai 2023 et les parties ont été informées que l'affaire sera traitée par une chambre composée d'un membre.

M. Frédéric Gosselin, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Ronald Fonteyn, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Margot Celli, *loco* M^e Jérôme Sohier, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Edward Langohr, premier auditeur, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

Le *Moniteur belge* du 18 mars 2020 publie l'arrêté royal suivant :

« 17 MARS 2020. - Arrêté royal interdisant la mise à disposition, la mise en service et l'utilisation des tests rapides de mesure ou de détection des anticorps liés au virus SARS-CoV-2

PHILIPPE, Roi des Belges,

À tous, présents et à venir, Salut.

Vu la directive 98/79/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 1998 relative aux dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*, article 13 ;

Vu la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, articles 1*bis*, § 3 ; et 12*septies* ;

Vu l'arrêté royal du 14 novembre 2001 relatif aux dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*, article 2/1 ;

Vu les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, notamment l'article 3, § 1^{er}, remplacé par la loi du 4 juillet 1989 et modifié par la loi du 4 août 1996 ;

Vu l'urgence motivée par le fait que la mesure interdisant temporairement la mise à disposition et l'utilisation de certains autotests rapides fait partie des mesures exceptionnelles prises pour ralentir la propagation du virus SARS-CoV-2.

Considérant que l'utilisation de tests basés sur la détection d'anticorps qui n'ont pas prouvé leur spécificité pour la détection de SARS-CoV-2, pourrait mener à une mauvaise interprétation sur l'état du patient (porteur du virus ou non porteur). En effet, le patient peut être porteur du virus SARS-CoV-2 malgré un résultat négatif du test (absence d'anticorps) avant la séroconversion (niveau suffisant d'anticorps dans l'échantillon pour être détecté), ce qui est incompatible avec la situation de pandémie actuelle. De plus dans le cas d'autodiagnostic, l'utilisateur profane pourrait également mal interpréter le résultat de par l'absence de connaissances scientifiques. De surcroît, les tests de détection IgM sont susceptibles de donner des résultats faux positifs induisant la prise de mesure chez des patients sains.

Considérant que cette mesure ne peut avoir un effet que si elle est mise en œuvre immédiatement.

Sur la proposition de Notre Ministre de la Santé publique,

Nous avons arrêté et arrêtons :

Article 1^{er}. Pour l'application du présent arrêté, on entend par :

- 1) "Dispositif médical de diagnostic *in vitro*" : tout dispositif visé à l'article 1, § 2, 2°, de l'arrêté royal du 14 novembre 2001 relatif aux dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* ;
- 2) "Test rapide de mesure ou détection d'anticorps liés au SARS-CoV-2" : groupe de dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* permettant une mesure ou une détection rapide des anticorps liés au SARS-CoV-2, tels que les IgG, IgM et IgA.

Art. 2. La mise à disposition sur le marché, la mise en service et l'utilisation des autotests rapides de mesure ou détection d'anticorps liés au SARS-CoV-2 sont interdites pour une période de six mois commençant le jour suivant l'entrée en vigueur de la présente décision.

Art. 3. Le présent arrêté entre en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge*.

Art. 4. Le ministre qui a la Santé publique dans ses attributions est chargé de l'exécution du présent arrêté.

[...] ».

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Désistements

Par un courrier du 14 mai 2020, leur conseil a indiqué au Conseil d'État que Christophe Goossens et le parti libertarien entendent se désister du recours.

Rien ne s'oppose à ces désistements.

En tout état de cause, il convient de constater qu'ils ne se sont pas acquittés des droits de rôle de 200 euros chacun.

V. Recevabilité

V.1. Thèses des parties

V.1.1. Le mémoire en réponse

La partie adverse s'interroge sur l'existence d'un intérêt direct et personnel dans le chef du requérant, à défaut pour la requête de contenir la moindre explication sur sa situation, ni d'exposer les raisons pour lesquelles l'acte attaqué lui causerait un quelconque préjudice personnel. Elle précise qu'elle ne sait rien du requérant si ce n'est qu'il est ingénieur en sécurité informatique et que rien n'est dit quant à un éventuel état de santé particulier dans son chef qui le distinguerait de tout autre citoyen.

V.1.2. Le mémoire en réplique

Le requérant réplique qu'aucune disposition ne lui impose de justifier son intérêt dans la requête de sorte que l'absence de développements précisant concrètement les éléments justifiant son intérêt au recours s'avère sans conséquence. Il explique que l'acte attaqué est de nature réglementaire, qu'il est dès lors susceptible d'être attaqué par toutes les personnes auxquelles il a vocation à s'appliquer et par celles qui, sans y être à proprement parler soumises, en subissent directement les effets, et que le champ des requérants potentiels comprend tous les destinataires du règlement ainsi que les personnes à l'égard desquelles il a des répercussions immédiates. Il ajoute que lorsqu'il s'agit d'un recours en annulation dirigé contre des dispositions réglementaires, l'intérêt personnel réside dans la possibilité que ces dispositions soient appliquées personnellement au requérant, qui doit « seulement établir que celui-ci est susceptible de lui être applicable, sans avoir à démontrer qu'il en a d'ores et déjà subi les effets préjudiciables ».

Il fait valoir qu'en l'espèce, il « a été et est toujours susceptible, comme la plupart d'entre nous, de contracter la Covid. Il a été indument privé durant six mois de la liberté d'acquérir et d'utiliser les tests qui lui auraient permis de contrôler ou vérifier aussi régulièrement qu'il lui semblait nécessaire son état de santé ». Il indique qu'il n'était pas le seul à contester l'interdiction qui lui a été faite de recourir à ces tests et que l'abrogation d'un règlement pendant la procédure en annulation ne fait pas disparaître l'intérêt à son annulation, le maintien de celui-ci pouvant « s'expliquer par la circonstance que le règlement a été appliqué et que cette application a produit des effets dommageables que l'abrogation ne fait pas nécessairement disparaître ».

Il précise qu'il « réclame, par demande distincte, la réparation de son dommage moral », cite un arrêt n° 247.076 du 18 février 2020 qui renvoie à l'arrêt de l'assemblée générale de la section du contentieux administratif n° 244.015 du 22 mars 2019, selon lequel « l'introduction de la demande d'indemnité réparatrice entraîne, le cas échéant, pour le Conseil d'État – si tant est que le recours en annulation était initialement recevable et que la perte de l'intérêt ne résulte pas d'un acte que la partie requérante aurait elle-même accompli ou négligé d'accomplir et qui puisse lui être personnellement reproché – l'obligation d'examiner les moyens et de constater éventuellement l'illégalité de la décision attaquée pour autant que cela soit nécessaire pour statuer sur la demande d'indemnité réparatrice », et il estime que ce raisonnement est transposable en l'espèce.

V.1.3. Le dernier mémoire

Le requérant renvoie aux points 8 à 15 de son mémoire en réplique, qu'il reproduit. Il ajoute que la circonstance qu'il n'a, fort heureusement, pas été infecté par le virus SARS-CoV-2 n'entraîne pas nécessairement que l'acte attaqué ne lui a jamais fait grief, parce qu'il « a été indûment privé durant près de six mois de la possibilité de se faire tester de manière rapide, économique et non-intrusive, rendant sa vie sociale et professionnelle inutilement plus complexe ou angoissante et lui faisant perdre la chance du bénéfice de ce dispositif diagnostic en cas d'infection ou de suspicion d'infection ». Il estime que ce « préjudice moral et cette perte d'une chance » méritent réparation. Il évoque l'article 25/1, 3°, du règlement général de procédure, précise qu'il envisage toujours l'introduction d'une demande d'indemnité réparatrice, et développe « l'exposé qui suit » qui « préfigure – mais préfigure seulement – le débat [qu'il] entend poursuivre à cet égard ».

Il explique que l'atteinte à la vie sociale et professionnelle, rendue inutilement plus complexe ou angoissante, est difficilement contestable dans son principe et qu'« ainsi qu'il est à présent, et enfin, reconnu, l'utilisation du test rapide, quel[le] qu'en puisse être la fiabilité, constitue un adjuvant utile pour orienter son action par temps de pandémie, notamment et singulièrement si un résultat positif permet à la personne concernée de consulter plus rapidement et en meilleure connaissance de cause son médecin traitant ». Selon lui, ce dommage moral doit être examiné « en proportion de la longue durée de l'absurde interdiction querellée ».

Il fait valoir que la perte de la chance d'avoir pu bénéficier de ce dispositif diagnostic en cas d'infection ou de suspicion d'infection s'avère également incontestable dans son principe. Il renvoie à un arrêt du 5 juin 2008 selon

lequel, d'après lui, la Cour de cassation a considéré que la perte d'une chance pouvait être indemnisée pourvu que la faute soit la condition *sine qua non* de la perte de cette chance, et que le juge pouvait accorder une réparation pour la perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un préjudice. Il explique qu'à la suite de cet arrêt, la doctrine enseigne que la perte d'une chance peut être définie comme la perte certaine d'un avantage probable, que le lien causal entre la faute et le dommage doit être certain, que l'aléa (la chance) ne se situe donc pas au niveau du lien causal mais bien au niveau du dommage et qu'en l'espèce, la faute de la partie adverse « découle des illégalités dont elle poursuit la reconnaissance par [le Conseil d'État] ».

Il ajoute que l'acte attaqué a entraîné dans son chef l'impossibilité de se procurer, et *a fortiori* d'utiliser, les tests interdits de sorte que la perte d'une chance *sensu stricto* est certaine et le lien causal indubitable et qu'il convient d'envisager le dommage et donc évaluer la probabilité que la chance perdue se soit réalisée si la faute n'avait pas été commise. Il indique que, chaque cas étant unique, il convient d'examiner en détail le cas litigieux et reconstruire l'histoire en omettant la faute et envisager le résultat qui aurait pu être obtenu sans celle-ci. Il expose qu'eu égard au taux de contamination du virus – plus d'un million de personnes infectées en Belgique – la possibilité d'être porteur de la maladie ou en contact avec une personne infectée est, avec l'écoulement du temps depuis l'adoption de l'acte attaqué, proche de 100 %, et était sans doute presque aussi importante à la date à laquelle il a cessé de produire ses effets. Compte tenu des autres méthodes de *testing*, il estime à 10 % la perte de la chance du bénéfice de ce dispositif diagnostic en cas d'infection ou de suspicion d'infection, et il précise qu'il « sollicitera conséquemment et vraisemblablement une réparation au moins symbolique du préjudice vanté ».

V.2. Appréciation

En vertu de l'article 19, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, un recours en annulation peut être introduit par toute partie justifiant d'un intérêt. La loi ne définit pas l'« intérêt » et le législateur a laissé au Conseil d'État le soin de préciser le contenu de cette notion (*Doc. parl.*, Chambre, 1936-1937, n° 211, p. 34, et n° 299, p. 18). L'exigence de l'intérêt à agir vise à assurer la sécurité juridique et une bonne administration de la justice (C. E. (ass. gén.), 22 mars 2019, n° 244.015), et est « motivée par le souci de ne pas permettre l'action populaire » (C. const., 9 juillet 2020, n° 105/2020, B.9.3 et B.9.2). Il ressort des arrêts de l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État n° 243.406 du 15 janvier 2019 et n° 244.015 du 22

mars 2019, et de la jurisprudence constante, qu'une partie requérante dispose de l'intérêt requis en droit si deux conditions sont remplies : tout d'abord, l'acte administratif attaqué doit lui causer un préjudice personnel, direct, certain, actuel et lésant un intérêt légitime. Ensuite, l'annulation de cet acte qui interviendrait éventuellement doit lui procurer un avantage direct et personnel, si minime fût-il. Une partie requérante n'est pas soumise à l'obligation de définir ou de préciser son intérêt au recours. Toutefois, si cet intérêt est mis en doute, il lui appartient de fournir des éclaircissements à cet égard dès qu'elle en a l'occasion dans le cadre de la procédure et d'étayer son intérêt. Si elle s'exécute en ce sens, la partie requérante circonscrit alors également les motifs de sa demande et le Conseil d'État doit tenir compte des limites du débat juridictionnel qu'elle fixe.

S'il n'est pas contestable qu'un acte réglementaire peut faire l'objet d'un recours en annulation par toute personne à qui il est susceptible de s'appliquer, il convient de relever que l'acte réglementaire attaqué en l'espèce n'a, conformément à son article 2, produit ses effets que durant six mois, du 19 mars au 19 septembre 2020. Dans ses écrits de procédure, le requérant subordonne lui-même la recevabilité de son recours en annulation exclusivement à la perspective indemnitaire du préjudice moral qu'il soutient avoir subi durant cette période en étant privé de la possibilité d'utiliser les tests. Comme l'a constaté l'assemblée générale à l'occasion de l'arrêt n° 244.015 qu'il invoque spécifiquement à ce propos, l'acte attaqué en l'espèce ayant pris fin le 19 septembre 2020, il ne lui cause plus de préjudice moral définitif susceptible d'être encore réparé en plus par une annulation (§ 20). Le requérant reconnaît par ailleurs lui-même qu'il n'a heureusement pas été infecté durant la période susvisée et que la chance dont il soutient la perte « ne se situe donc pas au niveau du lien causal mais bien au niveau du dommage ». Il n'allègue nullement, et *a fortiori* reste en défaut de démontrer, qu'il aurait, durant cette période, dû être testé afin de savoir s'il était porteur du virus SARS-CoV-2, qu'aucun autre moyen que celui dont l'accès lui a été interdit par l'acte attaqué ne lui a été accessible et que cela lui aurait causé un préjudice concret. L'avantage qu'il retirerait de l'annulation de l'acte attaqué s'avère ainsi strictement hypothétique, voire inexistant. Enfin, l'arrêt susvisé de l'assemblée générale indique ce qui suit :

« Certes, l'introduction de la demande d'indemnité réparatrice au cours de la procédure d'annulation ne pourra pas empêcher le rejet de l'annulation par le Conseil d'État si la partie requérante a perdu son intérêt à l'annulation qu'elle poursuivait. Il n'en reste pas moins que l'introduction de la demande d'indemnité réparatrice entraîne, le cas échéant, pour le Conseil d'État – si tant est que le recours en annulation était initialement recevable et que la perte de l'intérêt ne résulte pas d'un acte que la partie requérante aurait elle-même accompli ou négligé d'accomplir et qui puisse lui être personnellement reproché – l'obligation d'examiner les moyens et de constater éventuellement l'illégalité de la décision attaquée pour autant que cela soit nécessaire pour statuer sur la demande d'indemnité réparatrice ».

C'est donc l'introduction d'une demande d'indemnité réparatrice en cours de procédure qui est à l'origine de cet arrêt. En l'espèce, force est de constater que la demande d'indemnité réparatrice que le requérant dit d'abord réclamer « par demande distincte », pour préciser ensuite dans son dernier mémoire qu'il la « sollicitera conséquemment et vraisemblablement » n'a, à la clôture des débats et nonobstant ces annonces, jamais été introduite.

Le recours est irrecevable.

VI. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Le Conseil d'État donne acte du désistement à Christophe Goossens et au parti libertarien.

Article 2.

La requête est rejetée.

Article 3.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIII^e chambre,
le 5 juin 2023, par :

Frédéric Gosselin,
Florence Van Hove,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Florence Van Hove

Frédéric Gosselin