



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 68.188/4
du 27 octobre 2020

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'portant exécution
de l'article 47/15*bis* du Code wallon de l'action sociale et de
la santé'

Le 21 octobre 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Présidente et Ministre de l'Emploi, de la Formation, de la Santé, de l'Action sociale, de l'Égalité des chances et des Droits des femmes de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'portant exécution de l'article 47/15*bis* du Code wallon de l'action sociale et de la santé'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 27 octobre 2020. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Bernard BLERO, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 27 octobre 2020.

*

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

La lettre s'exprime en ces termes :

« Vu l'urgence motivée par le fait que suite aux décisions du Conseil national de sécurité du 23 septembre 2020, les règles relatives aux obligations en matière de quarantaine ont été modifiées ;

Que, dans ce contexte, le Conseil national de sécurité a sollicité des différentes entités qu'elles adaptent leurs normes afin de refléter ces modifications, la date du 1^{er} octobre 2020 étant fixée pour l'entrée en vigueur de celles-ci ;

Que, dès lors, le cadre légal a été modifié et vu le délai octroyé par le Conseil national de sécurité ».

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations suivantes.

FONDEMENT JURIDIQUE

Selon son préambule, l'arrêté en projet se donne pour fondement légal l'article 47/15*bis* du Code wallon de l'action sociale et de la santé.

Cette disposition a été modifiée par le décret du 15 octobre 2020 'modifiant les articles 47/15 et 47/15*bis* du Code wallon de l'Action sociale et de la Santé et insérant un article 47/15*ter* en vue de prendre des mesures relatives à la crise sanitaire de la Covid-19'¹.

L'article 47/15*bis* est désormais rédigé comme suit :

« § 1^{er}. Au titre de mesures préventives prises dans le cadre de la crise sanitaire de la Covid-19, les personnes susceptibles d'être vecteur de la transmission de la Covid-19 sont tenues de se placer immédiatement en isolement ou quarantaine, à leur domicile ou tout autre lieu approprié à cet effet, et de procéder à un dépistage, selon les modalités définies par les recommandations et décisions des instances fédérales et interfédérales.

Sur base des recommandations et décisions des instances fédérales et interfédérales, le Gouvernement fixe les catégories de personnes susceptibles d'être vecteur de la transmission de la Covid-19 et les catégories de personnes exemptées de l'obligation d'isolement ou quarantaine et/ou de l'obligation de dépistage visées à l'alinéa 1^{er}.

¹ M.B., 26 octobre 2020.

§ 2. (...).

§ 3. (...).

§ 4. Les missions et prérogatives des médecins et infirmiers visés à l'article 47/15 sont applicables aux mesures visées au présent article.

§ 5. Sans préjudice de l'application des sanctions fixées par le Code pénal, sont punis d'une amende de 1 à 500 euros et d'un emprisonnement de huit jours à six mois, ou de l'une de ces peines seulement, les personnes ne respectant pas le prescrit du présent article ».

Le fondement juridique figure donc dans l'article 47/15*bis*, § 1^{er}, alinéa 2, du Code wallon de l'action sociale et de la santé, tel que modifié par le décret du 15 octobre 2020. Le préambule sera revu en conséquence.

FORMALITÉS PRÉALABLES

L'avant-projet de décret à l'examen ne pourra être adopté qu'après l'accomplissement, en bonne et due forme, de la procédure de concertation prévue par les articles 12 à 15 de l'accord de coopération-cadre du 27 février 2014 entre la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française 'relatif à la concertation intra-francophone en matière de santé et d'aide aux personnes et aux principes communs applicables en ces matières' ².

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. L'article 47/15*bis*, § 5, du Code wallon de l'action sociale et de la santé prévoit des sanctions pénales à l'encontre des personnes qui ne respectent pas l'article 47/15*bis*. Interrogée à ce propos, la déléguée de la Ministre a confirmé que la méconnaissance de l'arrêté en projet sera passible des sanctions prévues par l'article 47/15*bis*, § 5, du Code.

Pour cette raison, le dispositif en projet doit satisfaire au principe de la légalité des incriminations et des peines, tel qu'il découle des articles 12 et 14 de la Constitution et de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Selon la Cour constitutionnelle ³,

« [e]n prévoyant que le pouvoir législatif est compétent pour déterminer dans quels cas des poursuites pénales sont possibles, l'article 12, alinéa 2, de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucun comportement ne sera punissable qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue.

² La section de législation s'est prononcée en ce sens notamment dans l'avis n° 68.049/4 donné le 14 octobre 2020 sur un avant-projet de décret de la Communauté française 'portant confirmation de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 8 du 7 mai 2020 relatif au soutien des hôpitaux universitaires dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19'.

³ C.C., 14 janvier 2016, n° 1/2016, B.5.3.

En outre, le principe de légalité en matière pénale qui découle des dispositions constitutionnelles et conventionnelles précitées procède de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable. Il exige que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part, que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de ce comportement et afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation.

Toutefois, le principe de légalité en matière pénale n'empêche pas que la loi attribue un pouvoir d'appréciation au juge. Il faut en effet tenir compte du caractère de généralité des lois, de la diversité des situations auxquelles elles s'appliquent et de l'évolution des comportements qu'elles répriment.

La condition qu'une infraction doit être clairement définie par la loi se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les juridictions, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale.

Ce n'est qu'en examinant une disposition pénale spécifique qu'il est possible de déterminer, en tenant compte des éléments propres aux infractions qu'elle entend réprimer, si les termes généraux utilisés par le législateur sont à ce point vagues qu'ils méconnaîtraient le principe de légalité en matière pénale ».

Il ressort par ailleurs de la jurisprudence de cette même Cour constitutionnelle ⁴ que

« [l]e principe de légalité en matière pénale ne va pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de l'incrimination. Une délégation au Roi n'est pas contraire à ce principe, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur ».

Selon la Cour européenne des droits de l'Homme,

« la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre, ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires. Une loi peut satisfaire à l'exigence de prévisibilité même si la personne concernée doit recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé. Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte » ⁵.

S'agissant plus particulièrement de la compatibilité avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme du procédé de la « législation par référence »,

⁴ C.C., 10 novembre 2011, n° 166/2011, B.41.2.

⁵ Cour eur. D.H., avis consultatif du 29 mai 2020 relatif à l'utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée, Demande n° P16-2019-001, § 61.

cette même Cour européenne des droits de l'Homme énonce :

« Pour être conforme à l'article 7 de la Convention, une loi pénale qui définit une infraction en ayant recours à la technique de 'législation par référence' doit [...] respecter les exigences générales relatives à la 'qualité de la loi', c'est-à-dire qu'elle doit être suffisamment précise, accessible et prévisible dans son application. Étant donné que la norme référée devient partie intégrante de la définition de l'infraction, les deux normes (la norme référente et la norme référée) lues conjointement doivent permettre aux personnes concernées de prévoir, en s'entourant au besoin de conseils éclairés, quel comportement peut engager leur responsabilité pénale. Cette interprétation découle pour la Cour des principes généraux de sa jurisprudence concernant les exigences en matière de qualité de la loi, et elle est confortée par les éléments de droit comparé disponibles [...].

Par ailleurs, la Cour considère que la manière la plus efficace de garantir la clarté et la prévisibilité d'une incrimination conçue sur ce modèle est de faire en sorte que la référence soit explicite et que la norme référente définisse les éléments constitutifs de l'infraction. En outre, les normes référées ne doivent pas étendre la portée de l'incrimination telle qu'elle est définie par la norme référente. En tout état de cause, il appartient à la juridiction nationale appliquant à la fois la norme référente et la norme référée d'apprécier si l'engagement d'une responsabilité pénale était prévisible dans les circonstances de l'espèce »⁶.

2. Le dispositif en projet a ceci de spécifique que, pour déterminer le champ d'application des infractions pénales qu'il met en place, il renvoie *in fine*, d'une part, à des « recommandations et décisions des instances fédérales et interfédérales » (voir notamment l'article 1^{er}, §§ 1^{er} et 2, de l'arrêté en projet), et, d'autre part, à des actes de portée réglementaire dont il confie l'adoption à l' « Inspecteur régional d'hygiène » (article 1^{er}, § 2, alinéa 1^{er}, 1^o, de l'arrêté en projet).

Le préambule de l'arrêté en projet confirme au demeurant que, s'agissant de la définition de toute une série de notions-clefs de celui-ci (« séjour sur un territoire à très haut risque d'infection par la COVID-19 », « personnes supposées infectées », « contacts étroits ou à hauts risques »), il sera renvoyé purement et simplement aux « décisions et recommandations des instances fédérales et interfédérales ».

S'agissant par exemple de la définition de « personnes supposées infectées », la déléguée de la Ministre a précisé :

« Cette définition est disponible à l'adresse suivante https://covid-19.sciensano.be/sites/default/files/Covid19/COVID-19_Case%20definition_Testing_FR.pdf.

S'agissant d'une définition pouvant évoluer, il est donc prévu de s'y référer afin d'éviter des dichotomies entre les définitions régionales et de Sciensano, ce qui serait source de confusion et poserait problème en terme de prévisibilité de la norme ».

⁶ *Ibidem*, §§ 72 et 73. Voir aussi, faisant application de ces principes, Trib. Pol. Hainaut, 29 juillet 2020, *J.L.M.B.*, 2020, pp. 1288 et suiv.

Invitée à énumérer les « instances fédérales et interfédérales » qui sont ainsi visées, et à identifier par-là-même les « recommandations et décisions » dont il est question, la déléguée de la Ministre a répondu que « sont notamment visée[s] les instances suivantes : Conseil national de sécurité, Comité de concertation, Risk Management Group, Conférence interministérielle Santé, Sciensano ».

3. Pareillement caractérisé, le dispositif en projet ne peut être jugé compatible avec le principe de la légalité en matière pénale, dont la portée est résumée ci-avant. En effet, non seulement ce dispositif comporte des délégations qui portent sur d'importants éléments réglementaires constitutifs des incriminations en cause et sont accordées à des autorités qui ne sont pas politiquement responsables⁷, mais il emporte de surcroît des éléments d'insécurité juridique qui ne sont pas compatibles avec la qualité attendue de la loi pénale, telle que mise en avant par les jurisprudences précitées de la Cour constitutionnelle et de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Il appartient au Gouvernement de veiller à ce que les comportements qu'il entend imposer à de simples citoyens soient clairement identifiables par ceux-ci, ce qui ne peut être le cas si ces comportements sont recensés dans des « décisions » et « recommandations », non autrement précisées et au demeurant non juridiquement contraignantes⁸, qui émanent d'instances dont l'énumération n'est fournie que de manière exemplative, et non exhaustive. Il ne pourrait par ailleurs se concevoir que la publicité des comportements qui seraient ainsi rendus punissables pénalement, soit assurée sans le respect des formes requises par l'article 84 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'⁹.

4. Le dispositif en projet sera donc fondamentalement revu, à la lumière des observations qui précèdent.

⁷ Il en va ainsi, notamment, de l'Inspecteur régional d'hygiène. Le Conseil d'État a souvent rappelé que l'attribution d'un pouvoir réglementaire à un fonctionnaire qui n'est pas politiquement responsable devant une assemblée démocratiquement élue n'est en principe pas admissible dès lors qu'elle porte atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire et à celui de la responsabilité politique des ministres, une telle délégation ne pouvant être acceptée que lorsqu'il s'agit de mesures ayant une portée limitée et technique. Voir entre autres l'avis n° 67490/3 donné le 26 juin 2020 sur un projet devenu l'arrêté ministériel du 7 juillet 2020 'portant exécution de l'arrêté royal du 3 juillet 2020 d'exécution des articles 12, 13, 29, 30, 44, 45, 58 et 59 de la loi du 20 décembre 2019 transposant la Directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la Directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/67490.pdf>. Voir encore, spécifiquement en matière pénale, l'avis n° 38.341/4 donné le 18 mai 2005 sur un avant-projet devenu la loi du 15 mai 2006 'portant diverses dispositions en matière de transport', *Doc. Parl.*, Chambre, Doc 51-2245/1, p. 20, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/38341.pdf>, (observation sous l'article 15).

⁸ Dans son avis n° 67.543/4 donné le 11 juin 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 16 juillet 2020 'portant sur les mesures d'urgence en matière de taxis, location de voitures avec chauffeur et services assimilés', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/67543.pdf>, la section de législation a notamment rappelé que, si « [l]e Conseil national de sécurité joue un rôle décisif dans la fixation des mesures destinées à limiter la propagation du coronavirus Covid-19 [...], il importe [toutefois] de constater que les décisions qu'il prend n'ont, par elles-mêmes, pas de portée juridiquement contraignante. D'autres décisions doivent être prises pour fixer par la voie de dispositions ayant force obligatoire les mesures destinées à limiter la propagation du Covid-19 ».

⁹ Voir en ce sens l'avis n° 67.543/4.

5. Par ailleurs, il y a lieu de tenir compte de l'interdiction comminée par l'article 563*bis* du Code pénal¹⁰ laquelle, entre autres exceptions, s'applique « sauf dispositions légales contraires ». Il importe de lever tout doute quant au fait que l'obligation de « porter un masque buccal pour tous les déplacements à l'extérieur », qui figure à l'article 1^{er}, § 2, alinéa 2, *a*), de l'arrêté en projet, n'entre pas dans le champ d'application de l'article 563*bis* du Code pénal en tant qu'elle constitue une exception à cette disposition. Or, en l'état, le fondement juridique invoqué pour imposer l'obligation de porter un masque buccal est fragile dès lors que l'article 47/15*bis*, § 1^{er}, alinéa 2, du Code wallon de l'action sociale et de la santé se limite à confier au Gouvernement le pouvoir de fixer des « catégories de personnes », à savoir, d'une part, celles qui sont « susceptibles d'être vecteur de la transmission de la Covid-19 » et, d'autre part, « les catégories de personnes exemptées de l'obligation d'isolement ou quarantaine et/ou de l'obligation de dépistage visées à l'alinéa 1^{er} ». Seule une modification de la base décrétole, en vue de consacrer le principe de l'obligation de port du masque buccal en certaines circonstances ou d'habiliter expressément le Gouvernement à imposer le port du masque buccal, permettra d'apporter la sécurité juridique quant au fait que ce comportement ne tombe pas dans le champ de l'incrimination prévue par l'article 563*bis* du Code pénal¹¹.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Martine BAGUET

¹⁰ L'article 563*bis* du Code pénal dispose que « Seront punis d'une amende de quinze euros à vingt-cinq euros et d'un emprisonnement d'un jour à sept jours ou d'une de ces peines seulement, ceux qui, sauf dispositions légales contraires, se présentent dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie, de manière telle qu'ils ne soient pas identifiables.

Toutefois, ne sont pas visés par l'alinéa 1^{er}, ceux qui circulent dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie de manière telle qu'ils ne soient pas identifiables et ce, en vertu de règlements de travail ou d'une ordonnance de police à l'occasion de manifestations festives ».

Il n'est pas exclu, au regard des travaux préparatoires de cette disposition, que le port d'un masque buccal puisse être considéré comme une « dissimulation » partielle du visage prohibée par celle-ci. Voir en effet C. MATHIEU et P. DE HERT, « L'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public mise en cause par le tribunal de police de Bruxelles », *Vigiles*, 2011/3, pp. 92 à 99, sp. p. 97, ainsi que F. KUTY, « L'article 563*bis* du Code pénal ou l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public », *J.T.*, 2012, p. 85.

¹¹ Comparer avec la réponse du Ministre de la Justice, Koen Geens, à une question adressée par la Députée Kattrin Jadin le 11 mars 2020 'concernant le port du masque médical'(QRVA, 2019-2020, n° 55-020, 9 juin 2020, pp. 90 à 92, <https://www.lachambre.be/QRVA/pdf/55/55K0020.pdf>).