



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 69.444/VR
du 31 mai 2021

advies 69.444/VR
van 31 mei 2021

sur

over

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

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

Le 26 mai 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Intérieur, des Réformes institutionnelles et du Renouveau démocratique à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables prorogé à huit jours ouvrables *, sur un projet d'arrêté ministériel 'modifiant l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19'.

Le projet a été examiné par les chambres réunies le 31 mai 2021. Les chambres réunies étaient composées de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, président, et Wilfried VAN VAERENBERGH, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Koen MUYLLE, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Jan VELAERS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Christian BEHRENDT et Johan PUT, assesseurs, et Annemie GOOSSENS et Béatrice DRAPIER, greffiers.

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

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre VANDERNOOT et Jeroen VAN NIEUWENHOVE.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 31 mai 2021.

*

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

Op 26 mei 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Binnenlandse Zaken, Institutionele Hervormingen en Democratische Vernieuwing verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen verlengd tot acht werkdagen* een advies te verstrekken over een ontwerp van ministerieel besluit 'houdende wijziging van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken'.

Het ontwerp is door de verenigde kamers onderzocht op 31 mei 2021. De verenigde kamers waren samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, voorzitter, en Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Koen MUYLLE, Patrick RONVAUX en Christine HOREVOETS, staatsraden, Jan VELAERS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Christian BEHRENDT en Johan PUT, assessoren, en Annemie GOOSSENS en Béatrice DRAPIER, griffiers.

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

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre VANDERNOOT en Jeroen VAN NIEUWENHOVE.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 31 mei 2021.

*

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

En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique et de l'accomplissement des formalités prescrites.

I. PORTÉE DU PROJET

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

L'arrêté envisagé entre en vigueur le 9 juin 2021.

Dans la note au Conseil des ministres du 25 mai 2021, la portée du projet est précisée en ces termes :

« De manière générale, les mesures suivantes entreront en vigueur à partir du 9 juin 2021, dans les conditions spécifiques et explicites telles que définies dans l'arrêté ministériel :

– les établissements relevant des secteurs culturel, festif, sportif, récréatif et événementiel peuvent ouvrir. Les discothèques et dancings restent cependant fermés au public, sauf en ce qui concerne l'organisation des activités autorisées conformément à l'arrêté ministériel ;

– il est possible d'assister à des événements, des représentations culturelles ou autres, des compétitions et entraînements sportifs et des congrès, étant entendu que plus de personnes sont autorisées à l'extérieur qu'à l'intérieur ;

– les rassemblements sur la voie publique et dans l'espace public pendant la journée sont autorisés pour un maximum de 10 personnes (dans les groupes de 4, aucune distance n'est requise), sous réserve des exceptions prévues; les rassemblements entre 00h00 et 05h00 sont élargis de 3 à 4 personnes, afin d'obtenir un ensemble de règles claires; dans l'espace privé, les rassemblements jusqu'à 50 personnes sont autorisés, sous réserve des exceptions prévues ;

– les mariages civils, les funérailles et les crémations, l'exercice individuel et collectif du culte et l'exercice individuel ou collectif de l'assistance morale non confessionnelle et d'activités au sein d'une association philosophique non confessionnelle, ainsi que la visite individuelle ou collective d'un bâtiment de culte ou d'un bâtiment destiné à l'exercice public de l'assistance morale non confessionnelle, sont autorisés avec un plus grand nombre de participants, étant entendu que plus de personnes sont autorisées à l'extérieur qu'à l'intérieur ;

– l'horeca indoor est autorisé jusque 22h00, l'horeca outdoor peut rester ouvert jusque 23h30 ; l'interdiction de la vente de boissons alcoolisées entre 22h00 et 5h00 est levée. L'horeca indoor ne peut rester ouvert que jusque 22h00 étant donné que le risque de propagation du virus est plus élevé à l'intérieur qu'à l'extérieur. Un maximum de 50 clients est autorisé lors d'une réception ou d'un banquet dans le cadre d'une activité horeca professionnelle, sauf s'il s'agit d'une terrasse ouverte. Des réceptions et banquets peuvent aussi être organisés à domicile pour un maximum de 50 personnes, à condition qu'ils se déroulent à l'extérieur et qu'ils se terminent à 23h30 au plus tard. Si des activités horeca professionnelles sont exercées, les règles de l'horeca doivent être respectées, sauf

pour les services à domicile. Dans les autres cas, le respect des règles de l'horeca est fortement recommandé ;

- des marchés annuels, fêtes foraines, braderies, brocantes et marchés aux puces non professionnels peuvent désormais à nouveau avoir lieu ;

- les possibilités de participation à des activités dans un contexte organisé, seront étendues les 9 et 25 juin 2021 ;

- les compétitions sportives professionnelles et les entraînements sportifs professionnels peuvent avoir lieu sans limitation du nombre de participants ; un nombre maximum de personnes peut participer à des compétitions sportives non professionnelles et des entraînements sportifs non professionnels (étant entendu que plus de personnes sont autorisées à l'extérieur qu'à l'intérieur). Les compétitions sportives non professionnelles des sports de combat sont interdits, pour autant que des contacts physiques aient lieu entre les participants ;

- les entreprises et associations offrant des biens ou services aux consommateurs, peuvent accueillir des groupes de, en principe, maximum deux personnes ;

- les activités de type « porte à porte » et de démarchage sont autorisées, de même que les prestations de services à domicile et les prestations de services au cours desquels la distance de 1,5 mètre ne peut pas être garantie entre le prestataire de services et le consommateur ;

- [les foires commerciales, y compris les salons, sont autorisés]

- un foyer peut accueillir au maximum quatre personnes en même temps à l'intérieur de sa maison ou dans un hébergement touristique ;

- un nombre maximum de participants peut assister à des manifestations tant statiques que dynamiques qui se déroulent sur la voie publique ;

- les entreprises, associations et services peuvent planifier des moments de retour limités pour les personnes occupées auprès de l'entreprise pour lesquels le télétravail à domicile est obligatoire.

Étant donné que le suivi des variants inquiétants est d'une importance essentielle dans la lutte contre la pandémie, l'exception à l'obligation de disposer d'un résultat de test négatif et de remplir et de signer le formulaire PLF pour les voyageurs dont le voyage n'implique pas l'utilisation d'un transporteur et dont le séjour en Belgique ou le séjour préalable à l'étranger n'a pas duré plus de 48 heures, n'est pas applicable aux personnes qui se sont trouvées, à un moment au cours des 14 jours avant leur arrivée en Belgique, sur le territoire du Brésil, de l'Afrique du Sud ou de l'Inde ».

II. RECEVABILITÉ

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

Dans la demande d'avis, l'urgence est motivée comme suit :

« Het verzoek om spoedbehandeling wordt gemotiveerd door de noodzakelijkheid om maatregelen te overwegen die gegrond zijn op epidemiologische resultaten die van dag op dag evolueren en waarvan de laatste de maatregelen hebben gerechtvaardigd die werden beslist tijdens het Overlegcomité dat is bijeengekomen op 11 mei 2021 en die

werden goedgekeurd op de Ministerraad van 25 mei 2021. Het is zodoende dringend om op korte termijn bepaalde maatregelen te nemen en anderen aan te passen. De eerste reeks versoepelingen zal in werking treden op 9 juni 2021. Opdat de sectoren zich zouden kunnen voorbereiden, dient het ministerieel besluit evenwel een voldoende aantal dagen voordien officieel te worden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad. Vanuit die optiek zou ik u graag verzoeken om ons het advies te bezorgen in de loop van woensdag 2 juni 2021 ».

De la même manière qu'elle l'a été dans l'avis n° 69.253/AG du 23 avril 2021 ¹ et dans l'avis n° 69.305/AG du 6 mai 2021 ², cette motivation peut être admise.

Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'État, la motivation de l'urgence figurant dans la demande d'avis doit être reproduite textuellement dans le préambule. Or, le huitième alinéa du préambule reproduit seulement la première partie de la motivation figurant dans la demande d'avis. Dès lors, la motivation mentionnée dans le préambule du projet ne correspond pas à celle de la demande d'avis ; il convient d'y remédier.

III. OBSERVATION PRÉALABLE

3. C'est la troisième fois que la section de législation est consultée quant à l'adaptation d'un certain nombre de mesures existantes tendant à lutter contre le coronavirus qui sont contenues dans l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 'portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19'.

Pour les motifs déjà exposés dans les avis n° 69.253/AG et n° 69.305/AG, l'examen auquel procède le Conseil d'État est limité aux modifications apportées par le présent projet à l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 ³.

En tout état de cause, il va de soi que, compte tenu notamment du délai très limité pour rendre le présent avis, l'absence d'observation concernant l'une ou l'autre disposition du projet ne signifie pas que ces dispositions ne soient ni critiquables ni perfectibles. Le silence gardé par la section de législation sur ces dispositions ne pourrait servir d'élément d'interprétation du projet d'arrêté.

IV. FONDEMENT JURIDIQUE

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

– l'article 4 de la loi du 31 décembre 1963 'sur la protection civile' ;

¹ Avis n° 69.253/AG donné le 23 avril 2021 sur un projet devenu l'arrêté ministériel du 24 avril 2021 'modifiant l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/69253.pdf>).

² Avis n° 69.305/AG donné le 6 mai 2021 sur un projet devenu l'arrêté ministériel du 7 mai 2021 'modifiant l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/69305.pdf>).

³ Avis n° 69.253/AG, observation n° 3 ; avis n° 69.305/AG, observation n° 3.

- les articles 11 et 42 de la loi du 5 août 1992 ‘sur la fonction de police’ ;
- les articles 181, 182 et 187 de la loi du 15 mai 2007 ‘relative à la sécurité civile’.

Il s’agit des mêmes fondements juridiques que ceux qui ont déjà été invoqués dans le préambule de l’arrêté ministériel du 28 octobre 2020 proprement dit, de même que dans les divers arrêtés ministériels modificatifs de cet arrêté, en ce compris celui du 24 avril 2021, sur lequel la section de législation a donné l’avis n° 69.253/AG, et celui du 7 mai 2021, qui a fait l’objet de l’avis n° 69.305/AG.

Ainsi qu’il a également été observé dans les avis n° 69.253/AG et n° 69.305 ⁴, la question de savoir dans quelle mesure le législateur peut octroyer des délégations au ministre ne fait en principe pas partie de l’examen de la présente demande d’avis. Certes, des questions préjudicielles ont été posées à ce sujet à la Cour constitutionnelle ⁵. Aussi longtemps que celle-ci ne se sera pas prononcée à ce propos et, le cas échéant, n’aura pas constaté une inconstitutionnalité, l’examen du présent projet se base en principe sur les dispositions que le législateur a adoptées, étant entendu que celles-ci doivent évidemment encore être interprétées.

5. Invitées à désigner le fondement légal de chaque partie du projet, les déléguées n’ont pas fourni d’aperçu par article mais ont seulement fait référence en termes généraux à l’ensemble des dispositions mentionnées dans le préambule :

« De genomen maatregelen zijn politiemaatregelen in de zin van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, maatregelen in de zin van artikel 4 van de wet van 31 december 1963 betreffende de civiele bescherming en maatregelen in de zin van de artikelen 181 en 182 van de wet van 15 mei 2007 betreffende de civiele veiligheid ».

6. En ce qui concerne le fondement juridique, le Conseil d’État a notamment attiré l’attention dans les avis n°s 69.253/AG et 69.305/AG sur ce qui suit :

– l’importance de la distinction entre les différentes dispositions citées procurant le fondement juridique, en particulier en ce qui concerne le fondement légal de la sanction en cas d’infraction à la mesure concernée ⁶ ;

– la circonstance selon laquelle « l’existence, parmi ces différents textes, d’un fondement juridique suffisant pour l’adoption, par voie d’arrêtés ministériels, des mesures actuelles de lutte contre la pandémie de COVID-19 [est] controversée dans la doctrine ainsi que dans la jurisprudence, ce qui a pour effet de créer une certaine insécurité juridique » ⁷ ;

⁴ Avis n° 69.253/AG, observation n° 10.4; avis n° 69.305/AG, observation n° 9.4.

⁵ Voir notamment les affaires n°s 7543 et 7544 introduites le 9 mars 2021.

⁶ Avis n° 69.305/AG, observations n°s 9.5 et 9.6.

⁷ Avis n° 69.253/AG, observation n° 9; avis n° 69.305/AG, observation n° 8.

– le fait que c'est dans ce contexte que la Ministre qui a l'Intérieur dans ses attributions a pris l'initiative d'élaborer un projet de « loi pandémie »⁸, qui a pour portée de prévoir un cadre juridique clair et cohérent de nature à pouvoir mieux appréhender à l'avenir des « situations d'urgence épidémique » au sens défini par ce projet de loi⁹.

À la lumière notamment de ces éléments, le Conseil d'État a formulé les observations suivantes dans les avis précités :

« De ce qui précède, de même que des fondements juridiques existants qui attribuent explicitement la compétence au Ministre qui a l'Intérieur dans ses attributions pour agir en la matière, il semble pouvoir se déduire, bien évidemment sous la réserve d'un éventuel contrôle de constitutionnalité de la délégation au ministre que serait amenée à opérer la Cour constitutionnelle à ce sujet, et sous réserve d'un jugement définitif de la section du contentieux administratif du Conseil d'État ou de la Cour de cassation à propos de la portée du fondement juridique de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 que, dans le cadre de la pandémie de coronavirus, l'intervention du ministre qui a l'Intérieur dans ses attributions peut en principe être admise sur la base soit de l'un ou de l'autre fondement juridique mentionné, soit d'une combinaison de ces différents fondements juridiques, notamment chaque fois que la mesure prise peut être qualifiée d'interdiction de lieu ou de déplacement, étant entendu que, moyennant le respect d'une ou de plusieurs conditions ou modalités, il est encore permis de se trouver en un certain lieu ou de se rendre à un certain endroit »¹⁰.

En ce qui concerne le fondement légal de la sanction infligée en cas d'infraction à la mesure concernée, les observations suivantes ont été formulées dans l'avis n° 69.305/AG :

« Il y a lieu de constater que l'article 26 de l'arrêté ministériel à modifier du 28 octobre 2020 s'énonce comme suit :

‘Sont sanctionnées par les peines prévues à l'article 187 de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile, les infractions aux dispositions des articles suivants :

– les articles 5 à 11 inclus à l'exception des dispositions concernant la relation entre l'employeur et le travailleur ;

– l'article 13 à l'exception des dispositions concernant la relation entre l'employeur et le travailleur et concernant les obligations des autorités communales compétentes ;

– les articles 14, 15, 15bis, 19, 21 [et] 25’.

La sanction prévue à l'alinéa 1^{er} de l'article 187 de la loi du 15 mai 2007 s'applique en cas de ‘refus ou [de] négligence de se conformer aux mesures ordonnées en application de l'article 181, § 1^{er} et 182’. Dès lors qu'il ne lui appartient pas d'étendre ou de limiter le champ d'application de cette disposition, le ministre lui-même semble estimer que les éléments de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 qui sont énumérés dans l'article 26 cité trouvent un fondement juridique (notamment) dans l'article 182 de la

⁸ Projet de loi ‘relatif aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique’, (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 55-1951/001).

⁹ Avis n° 69.253/AG, observation n° 9 ; avis n° 69.305/AG, observation n° 8.

¹⁰ Avis n° 69.253/AG, observation n° 10.4 ; avis n° 69.305/AV, observation n° 9.4.

loi du 15 mai 2007 ¹¹, tandis que les éléments qui ne figurent pas dans cette énumération ne peuvent pas trouver de fondement juridique dans cette disposition légale ».

Interrogé[s] à ce sujet, les déléguées ont déclaré ce qui suit :

« De bepalingen die niet worden gesanctioneerd via artikel 26, vinden hun rechtsgrond in artikel 11 van de wet op het politieambt. Deze bepalingen zijn bovendien vaak gelinkt aan andere wetgeving waarvan de naleving door andere instanties wordt gecontroleerd (zoals wetgeving in verband met welzijn op het werk) of die verwijzen naar andere instanties van de Federale, regionale of lokale overheid. Overigens is de naleving van sommige bepalingen die niet werden hernomen in artikel 26, zeer moeilijk controleerbaar en dus ook weinig sanctioneerbaar op het terrein.

Een duiding:

– artikel 5 tot en met 11 betreffen de voorwaarden waaronder bepaalde handelszaken mogen openen, goederen en diensten kunnen worden geleverd en dergelijke meer. Bij niet naleving van deze regels zal een sanctie conform art. 26 volgen;

– art. 12 betreft een bepaling ten aanzien van de lokale overheid, die niet gesanctioneerd kan worden conform art. 26;

– artikel 13, met uitzondering van de bepalingen die betrekking hebben op de relatie tussen de werkgever en de werknemer, en op de verplichtingen van de bevoegde gemeentelijke overheid;

– artikelen 14, 15, 15bis betreffen verplichtingen in hoofde van de burger, die gesanctioneerd worden conform art. 26;

– artikel 16 betreft een bepaling bestemd voor de lokale overheid;

– artikel 18 bepaalt de modaliteiten waaronder een evenement zoals bepaald in artikel 15 kan worden georganiseerd. Een overtreding van artikel 18 kan op zich niet gesanctioneerd worden, indien artikel 18 niet wordt gerespecteerd zal dit leiden tot een overtreding van artikel 15' » ¹².

7. Sous réserve des éléments susmentionnés et des observations formulées ci-dessous, on peut admettre que les modifications de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 prévues dans le projet peuvent être considérées comme trouvant un fondement juridique dans les dispositions législatives visées aux trois premiers alinéas du préambule du projet. Elles peuvent en effet être considérées comme contenant une réglementation exigeant que les personnes concernées « s'éloigne[nt] des lieux ou régions » ou « interdi[sant] tout déplacement ou mouvement de la population », cette interdiction de lieu ou de déplacement étant souvent assortie de diverses conditions. Il n'y a donc pas lieu d'examiner si les dispositions en cause trouvent un fondement juridique dans d'autres dispositions.

¹¹ Note n° 16 de l'avis cité : L'article 181, § 1^{er}, de la loi du 15 mai 2007 concerne la possibilité pour le ministre de procéder à la réquisition « des personnes et des choses qu'il juge nécessaire ». Le projet actuellement à l'examen ne paraît pas contenir de telles mesures.

¹² Avis n° 69.305/AG, observation n° 9.5.

8.1. L'article 6, § 2, alinéa 1^{er}, 1^o, en projet de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 (article 3 du projet) impose, entre autres, comme condition à l'exercice professionnel des activités horeca, sauf dans le cas des prestations de services à domicile, qu'une « formation appropriée » soit dispensée aux membres du personnel. L'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, en projet (article 5 du projet) et l'article 15, § 4, alinéa 5, 1^o, en projet (article 11 du projet) comportent des dispositions similaires.

Les mêmes dispositions en projet prévoient également l'obligation d'informer les clients, les visiteurs, les participants, le personnel et les tiers « en temps utile et de manière clairement visible » des mesures de prévention mises en place. Une telle obligation peut également être considérée comme une condition relative à une interdiction de lieu ou de déplacement au sens de l'article 182 de la loi du 15 mai 2007 'relative à la sécurité civile'.

Cependant, l'obligation pour les établissements, exploitants et organisateurs concernés de dispenser une formation appropriée à leur personnel dépasse ce cadre et présente un lien insuffisant avec les activités ou les actes concrets qui sont réglementés pour limiter la propagation du coronavirus et n'a pas, en tant que telle, d'incidence directe sur la sécurité civile. Le fait que la formation dispensée puisse avoir un effet bénéfique sur le respect des autres conditions, comme l'ont déclaré les déléguées, ne modifie pas cette constatation.

Les dispositions en projet ne peuvent pas non plus être considérées comme formant une mesure de police sanitaire, de sorte qu'il n'est pas davantage possible d'invoquer l'article 4 de la loi du 31 décembre 1963 'sur la protection civile' et l'article 11 de la loi du 15 août 1992 'sur la fonction de police'. Il ne s'agit pas non plus d'une réquisition, visée à l'article 181 de la loi du 15 mai 2007.

8.2. Dans la mesure où les dispositions en projet peuvent être considérées comme des obligations de l'employeur visant à assurer le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, leur fondement juridique pourrait être puisé dans les articles 4, 5 et 6 de la loi du 4 août 1996 'relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail' mais, comme ces dispositions législatives ne comportent que des délégations au Roi, les dispositions précitées relatives à la formation du personnel ne pourraient alors être admises que si elles figuraient dans un arrêté royal ¹³.

La question se pose en outre de savoir si ces dispositions législatives procurent un fondement juridique suffisant dans tous les cas de figure dès lors que l'article 15, § 4, alinéa 5, 1^o, en projet de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 (article 11 du projet) fait état du terme « membres du personnel » dans un contexte où il n'y a pas nécessairement une relation de travail, comme lors de cérémonies religieuses et de manifestations sportives. En l'absence de dispositions légales pertinentes procurant un fondement juridique pour de telles situations – ce que le Conseil d'État n'est pas en mesure de vérifier dans le temps limité dont il dispose –, ces dispositions ne peuvent être adoptées dans la mesure où elles concernent ces situations.

¹³ Comp. avec l'avis n° 69.305/AG, observations n° 10.1 et 10.2.

9. L'article 15, 2°, 4° et 5° du projet à l'examen entend modifier les obligations relatives au *Passenger Locator Form* (PLF) visées à l'article 21 de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020.

Cet article 21 met en place un traitement de données à caractère personnel, astreint au respect du principe de légalité déduit de l'article 22 de la Constitution. S'agissant de la portée dudit principe, l'assemblée générale de la section de législation a récemment rappelé ce qui suit dans son avis n° 68.936/AG du 7 avril 2021 :

« Conformément à l'article 22 de la Constitution, tout traitement de données à caractère personnel et, plus généralement, toute atteinte au droit à la vie privée, sont soumis au respect d'un principe de légalité formelle ¹⁴.

En réservant au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée, l'article 22 de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucune ingérence dans l'exercice de ce droit ne peut avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue. Une délégation à un autre pouvoir n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, 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 ¹⁵.

Par conséquent, les 'éléments essentiels' des traitements de données à caractère personnel doivent être fixés dans la loi elle-même. À cet égard, la section de législation considère que, quelle que soit la matière concernée, constituent, en principe, des 'éléments essentiels' les éléments suivants : 1°) les catégories de données traitées ; 2°) les catégories de personnes concernées ; 3°) la finalité poursuivie par le traitement ; 4°) les catégories de personnes ayant accès aux données traitées ; et 5°) le délai maximal de conservation des données » ¹⁶.

Dans son avis n° 68.978/VR donné le 16 mars 2021, la section de législation avait déjà souligné que, s'agissant du traitement de données à caractère personnel impliqué par le *Passenger Locator Form*, il n'était pas entièrement satisfait au principe de légalité ainsi défini. Selon l'avis précité,

« [i]l s'imposerait, en conséquence, de remédier à cette lacune en identifiant avec la précision voulue, dans la loi ou, selon le choix de l'autorité fédérale, dans l'accord de coopération auquel l'assentiment est donné, l'ensemble des catégories de données qui seront collectées par le PLF et traitées par la base de données PLF » ¹⁷.

¹⁴ Note de bas de page n° 174 de l'avis cité : Déjà invoqué plus avant, numéros 70 et s.

¹⁵ Note de bas de page n° 175 de l'avis cité : Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle : voir notamment C.C., 18 mars 2010, n° 29/2010, B.16.1 ; C.C., 20 février 2020, n° 27/2020, B.17.

¹⁶ Avis n° 68.936/AG donné le 7 avril 2021 sur l'avant-projet devenu le projet de loi précité 'relatif aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique', pp. 55 e.s (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/68936.pdf>).

¹⁷ Avis n° 68.978/VR donné le 16 mars 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 8 avril 2021 'portant assentiment à l'accord de coopération du 24 mars 2021 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Région wallonne, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune concernant le transfert de données nécessaires aux entités fédérées, aux autorités locales ou aux services de police en vue du respect de l'application de la quarantaine ou du test de dépistage obligatoires des voyageurs en provenance de zones étrangères et soumis à une quarantaine ou à un test de dépistage obligatoires à leur arrivée en Belgique', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/68978.pdf>, observation n° 24.

L'article 7, alinéa 5, de l'accord de coopération du 24 mars 2021 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Région wallonne, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune 'concernant le transfert de données nécessaires aux entités fédérées, aux autorités locales ou aux services de police en vue du respect de l'application de la quarantaine ou du test de dépistage obligatoires des voyageurs en provenance de zones étrangères et soumis à une quarantaine ou à un test de dépistage obligatoires à leur arrivée en Belgique' dispose que

« [l]a base de données PLF dans son ensemble trouve sa base juridique dans l'article 23 de l'International Health Regulations (IHR) de l'OMS ».

L'article 23 du règlement sanitaire international de l'Organisation mondiale de la Santé dispose comme suit :

« Art. 23. 1. Sous réserve des accords internationaux applicables et des articles pertinents du présent Règlement, un État Partie peut, à des fins de santé publique, à l'arrivée ou au départ :

a) s'agissant des voyageurs :

i) les interroger au sujet de leur destination afin de pouvoir les contacter ;

ii) les interroger au sujet de leur itinéraire afin de vérifier s'ils ont séjourné dans une zone affectée ou à proximité, ou sur leurs autres contacts éventuels avec une infection ou une contamination avant leur arrivée, et vérifier les documents sanitaires de ces voyageurs s'ils sont exigés aux termes du présent Règlement ; et/ou

iii) exiger un examen médical non invasif, c'est-à-dire l'examen le moins intrusif possible pour atteindre l'objectif de santé publique ;

b) exiger l'inspection des bagages, cargaisons, conteneurs, moyens de transport, marchandises, colis postaux et restes humains.

2. Sur la base d'éléments attestant l'existence d'un risque pour la santé publique obtenus en appliquant les mesures prévues au paragraphe 1^{er} du présent article ou par d'autres moyens, les États Parties peuvent appliquer des mesures sanitaires supplémentaires conformément au présent Règlement, et en particulier en ce qui concerne un voyageur suspect ou affecté peuvent, au cas par cas, pratiquer l'examen médical le moins intrusif et le moins invasif possible pour atteindre l'objectif de santé publique consistant à prévenir la propagation internationale de maladies.

3. Les voyageurs ne sont soumis à aucun examen médical, aucune vaccination ni aucune mesure sanitaire ou prophylactique en vertu du présent Règlement sans que leur consentement exprès et éclairé, ou celui de leurs parents ou tuteurs, n'ait été obtenu au préalable, excepté en application du paragraphe 2 de l'article 31, et conformément à la législation et aux obligations internationales de l'État Partie.

4. Les voyageurs qui doivent être vaccinés ou à qui une mesure prophylactique doit être proposée en l'application du présent Règlement, ou leurs parents ou tuteurs, sont informés de tout risque associé à la vaccination ou la non-vaccination, et à l'utilisation ou la non-utilisation de la mesure prophylactique conformément à la législation et aux obligations internationales de l'État Partie. Les États Parties informent les médecins de cette obligation conformément à la législation de l'État Partie.

5. Tout examen médical, acte médical, vaccination ou autre mesure de prophylaxie qui comporte un risque de transmission de maladie n'est pratiqué sur un voyageur ou ne lui est administré que conformément aux normes et aux principes de sécurité reconnus aux niveaux national et international, de façon à réduire ce risque au maximum ».

Si cette disposition de droit international permet effectivement aux États d'adopter une réglementation telle que celle organisant le PLF, elle ne peut à l'évidence, à défaut d'assentiment législatif, être qualifiée en droit interne de norme conférant un fondement légal à un arrêté ministériel ¹⁸.

La section de législation ne peut donc que réitérer la conclusion de ses avis précédents ¹⁹ selon laquelle il n'y a actuellement pas de norme de valeur législative définissant les données qui doivent être communiquées via le PLF et qui sont traitées dans le cadre de la base de données PLF, contrairement à ce que requiert le principe de légalité déduit de l'article 22 de la Constitution. Il résulte donc de ce qui précède que les traitements de données à caractère personnel que le projet à l'examen envisage de modifier sont dépourvus de fondement juridique.

À défaut qu'il soit remédié à cette absence de fondement juridique, ces mesures (et leur modification) seront par conséquent omises.

V. COMPÉTENCE

10. Ainsi que l'a récemment rappelé l'assemblée générale de la section de législation dans son avis précité n° 68.936/AG,

« [l]a compétence de lutter contre une situation d'urgence épidémique n'est pas une compétence qui, en tant que telle, est attribuée exclusivement à une seule autorité - fédérale, communautaire ou régionale. Comme le Conseil d'État, section de législation, l'a déjà rappelé antérieurement ²⁰ et encore au cours de l'actuelle pandémie de COVID-19 ²¹, 'chaque autorité est responsable de la lutte contre une crise touchant à la santé publique dans les limites de ses propres compétences matérielles' ²².

¹⁸ La circonstance que le règlement sanitaire international ait été publié au *Moniteur belge* et ait même fait l'objet du Protocole du 5 novembre 2018 conclu entre le Gouvernement fédéral et les autorités visées aux articles 128, 130 et 135 de la Constitution 'établissant les structures génériques pour la gestion sectorielle santé des crises de santé publique et leur mode de fonctionnement pour l'application du Règlement Sanitaire International (2005), et la décision n° 1082/2013/UE relative aux menaces transfrontières graves sur la santé' (*M.B.*, 14 décembre 2018) ne suffit pas à conférer un caractère légal à ce texte.

¹⁹ Voir en dernier lieu l'avis n° 69.324/VR donné le 17 mai 2021 sur un avant-projet d'ordonnance 'portant assentiment de l'accord de coopération entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté germanophone, la Région wallonne et la Commission communautaire commune concernant des traitements particuliers des données à caractère personnel en vue du traçage et de l'examen des clusters et collectivités, en vue de l'application de la quarantaine et du test de dépistage obligatoire et en vue de la surveillance par les inspecteurs sociaux du respect des mesures pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19 sur les lieux de travail'.

²⁰ *Note de bas de page n° 19 de l'avis cité* : Avis C.E. n° 53.932/AG donné le 27 août 2013 sur une proposition devenue la loi spéciale du 6 janvier 2014 'relative à la Sixième Réforme de l'État' (*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2232/1).

²¹ *Note de bas de page n° 20 de l'avis cité* : Avis C.E. n° 67.142/AG du 25 mars 2020, précité, observation 6.

²² *Note de bas de page n° 21 de l'avis cité* : Avis C.E. n° 53.932/AG, précité ; Voir également avis C.E. n° 53.018/VR du 13 mai 2013 sur un projet d'arrêté royal 'relatif au contrôle sanitaire du trafic international', observation 9 ; avis C.E. n° 66.387/1/V donné le 29 août 2019 sur un projet devenu l'arrêté royal du

[...]

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

- politique de la santé ;
- maintien de l'ordre public, plus particulièrement le maintien de la salubrité publique (police sanitaire) ;
- protection civile et de sécurité civile ;
- contrôle des frontières extérieures ;
- mesures sanitaires dans le cadre d'autres compétences fédérales [...] » ²³.

En l'espèce, la plupart des mesures d'assouplissement du projet à l'examen se situent dans le champ d'application des compétences fédérales en matière de police sanitaire, de protection civile et/ou de sécurité civile.

À cet égard, l'assemblée générale de la section de législation a précisé ce qui suit dans le même avis n° 68.936/AG :

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

33. Tout d'abord, dans l'exercice de ses compétences, l'autorité fédérale doit toujours respecter le principe de proportionnalité. Ce principe général, corollaire de la loyauté fédérale ²⁴ prescrite par l'article 143, § 1^{er}, de la Constitution, est d'autant plus important en cette matière que les compétences fédérales concernant le maintien de l'ordre public (police sanitaire), la protection civile et la sécurité civile sont à ce point étendues que, par nature, elles sont susceptibles d'avoir une incidence significative dans des domaines relevant de la compétence d'autres autorités. L'exercice justifié de ces

11 décembre 2019 'fixant les modalités de manipulation et stockage des poliovirus de type 2', observation 7.5 ; C.C., 15 février 2009, n° 2/2009, B.5.2.

²³ Avis n° 68.936/AG, observations n°s 10 et 11.

²⁴ *Note de bas de page n° 74 de l'avis cité* : Le principe de loyauté fédérale implique pour chaque autorité l'obligation, lors de l'exercice des compétences propres, de ne pas perturber l'équilibre de la construction fédérale dans son ensemble et de ne pas léser les intérêts des autres entités. La loyauté fédérale concerne plus que le simple exercice des compétences : elle indique dans quel esprit il doit avoir lieu (C.C., 18 mars 2021, n° 47/2021, B. 11 ; voir également J. VANPRAET, « De algemene beginselen van de bevoegdheidsverdeling », dans B. SEUTIN et G. VAN HAEGENDOREN (éds.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Bruges, die Keure, 2017, p. 53, n° 75).

compétences, conformément au principe de proportionnalité, suppose que la décision de l'autorité fédérale soit précédée d'une mise en balance minutieuse, basée sur des connaissances scientifiques, entre les résultats raisonnablement escomptés de la mesure envisagée dans le cadre de la lutte contre une situation d'urgence épidémique, d'une part, et leur incidence dans les domaines politiques ressortissant aux communautés et régions, d'autre part. Il apparaît au Conseil d'État que la portée que la doctrine concernant les conditions de limitation des droits fondamentaux attribue au principe de proportionnalité est également applicable mutatis mutandis en l'espèce. Le principe implique qu'il incombe à l'autorité d'établir, en fonction de la nature des faits sur lesquels elle se fonde, de leur gravité et des circonstances de la cause, que la mesure qu'elle envisage de prendre est nécessaire, adéquate et proportionnée: à cet égard, il importe tout particulièrement de s'assurer que les faits et les circonstances de la cause présentent avec les troubles à l'ordre public que tend à prévenir la mesure de police envisagée un rapport suffisamment direct et étroit pour pouvoir justifier celle-ci ^{25,26}.

34. Une deuxième condition requiert que l'autorité fédérale, qui envisage de prendre une mesure ayant une incidence directe dans des domaines relevant de la compétence matérielle des entités fédérées, consulte préalablement ces autres autorités ²⁷. Bien qu'une telle concertation ne puisse impliquer un abandon ou un transfert de compétences, il est indispensable de pouvoir évaluer correctement les incidences des mesures prises dans les domaines politiques relevant de la sphère de compétence des communautés et des régions et ainsi, de se faire une idée précise du caractère proportionné ou non des mesures prises. Une telle concertation est une condition impérative pour que ces mesures puissent se concilier avec le principe de proportionnalité.

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

Il peut toutefois se produire que, dans des circonstances établissant l'urgence ²⁸, cette concertation ne puisse être accomplie, sous peine de nuire à l'efficacité des mesures à prendre. Il appartient alors à l'autorité fédérale, lorsque tel est le cas, de se justifier quant à l'impossibilité de procéder à cette concertation et, ensuite, d'y procéder à nouveau dès que les circonstances s'y prêtent.

²⁵ *Note de bas de page n° 75 de l'avis cité* : Note de bas de page n° 4 du texte cité : La jurisprudence est constante et abondante en ce sens, en particulier à propos de mesures de police administrative générale prises par les autorités communales : voir par exemple C.E., 21 avril 2006, n° 157.849, S.P.R.L. « La Démarche » ; 23 avril 2010, n° 203.235, S.C. Trocadero ; 24 mars 2017, n° 237.779, Amilcar et consorts.

²⁶ *Note de bas de page n° 76 de l'avis cité* : Avis C.E. n° 63.791/2/V donné le 6 août 2018 sur un avant-projet de loi 'relatif à l'approche administrative communale', obs. gén. 1, b).

²⁷ *Note de bas de page n° 77 de l'avis cité* : Voir C.C., 18 mars 2021, n° 47/2021, B.15 : « B.15. Comme il est dit en B.11, le principe de la loyauté fédérale oblige chaque législateur à veiller à ce que l'exercice de sa propre compétence ne rende pas impossible ou exagérément difficile l'exercice de leurs compétences par les autres législateurs. Lorsqu'un législateur entend régler une matière qui est à ce point imbriquée dans la matière qui relève de la compétence d'un autre législateur, il ne peut exercer sa compétence qu'après avoir préalablement consulté cet autre législateur ». Voir également CC, 21 décembre 2017, n° 145/2017, B. 60.2.

²⁸ *Note de bas de page n° 78 de l'avis cité* : Il est renvoyé aux observations formulées plus bas (nos 66 et 67) quant aux cas dans lesquels des situations d'urgence pourraient se présenter nécessitant la prise très rapide de mesures visant à lutter contre une situation d'urgence épidémique, telles que celles qui sont envisagées par l'avant-projet.

35. Enfin, une troisième condition requiert que l'autorité fédérale veille à se limiter strictement aux matières qui peuvent s'inscrire dans ses compétences en matière de police sanitaire, de protection civile ou de sécurité civile et, ce faisant, n'exerce pas purement et simplement les compétences matérielles d'une autre autorité. Il ne revient pas à l'autorité fédérale, dans le cadre de la lutte contre une situation d'urgence épidémique, de prendre des mesures, dépourvues de dimension sanitaire, sur le fondement de ses compétences en matière de police administrative, de protection civile et/ou de sécurité civile. Ainsi, l'autorité fédérale peut, par exemple, imposer le port du masque buccal et la distanciation sociale dans les écoles et les musées, pour autant qu'il s'agisse d'une mesure proportionnée et nécessaire (numéro 33), et – dans des circonstances extrêmes – même décider de fermer ces établissements ²⁹. Dans ce cadre, elle ne peut toutefois pas imposer aux communautés des règles alternatives en matière d'enseignement et d'activités culturelles, comme par exemple l'obligation de proposer un enseignement à distance ou des visites de musées en ligne ou – inversement – les exclure. En effet, pareilles mesures ne peuvent être considérées comme des mesures sanitaires » ³⁰.

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

– s'agissant de l'exigence de proportionnalité matérielle, il ressort du préambule du projet à l'examen que celui-ci a été précédé d'une analyse des données scientifiques récentes ³¹ ;

– quant à l'exigence de concertation, celle-ci a été respectée dès lors qu'il ressort du dossier soumis au Conseil d'État qu'une concertation a été organisée au sein du comité de concertation en date du 11 mai 2021 ;

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

S'agissant plus précisément de la limitation du niveau sonore prévue à l'article 3 du projet (article 6, § 2, 14°, en projet), il est renvoyé à l'avis précité n° 69.305/AG ³².

Les autres mesures que le projet tend à modifier se situent en outre dans le champ d'application d'autres compétences matérielles revenant à l'autorité fédérale, comme celles en matière de contrôle des frontières extérieures ³³.

²⁹ *Note de bas de page n° 79 de l'avis cité* : Dans l'avis C.E. n° 67.142/AG précité donné le 25 mars 2020, l'assemblée générale de la section de législation a déjà observé qu'en vertu des pouvoirs spéciaux qui lui sont conférés, le Roi était compétent pour procéder aux « fermetures d'écoles ou d'universités ».

³⁰ Avis n° 68.936/AG, observations n°s 32 à 35.

³¹ Voir les alinéas 32 et suivants du préambule du projet à l'examen.

³² Avis n° 69.305/AG précité, observation n° 12.2.

³³ Voir l'article 21 de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 'portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19', que l'article 15 du projet à l'examen entend prolonger jusqu'au 31 mai 2021 inclus. Dans son avis n° 68.936/AG précité, l'assemblée générale de la section de législation a rappelé à ce sujet que la compétence de l'autorité fédérale en matière de contrôle des frontières extérieures « implique qu'elle peut refuser l'accès au territoire et la sortie de celui-ci en raison de la présence ou de la menace de maladies contagieuses, qu'elle peut interdire les voyages non essentiels vers et en provenance de l'étranger, et qu'elle peut également imposer des conditions concernant cette entrée sur le territoire, comme l'obligation de remplir le Formulaire de localisation du Passager (*Passenger Locator Form* = PLF) [...] avant le voyage en Belgique et de

VI. FORMALITÉS

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

En particulier, en ce qui concerne les formalités, les observations suivantes peuvent être formulées.

12. Sous réserve de ce qui a été observé au point 9, l'article 15, 2°, 4° et 5°, du projet apporte à l'article 21 de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, plus précisément au régime du *Passenger Locator Form*, diverses modifications concernant le traitement de données à caractère personnel.

L'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)', combiné avec l'article 57, paragraphe 1, c), le considérant 96 de ce règlement, ainsi qu'avec l'article 2, alinéa 2, de la loi du 30 juillet 2018 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', prévoit une obligation de consulter l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des données visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données', dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement.

L'avis de l'Autorité de protection des données doit donc encore être recueilli avant que le projet puisse se concrétiser.

l'avoir sur soi pendant le voyage en Belgique [...] ». Il ressort également des avis 68.977/VR, 68.978/VR, 68.983/VR, 68.989/VR et 69.000/VR précités que les compétences de l'autorité fédérale évoquées ci-dessus 'ne sont pas à ce point étendues qu'elle pourrait également, lors du règlement de l'accès au territoire, imposer des conditions en matière d'isolement ou de quarantaine de personnes potentiellement infectées ou en matière de tests de dépistage de ces personnes. Ce sont en effet les communautés qui sont compétentes pour le dépistage des maladies infectieuses et la lutte contre celles-ci, comme le COVID-19, en tant que composante de leurs compétences en matière de médecine préventive. Sur la base de cette compétence, les communautés ont récemment adopté, notamment, un certain nombre de nouvelles réglementations ou adapté des réglementations existantes en matière de traçage des contacts dans la lutte contre la pandémie du COVID-19 et en matière de tests et de mise en quarantaine obligatoires de personnes (potentiellement) infectées' ». De même que l'obligation de remplir le PLF, l'obligation prévue à l'article 21, § 7, de disposer d'un résultat de test négatif effectué au plus tôt 72 heures avant le départ vers le territoire belge en cas de provenance d'un territoire classé zone rouge nous paraissent pouvoir être analysée comme une condition d'entrée sur le territoire relevant de la compétence de l'autorité fédérale (l'article 21, § 7, précise bien à cet égard qu'à défaut d'un tel résultat de test négatif, le transporteur est tenu de refuser l'embarquement). Les modifications apportées par l'article 15, 3° à 5°, à cette obligation de disposer d'un résultat de test négatif nous paraissent donc par conséquent relever de la compétence de l'autorité fédérale.

13. L'article 6, § 2, alinéa 1^{er}, 11^o, en projet de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 (article 3 du projet) énonce la condition selon laquelle les membres du personnel portent « un masque chirurgical marqué CE ». Les articles 6, § 2, alinéa 3 (article 3 du projet), et 8, § 1^{er}, alinéa 3 (article 5 du projet), en projet imposent « l'utilisation d'un appareil de mesure de la qualité de l'air (CO₂) marqué CE ».

Les déléguées ont déclaré que tant la condition du marquage CE des masques buccaux que le fait qu'il doit s'agir de masques chirurgicaux seront supprimés.

Les exigences relatives au marquage CE des appareils de mesure de la qualité de l'air paraissent devoir être considérées comme une règle technique au sens de l'article premier, paragraphe 1, f), de la directive (UE) n° 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 'prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information'. En effet, l'obligation d'utiliser des appareils marqués CE implique l'interdiction d'utiliser d'autres produits régulièrement mis sur le marché, qui ne sont pas munis de ce marquage.

Le délai d'attente de trois mois (au moins) avant que l'arrêté en projet puisse être pris, prévu par l'article 6, paragraphe 1, de la directive, ne s'applique toutefois pas, conformément au paragraphe 7 de cet article, lorsque, pour des raisons urgentes tenant à une situation grave et imprévisible qui a trait à la protection (notamment) de la santé des personnes, un État membre doit élaborer à très bref délai des règles techniques pour les arrêter et les mettre en vigueur aussitôt, sans qu'une consultation soit possible. Dans ce cas, la communication à la Commission est toujours requise ; la communication doit mentionner le motif qui justifie l'urgence. La Commission se prononce ensuite sur la communication dans les plus brefs délais. Lors de la notification à la Commission européenne, l'urgence de son adoption doit par conséquent être exposée pour justifier le non-respect du délai d'attente prescrit.

14. Si l'accomplissement des formalités susmentionnées devait encore donner lieu à des modifications³⁴ du texte soumis au Conseil d'État, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément au prescrit de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État'.

VII. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. Limitation des droits fondamentaux – proportionnalité et égalité

15. Ainsi que l'a rappelé l'assemblée générale de la section de législation dans son avis précité n° 69.253/AG,

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

« Les parties requérantes ne contestent pas que l'arrêté ministériel attaqué poursuit un objectif de santé publique et qu'il s'agit là d'un objectif légitime. Ainsi que le relève le

³⁴ À savoir d'autres modifications que celles dont fait état le présent avis ou des modifications visant à répondre aux observations formulées dans le présent avis.

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

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

[...]

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

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

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

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

16. La même observation générale ³⁵ peut être réitérée, *mutatis mutandis*, dans le cadre du projet à l'examen. Sous l'angle des principes d'égalité et de non-discrimination garantis par les articles 10 et 11 de la Constitution, l'auteur du projet devra donc être en mesure non seulement de justifier les différences de traitement que celui-ci réalise entre des situations comparables mais aussi, et le cas échéant, de justifier que celui-ci traite de manière identique des situations qui, pourtant, ne seraient pas comparables ³⁶.

17.1. Sans exhaustivité, diverses différences de traitement peuvent ainsi être mises en lumière, que l'auteur du projet doit être en mesure de justifier.

17.2. Il ressort tout d'abord de l'article 6, § 2, en projet (article 3 du projet) que les établissements relevant du secteur horeca peuvent organiser des réceptions ou des banquets pour un maximum de 50 clients – voire davantage s'il s'agit de réceptions ou de banquets organisés sur une terrasse ouverte (article 6, § 2, alinéa 4, en projet) – à la condition toutefois que soient respectées les conditions visées par l'article 6, § 2, alinéa 1^{er}, en projet. Ces conditions ne sont cependant pas imposées, mais simplement recommandées, s'il s'agit de *prestations de service à domicile*.

Ainsi que l'explicite le préambule,

« des réceptions et banquets peuvent par exemple également avoir lieu à nouveau ; que, lorsque des activités horeca professionnelles sont exercées, des règles spécifiques doivent être respectées, sauf en cas de prestations de services à domicile ; [...] le respect de ces règles est vivement recommandé dans les autres cas ».

³⁵ Voir également l'avis n° 69.305/AG précité.

³⁶ Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, « [le principe d'égalité et de non-discrimination] n'exclut pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. Le même principe s'oppose, en outre, à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure concernée, sont essentiellement différentes » (jurisprudence constante, not. C.C., 14 décembre 2016, n° 163/2016).

Lorsque le banquet ou la réception a lieu à domicile – avec l'intervention ou non d'un établissement du secteur horeca –, les seules conditions applicables sont celles que formule l'article 15, § 7, en projet (article 11 du projet) : le banquet ou la réception doit réunir un maximum de 50 personnes, se dérouler à l'extérieur et se terminer à 23h30 au plus tard.

Ainsi compris, le projet à l'examen réalise entre autres une différence de traitement au sein des prestations de services (banquet et réception) fournies par un établissement du secteur horeca, selon qu'elles ont lieu ou non à domicile.

Invitées à fournir une justification pertinente pour la différence de traitement ainsi réalisée, les déléguées ont répondu que,

« [b]ij het uitwerken van de maatregelen hebben we getracht een helder en consistent geheel van maatregelen uit te werken, rekening houdend met de epidemiologische situatie, zonder de haalbaarheid en opvolging hiervan uit het oog te verliezen ».

La réponse des déléguées ne permet toutefois pas de comprendre les motifs pour lesquels les règles à respecter sont, dans leur intégralité, uniquement obligatoires dans le cadre d'activités horeca professionnelles prestées ailleurs qu'à domicile, les services fournis (à savoir l'organisation de banquets et de réceptions) étant pourtant *a priori* comparables dans les deux cas.

L'auteur du projet doit être en mesure de démontrer de manière plus convaincante que, pour chacune des conditions applicables, cette différence de traitement est raisonnablement justifiée.

17.3. L'article 8, § 1^{er}, alinéa 3, en projet (article 5 du projet) oblige les centres de *fitness* à installer et utiliser un appareil spécifique de mesure de qualité de l'air.

Cette obligation s'applique également au secteur horeca, conformément à l'article 6, § 2, alinéa 3, en projet (article 3 du projet).

Elle n'est toutefois pas applicable aux autres établissements de sport « *indoor* », ni aux établissements relevant des secteurs culturel, festif, récréatif et événementiel.

Invitées à fournir une justification pertinente pour la différence de traitement ainsi réalisée, les déléguées ont répondu ce qui suit :

« Voor wat betreft de fitness geldt dat dit een activiteit betreft waarbij heel veel aerosolen zich verspreiden gezien de aard van de activiteit (die zonder mondmasker doorgang vindt). In de horeca geldt dat de aanwezigen veel praten, eten en drinken (zonder mondmasker) waardoor zich eveneens veel aerosolen zich kunnen verspreiden, zeker gezien daarbij ook alcohol kan worden geconsumeerd.

Voor wat betreft bv. de inrichtingen van de cultuursector geldt dat het mondmasker moet gebruikt worden (behalve bij eten of drinken), waardoor de problematiek van de verspreiding van de aerosolen zich daar veel minder stelt ».

Les déléguées ne précisent toutefois pas dans leur réponse les motifs pour lesquels les mesures prévues ne s'appliquent qu'aux seuls centres de *fitness*, et non à d'autres salles de sport « indoor » qui pourraient être considérées comme se trouvant dans une situation à tout le moins comparable. De la même manière, hormis la réponse apportée concernant le secteur culturel, les déléguées ne précisent pas non plus les motifs pour lesquels les mesures prévues ne s'appliquent qu'au seul secteur de l'horeca, et non à d'autres secteurs festifs, récréatifs et événementiels qui pourraient être considérés comme se trouvant dans une situation à tout le moins comparable.

L'auteur du projet doit être en mesure de démontrer de manière plus convaincante que cette différence de traitement est raisonnablement justifiée.

17.4.1. L'article 15, § 3, en projet (article 11 du projet) dispose comme suit :

« § 3. Les compétitions sportives professionnelles et les entraînements sportifs professionnels peuvent avoir lieu sans limitation du nombre de participants.

Un maximum de 50 personnes à l'intérieur ou de 100 personnes à l'extérieur peut participer à des compétitions sportives non professionnelles et à des entraînements sportifs non professionnels.

Par dérogation à l'alinéa 2, les compétitions sportives non professionnelles des sports de combat sont interdites ».

17.4.2. Il en ressort tout d'abord qu'aucune limitation du nombre de participants ne s'applique aux compétitions et entraînements sportifs professionnels, tandis que ce nombre est restreint pour les compétitions et entraînements sportifs non professionnels.

Invitées à fournir une justification pertinente pour la différence de traitement ainsi réalisée, les déléguées ont répondu que

« [e]r worden graduele versoepelingen ingevoerd waarbij het opportuun is om in eerste instantie meer toe te laten voor professionele sporters ».

La réponse des déléguées ne permet toutefois pas de comprendre, au regard de l'objectif sanitaire, les motifs justifiant la différence de traitement opérée.

L'auteur du projet devra par conséquent être en mesure de démontrer que cette différence de traitement est raisonnablement justifiée.

17.4.3. Il apparaît ensuite que, contrairement aux autres disciplines sportives, les compétitions sportives non professionnelles des sports de combat sont interdites.

Invitées à fournir une justification pertinente pour la différence de traitement ainsi réalisée, les déléguées ont répondu ce qui suit :

« Gevechtssporten zijn bij uitstek sporten waarbij er zeer intens fysiek contact is, hetgeen nog steeds een hoge mate van besmettingsgevaar inhoudt. Naarmate een hogere graad van vaccinatie bereikt zal worden, zal de uitzondering verdwijnen. Er is een onderscheid met de professionele beoefening van gevechtssporten, omdat professionele sporters aan een zeer uitgebreid en intensief testschema onderworpen worden, zowel voor als na de wedstrijden. Niet-professionele sporten kennen dergelijk schema niet. Daarnaast

worden niet-professionele trainingen voor gevechtssporten inderdaad toegelaten, omdat een training zich binnen dezelfde sportvereniging afspeelt en dus binnen dezelfde groep van sporters. Dit in tegenstelling met wedstrijden, waar sporters die tot verschillende clubs behoren, zich met elkaar vermengen, hetgeen een duidelijk groter risico op (ongecontroleerde) verspreiding van besmetting inhoudt, gezien de clubs die met elkaar in competitie treden vaak ook nog geografisch niet tot eenzelfde regio behoren ».

Les déléguées ne précisent toutefois pas dans leur réponse les motifs pour lesquels l'interdiction prévue ne s'applique qu'aux seuls sports de combat, et non à d'autres disciplines sportives impliquant également des contacts physiques intenses (le rugby ou le football américain par exemple) qui pourraient être considérées comme se trouvant dans une situation à tout le moins comparable.

L'auteur du projet devra par conséquent être en mesure de démontrer que cette différence de traitement est raisonnablement justifiée.

17.5. L'article 15, § 4, alinéa 5, 8° et 9°, en projet (article 11 du projet) entend interdire « les contacts physiques entre personnes » (sauf entre les membres d'un même ménage), ainsi que « les contacts physiques d'objets par plusieurs personnes » pendant les activités visées au paragraphe 4.

Une telle interdiction n'est toutefois pas prévue pour les autres activités visées à l'article 15, ni aux autres articles du projet à l'examen.

Invitées à fournir une justification pertinente pour la différence de traitement ainsi réalisée, les déléguées ont répondu ce qui suit :

« Het verbod van het aanraken van voorwerpen kan worden verantwoord vanuit epidemiologisch standpunt, waarbij het niet aangewezen is dat een voorwerp (bv. een kruis) door alle deelnemers aan een eredienst zou worden aangeraakt.

Het verbod op fysieke aanrakingen tussen personen zoals thans ontworpen, zou bijkomend kunnen worden genuanceerd door een verwijzing op te nemen naar de groepen van 4, waarbij dan geldt dat een groep van 4 tijdens een eredienst onderling niet de afstand hoeft te houden ».

S'agissant de l'interdiction de contacts physiques d'objets par plusieurs personnes, si la réponse des déléguées justifie la mesure d'un point de vue épidémiologique, celle-ci ne précise toutefois pas les motifs pour lesquels celle-ci ne s'applique qu'aux seules activités visées au paragraphe 4 de l'article 15.

L'auteur du projet devra par conséquent être en mesure de démontrer que cette différence de traitement est raisonnablement justifiée.

S'agissant de l'interdiction de contacts physiques, la disposition sera revue dans le sens proposé par les déléguées.

17.6. Enfin, diverses dispositions du projet à l'examen fixent à des valeurs différentes le nombre maximal de personnes qui peuvent prendre part aux activités qu'elles visent. Ainsi en va-t-il par exemple des manifestations sur la voie publique, où le nombre maximal est fixé à 100 personnes (article 15, § 1^{er}, en projet), alors que des activités du culte réalisées à l'extérieur peuvent réunir jusqu'à 200 personnes (article 15, § 4, alinéa 3, en projet), et qu'il est prévu, dans l'article 15, § 5, alinéa 2, que jusqu'à 400 personnes peuvent assister à des événements, des représentations culturelles ou autres, des congrès, ou encore des compétitions ou des entraînement sportifs, lorsqu'ils ont lieu à l'extérieur.

L'auteur du projet doit être en mesure de démontrer soit que ces situations ne sont en réalité pas comparables, soit, lorsqu'elles sont effectivement comparables, que la différence de traitement réalisée entre elles est raisonnablement justifiée.

B. Exceptions relatives à « la nature de l'activité »

18. À plusieurs reprises³⁷, le projet à l'examen entend permettre de déroger à certaines règles sanitaires (respect du port du masque, respect des règles de distanciation sociale et respect de la formation de groupes de quatre personnes au maximum) lorsque le respect de ces règles s'avère « impossible en raison de la nature de l'activité ».

Interrogées à cet égard, les déléguées ont fourni les exemples suivants :

« 'De aard van de activiteit' wil zeggen dat het niet nodig is om de afstand van 1,5 meter te respecteren of om een mondmasker te dragen indien dit het onmogelijk of bijzonder moeilijk maakt om de activiteit uit te oefenen.

Dit heeft betrekking op bijvoorbeeld een zanger of zangeres die tijdens een optreden mag zingen zonder mondmasker of een zwemmer die tijdens het zwemmen geen mondmasker moet dragen.

Dit geldt bijvoorbeeld ook voor voetballers die tijdens het spelen van een wedstrijd de afstand van 1,5 meter niet kunnen respecteren. (...)

Er kan van het maximum aantal van 4 personen worden afgeweken wanneer er bijvoorbeeld een zaaltje wordt gehuurd om een voetbalmatch te spelen of een scoutsactiviteit te doen. In deze gevallen is het niet de bedoeling dat men groepjes van 4 moet vormen. (...)

Men mag afwijken van het maximum aantal van 4 personen indien dit onmogelijk is omwille van de aard van de activiteit. 'Tenzij dit onmogelijk is omwille van de aard van de activiteit' laat ruimte voor afwijkingen. Bij een scoutskamp zal dit inderdaad niet mogelijk zijn, maar bv. bij een gegidste wandeling door de stad wel ».

Cantonnés à ce qui précède, les exemples cités par les déléguées ne permettent pas encore de circonscrire avec suffisamment de précision la portée de la notion de « nature de l'activité ».

³⁷ Article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, et alinéa 2, en projet (article 5 du projet) ; article 14, § 3, en projet (article 10 du projet) ; article 23, § 2, sixième tiret, en projet (article 16 du projet) ; article 25, alinéa 5, en projet (article 17 du projet).

Compte tenu de ce qu'elle conditionne l'application de dérogations aux règles sanitaires et que des sanctions sont susceptibles d'être infligées en cas de non-respect de cette notion, il s'indique de définir plus clairement les hypothèses visées par la dérogation.

Il se recommande en tout cas que des exemples, dont la liste sera davantage étoffée en fonction des activités concernées, soient présentés dans le préambule de manière à ce que soient évitées, tant que faire se peut, les discussions sur la question de savoir s'il peut être dérogé à telle ou telle condition en raison de l'impossibilité prétendue d'y satisfaire vu « la nature de l'activité en cause ».

C. La notion de « distanciation sociale »

19. Plusieurs dispositions du projet font usage de la notion de « distanciation sociale »³⁸ sans que celle-ci soit définie, alors que des effets juridiques, en ce compris certaines des conditions d'application du dispositif répressif de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, telles qu'elles seraient modifiées par le projet, y sont attachés. Aucune définition n'apparaît ni dans l'arrêté modifié, qui utilise déjà cette notion, ni dans le projet³⁹.

Même si certaines de ces dispositions précisent que cette notion s'entend comme visant « en particulier le maintien d'une distance de 1,5 mètre » entre les personnes ou les groupes concernés⁴⁰, il ne résulte pas clairement de pareil dispositif, tel qu'il est ainsi rédigé, que la notion de « distanciation sociale » se définit exclusivement par ce dernier critère. L'incertitude naît de ce que celui-ci n'est pas systématiquement rappelé et que ce n'est qu'« en particulier » (« in het bijzonder » dans la version néerlandaise) qu'il y est fait référence, ce qui laisse entendre qu'éventuellement d'autres critères pourraient caractériser la notion de « distanciation sociale », alors que l'usage d'une expression telle que par exemple « à savoir » dissiperait ce doute.

Il y a lieu de compléter le projet par une disposition complétant l'article 1^{er} de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 par une définition de la notion de « distanciation sociale ». En fonction de la définition qui sera ainsi insérée dans l'arrêté ministériel, l'auteur du projet examinera s'il convient en conséquence d'adapter les passages des dispositions en projet où la notion de « distanciation sociale » est complétée par une référence, devenue alors éventuellement inutile, au critère de la distance d'1,5 mètres entre les personnes ou les groupes concernés et d'adapter également les passages analogues du texte actuel, non modifié par le projet, de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020.

³⁸ Article 6, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o, en projet (article 3 du projet), article 5, § 1^{er}, alinéa 2, 3^o et 4^o, en projet (article 5 du projet) et article 15, §§ 1^{er} et 4, alinéa 5, 4^o, en projet (article 11 du projet).

³⁹ Il est également renvoyé à l'observation n° 34.

⁴⁰ Article 13, alinéa 3, en projet (article 9 du projet) et article 15, § 2, alinéa 2, 3^o, en projet (article 11 du projet).

D. Références aux protocoles, guides, déclarations et instructions

20.1. Les articles 6, § 2, alinéa 1^{er}, phrase liminaire, en projet (article 3 du projet), 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, phrase liminaire, en projet (article 5 du projet), 15, § 2, alinéa 2, phrase liminaire, en projet (article 11 du projet) et 15, § 4, alinéa 5, phrase liminaire, en projet (article 11 du projet), font mention de règles qui doivent être respectées « sans préjudice des protocoles applicables ». L'article 15, § 4, alinéa 3, 2^o, et § 5, alinéas 1^{er} et 2, en projet (article 11 du projet) dispose que « le protocole applicable » doit être respecté.

Interrogées quant à la portée juridique de ces protocoles, les déléguées ont fourni la réponse suivante :

« De protocollen en gidsen vormen een indicatief beoordelingskader. De protocollen en gidsen kunnen enkel verordenende maatregelen, zoals bepaald in het MB, concretiseren, maar zijn zelf niet verordenend. Iemand kan dus enkel worden gesanctioneerd indien de maatregelen die liggen vervat in het MB niet worden gerespecteerd. (...) Artikel 29 van het huidige ministerieel besluit bepaalt dat bepalingen van een protocol of gids die minder strikt zijn dan de regels van het ministerieel besluit buiten toepassing worden gelaten ».

20.2. De telles références à des protocoles figurent déjà en plusieurs endroits de l'actuel texte de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020. Dans son avis n° 69.253/AG, l'assemblée générale de la section de législation a déjà formulé l'observation suivante concernant la portée juridique des protocoles :

« 20.2. [...] Même si le délégué dénie toute portée réglementaire aux protocoles, il s'avère que ceux-ci peuvent bel et bien 'concrétiser' des dispositions réglementaires. En outre, on n'aperçoit pas pour quel motif l'article 29, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 devrait écarter l'application de dispositions de protocoles (ou de guides) si celles-ci ne sont pas abstraites et globalement contraignantes. C'est surtout la possibilité, prévue à l'article 29, alinéa 2, en projet, de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 de déroger au moyen de protocoles aux dispositions de l'arrêté ministériel pour des expériences et projets pilotes, qui démontre qu'une portée réglementaire émane néanmoins de ces protocoles. Ailleurs également, le délégué a fait la déclaration suivante : 'De Economische Inspectie controleert [...] op de naleving van maatregelen voortvloeiende uit het MB (en desgevallend op geconcretiseerde maatregelen voortvloeiende uit de sectorprotocollen)'. Enfin, il convient aussi d'observer que les exceptions à l'interdiction d'effectuer certaines prestations de services, contenues à l'article 8, § 4, alinéa 1^{er}, 2^o, 3^o et 4^o, et alinéa 2, 2^o, en projet (article 2 du projet), sont accompagnées d'une référence au « respect des modalités prévues par le protocole applicable » et que la définition même de la notion de « protocole » figurant à l'article 1^{er}, 3^o, de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 fait mention de 'règles à appliquer'.

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

Cette observation, qui a été réitérée par l'assemblée générale dans l'avis n° 69.305/AG ⁴¹, s'applique également aux dispositions actuellement en projet. Il ne suffit d'ailleurs pas, comme le soutiennent les déléguées, que la méconnaissance de ces protocoles ne puisse pas donner lieu à des sanctions pénales pour qu'ils aient effectivement un caractère non réglementaire. L'article 29 de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, qui prévoit que les dispositions d'un protocole ou d'un guide moins strictes que les règles de cet arrêté ne sont pas d'application, ne suffit pas non plus pour pouvoir conclure qu'ils ne sont pas réglementaires. De plus, plusieurs des dispositions actuellement en projet impliquent même que ces protocoles ont une force obligatoire propre indépendamment de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, à défaut de quoi l'usage des termes « sans préjudice de » n'aurait aucun sens.

Le Conseil d'État doit dès lors constater que l'ambivalence qu'il a critiquée n'a pas encore été supprimée, bien au contraire.

20.3. Ces observations valent également pour le « Guide pour l'ouverture des commerces » ⁴² dont il est fait mention à l'article 13, alinéa 3, en projet (article 9 du projet), ainsi qu'à la « capacité CIRM » dont il est question à l'article 15, § 5, alinéa 1^{er}, en projet (article 11 du projet - voir à ce sujet aussi l'observation n° 40).

21.1. Selon l'article 2, § 1^{er} bis, en projet (article 1^{er}, 2°, du projet),

« les entreprises, associations et services peuvent, pour les personnes occupées auprès de l'entreprise, quelle que soit la nature de leur relation de travail, pour lesquels le télétravail à domicile est obligatoire, planifier des moments de retour sur base volontaire, dans le respect des règles visées au paragraphe 2 et dans les conditions strictes qui sont énumérées dans la déclaration du 7 mai 2021 des partenaires sociaux du Conseil Supérieur pour la Prévention et la Protection au Travail et du Conseil national du Travail [concernant les moments de retour des télétravailleurs] ».

Interrogées sur la valeur juridique de cette déclaration du 7 mai 2021, les déléguées ont précisé qu'il s'agit d'une déclaration de tous les partenaires sociaux au sein du Conseil supérieur pour la Prévention et la Protection au Travail et du Conseil national du Travail ⁴³, dont le « fondement juridique » tiendrait en l'insertion d'une référence à celle-ci dans l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020.

21.2. Pareille déclaration ne peut toutefois pas acquérir de force juridique obligatoire par la simple référence (même statique) à celle-ci dans une règle de droit, ne serait-ce que parce que son texte n'a pas été publié conformément au principe général du droit consacré à l'article 190 de la Constitution.

⁴¹ Avis n° 69.305/AG, observations n°s 21 et 22.

⁴² Les déléguées ont fourni la version suivante - plus récente - de ce guide :

– FR: <https://economie.fgov.be/sites/default/files/Files/Publications/files/coronavirus-guide-ouverture-commerces.pdf> ;

– NL: <https://economie.fgov.be/sites/default/files/Files/Publications/files/coronavirus-gids-opening-handel.pdf>.

⁴³ <https://emploi.belgique.be/fr/actualites/declaration-des-partenaires-sociaux-du-conseil-superieur-pour-la-prevention-et-la>

En outre, la déclaration concernée n'a pas été formulée comme une règle de droit, ainsi qu'il ressort notamment du passage indiquant que « [l]es partenaires sociaux demandent aux autorités compétentes de tenir compte de cette déclaration lorsqu'elles décideront d'autoriser des moments de retour pour ces travailleurs soumis au télétravail obligatoire ». En outre, la déclaration du 7 mai 2021 se réfère quant à elle à des documents tels que le « guide générique, complétées le cas échéant par les mesures du guide sectoriel ».

L'auteur du projet devra dès lors insérer dans le projet même les conditions qu'il envisage pour le moment de retour, plutôt que de se contenter de faire référence à une déclaration énonçant ces conditions d'une manière qui ne concorde pas avec la manière dont les règles de droit doivent être formulées.

En ce qui concerne la mention du « guide générique » et du « guide sectoriel », on se reportera aux observations n^{os} 20.1 à 20.3.

22.1. Selon les articles 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4°, en projet (article 5 du projet) et 15, § 4, alinéa 5, 4°, en projet (article 11 du projet), l'établissement s'organise ou l'activité doit être organisée de manière à ce que

« les rassemblements soient évités et à ce que les règles de distanciation sociale puissent être respectées, également en ce qui concerne les personnes qui attendent à l'extérieur de l'établissement, le cas échéant conformément aux instructions de l'autorité compétente ».

Interrogées sur la valeur juridique de ces instructions, les déléguées ont répondu comme suit :

« Elke bevoegde overheid kan binnen het kader van zijn bevoegdheden welbepaalde (niet-bindende) instructies geven om de activiteiten op zo een manier te organiseren dat samenscholingen worden vermeden en dat de regels van social distancing kunnen worden gerespecteerd eveneens voor wat betreft de personen die buiten de inrichting of de gebouwen wachten. (bijvoorbeeld grondmarkeringen)

Weliswaar kunnen de lokale overheden (op basis van artikelen 133 en 135, § 2 van de Nieuwe Gemeentewet van 24 juni 1988) (bindende) politiematregelen nemen ter vrijwaring van de openbare orde. Art. 135, § 2, 5° preciseert bovendien de bevoegdheid in het kader van het beheersen van epidemieën: '5° het nemen van passende maatregelen om rampen en plagen, zoals brand, epidemieën en epizoötieën te voorkomen en het verstrekken van de nodige hulp om ze te doen ophouden;' ».

22.2. S'il s'agit effectivement d'instructions non contraignantes, comme paraissent le soutenir les déléguées, la question se pose de savoir quelle est la plus-value juridique de la référence à ces instructions dans un arrêté ministériel normatif. Une telle référence peut même en outre être source d'insécurité juridique.

Si, par contre, il est fait référence à des mesures de police contraignantes que les autorités locales peuvent adopter, cette référence est dépourvue de sens dès lors que ces mesures sont applicables par elles-mêmes et qu'elles doivent être appliquées parallèlement aux dispositions de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020.

VIII. EXAMEN DU PROJET

DISPOSITIF

Article 1^{er}

23.1. Le champ d'application de l'article 2, § 1^{er} et § 1^{er}*bis*, en projet n'apparaît pas clairement.

23.2. L'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet entend ainsi s'appliquer aux

« entreprises, associations et services, y compris les 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 visés à l'annexe 1^[ère] au présent arrêté ».

Par rapport à l'actuel article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, l'on y ajoute donc les mots « y compris les 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 visés à l'annexe 1^[ère] au présent arrêté ».

Interrogées quant à la portée de cet ajout par rapport à l'actuel article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, les déléguées ont fourni les précisions suivantes :

« Neen, er is geen verstrenging. Ook in het huidige MB wordt geen onderscheid gemaakt voor het verplichten van telewerk tussen essentiële en niet-essentiële sectoren: telewerk is overal verplicht tenzij dit onmogelijk is omwille van de aard van de functie of de continuïteit van de bedrijfsvoering, de activiteiten of de dienstverlening. Zo staat het ook op de info coronavirus FAQ van het crisiscentrum <https://www.info-coronavirus.be/nl/faq/> (werk en economie, eerste vraag).

Naar aanleiding van de SIOD-flitscontroles (januari – februari 2021), specifiek gericht op de naleving van de telewerkverplichting kwamen de eerste signalen binnen dat de bestaande formulering/ordening van de alinea's in paragraaf 1 van artikel 2 tot interpretatie-discussies leidde. Eind april werd bijzonder duidelijk dat de interpretatie dat ondernemingen en overheidsdiensten die als essentieel worden beschouwd, niet verplicht zouden zijn om de telewerk-verplichting (maximaal) na te leven, aan terrein won; zodat een verduidelijking nodig was. Het betreft dus geen verstrenging maar een verduidelijking ».

23.3. Les alinéas suivants de l'article 2, § 1^{er}, en projet ne visent par contre plus que « l'entreprise » et non les associations et services.

Il en va de même s'agissant de l'article 2, § 1^{er}*bis*, en projet, dont l'alinéa 1^{er} s'applique « aux entreprises, associations et services », tandis que les alinéas 2 et 3 ne visent plus que « l'entreprise ».

Tel que ces textes sont formulés, il n'apparaît pas non plus clairement si tous les services publics sont visés.

Interrogées à cet égard, les déléguées ont précisé que

« [w]e stellen voor het volgende toe te voegen in § 1bis: 'tous les entreprises, associations et services, y compris les 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 visés à l'annexe 1^[ère] au présent arrêté' ».

La réponse des déléguées ne permet toutefois pas d'appréhender avec précision le champ d'application de l'article 2, § 1^{er} et § 1^{er}bis, en projet.

Dans un souci de sécurité juridique, la formulation des différents alinéas sera par conséquent revue afin de clarifier ceux-ci. Au besoin, les destinataires de l'obligation de télétravail feront l'objet d'une définition générique.

En tout état de cause, il convient d'harmoniser la terminologie utilisée dans la version néerlandaise du projet. En effet, la même notion d'« entreprise » est désignée tantôt par le terme « onderneming(-en) », tantôt par le terme « bedrijf(f)(-en) ».

24. L'article 2, § 1^{er}bis, alinéa 1^{er}, en projet entend permettre aux personnes pour lesquelles le télétravail est obligatoire de planifier des moments de retour « sur base volontaire ».

Interrogées quant à la portée des termes « sur base volontaire », les déléguées ont répondu ce qui suit :

« Cela signifie que le travailleur et l'employeur doivent s'accorder sur ce retour, il ne peut être imposé ni par le travailleur ni par l'employeur.

Aangezien deze terugkeermomenten in eerste instantie worden georganiseerd om een mogelijkheid te bieden aan werknemers op wie de lange periode van verplicht telewerk mentaal zwaar weegt, is het vrijwillige karakter voor alle werknemers belangrijk.

Pas in juli verdwijnt, indien de epidemische situatie het zal toelaten, het verplicht karakter van het telewerk. De maand juni wordt nu dus beschouwd als een overgangperiode.

Vrijwilligheid in hoofde van de werknemer betekent dat hij/zij het aanbod van de werkgever die een terugkeermoment organiseert, kan weigeren ».

Le dispositif sera par conséquent clarifié en ce sens, par exemple en remplaçant les termes « sur base volontaire » par la notion de « commun accord », qui évoque mieux encore le consentement réciproque des deux parties.

25. L'article 2, § 1^{er}bis, alinéa 2, en projet autorise la présence par jour sur le lieu de travail de maximum 20 % des personnes occupées auprès de l'entreprise.

La notion d'entreprise est définie à l'article 1^{er}, 1^o, de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 comme étant « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique ».

Interrogées quant à la question de savoir s'il ne faut pas tenir compte, dans l'application de ce pourcentage, des entreprises disposant de plusieurs unités d'établissement, les déléguées ont répondu comme suit :

« Inderdaad. We stellen voor 'op de arbeidsplaats' ter vervangen door 'per vestigingseenheid' ».

La disposition en projet sera par conséquent adaptée en ce sens.

Article 2

26. Tel que l'article 2, 6°, du projet est actuellement rédigé, il autorise des groupes de plus de deux personnes pour autant qu'elles appartiennent au même ménage ou pour autant qu'il s'agisse de personnes ayant besoin d'une assistance. Il n'est cependant pas précisé que l'encadrant peut faire partie de ce groupe.

Interrogées à cet égard, les déléguées ont proposé la reformulation suivante :

« Mogelijke herformulering: 'De consumenten mogen worden ontvangen in groepen van maximum twee personen, kinderen tot en met 12 jaar niet meegeteld. Groepen van meer dan twee personen zijn toegestaan voor zover ze behoren tot hetzelfde huishouden. De personen die nood hebben aan begeleiding kunnen worden vergezeld door maximum één extra persoon' ».

Par souci de sécurité juridique, le dispositif sera par conséquent modifié en ce sens.

27. L'article 2, 5° et 6°, du projet (article 5, alinéas 3 et 4, en projet) prévoit également une dérogation s'agissant des personnes appartenant au même « ménage ». Selon l'article 1^{er}, 6°, de l'arrêté ministériel précité du 28 octobre 2020, non modifié par le projet à l'examen, le « ménage » se définit comme « les personnes vivant sous le même toit ».

Dans le préambule du projet à l'examen, il est toutefois précisé que,

« [p]our l'application du présent arrêté, il y a lieu d'entendre par 'ménage', les personnes vivant sous le même toit ; que ce terme vise également les nouvelles configurations familiales telles que les familles recomposées ou d'autres situations dans lesquelles les personnes concernées ne vivent strictement parlant pas sous le même toit de manière ininterrompue ».

La définition ainsi fournie par le préambule ne correspond pas à celle que retient encore et toujours le dispositif de l'arrêté proprement dit, voire la contredit, ce qui crée une insécurité juridique.

La section de législation a déjà fait observer à cet égard, dans son avis n° 69.305/AG ⁴⁴, que,

« [c]ompte tenu de ce qu'elle conditionne l'application d'une dérogation à l'alinéa 1^{er} de l'article 6, § 3, en projet et que des sanctions sont susceptibles d'être infligées en cas de non-respect de cette notion, il s'indique de définir plus clairement la notion de 'ménage' au sens de ses différentes mentions dans l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, en envisageant également les hypothèses nées de nouvelles formes d'organisations familiales, telles que les familles recomposées ou d'autres situations où les personnes ne vivent pas à proprement parler sous le même toit de manière continue ».

C'est dans le dispositif même de l'arrêté ministériel qu'il convient d'apporter la précision requise quant à la notion de « ménage » et notamment, à supposer que cela soit l'intention, de prévoir si, et dans quelle mesure, le caractère ininterrompu de la cohabitation sous le même toit est, ou non, un élément constitutif de cette notion.

Article 3

28. L'article 6, § 1^{er}, en projet, fait référence aux « établissements relevant du secteur horeca et [aux] autres établissements de restauration et débits de boissons » en ce qui concerne la possibilité de proposer des repas et des boissons à emporter et à livrer jusqu'à 23h30 au plus tard. Dans le paragraphe 2 en projet de la même disposition, qui porte sur « l'exercice professionnel des activités horeca », il n'est question que de « l'établissement ».

La question se pose dès lors de savoir comment s'articulent entre eux les champs d'application des deux paragraphes en projet et si les activités horeca non professionnelles, comme par exemple la cantine d'un club sportif, sont visées par le paragraphe 2 en projet. S'agit-il, dans ce dernier cas, d'« autres établissements de restauration et débits de boissons » ? Dans ce cas, le paragraphe 2 ne serait pas d'application. Ou s'agit-il quand même, dans ce cas, d'activités horeca ? La question se pose alors de savoir si la mention de « l'exercice professionnel » de celles-ci n'est pas inappropriée.

29. L'article 6, § 2, alinéa 1^{er}, 5°, en projet, dispose que

« les terrasses et les espaces publics sont organisés conformément aux prescriptions édictées par les autorités locales ».

À la question de savoir si les terrasses qui sont aménagées en dehors de l'espace public sont également visées, les déléguées ont répondu qu'

« [e]nkel terrassen op het publiek domein worden hiermee gevat ».

Il y a lieu de le préciser dans le texte du projet.

La même observation vaut aussi pour l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 5°, en projet (article 5 du projet).

⁴⁴ Avis précité n° 69.305/AG, observation n° 23.

30. Les déléguées ont déclaré que la référence à un masque « chirurgical », à l'article 6, § 2, alinéa 1^{er}, 11°, sera supprimée, de sorte que seul un « masque » est requis.

31. L'article 6, § 2, alinéa 3, en projet rend obligatoire l'utilisation d'un appareil de mesure de la qualité de l'air (CO₂) marqué CE dans les établissements de restauration et débits de boissons du secteur horeca, sauf sur une terrasse ouverte. Cet appareil doit être installé de manière clairement visible pour le visiteur. S'agissant de cette exigence, les déléguées ont déclaré ce qui suit :

« Er dient minstens één apparaat per zaak aanwezig te zijn, in de ruimte waar eten en drinken worden geserveerd ».

Le préambule mentionne à cet égard ce qui suit :

« Considérant que l'utilisation d'appareils de mesure de la qualité de l'air marqués CE (CO₂) s'avère nécessaire afin de protéger la population contre les risques de contamination plus élevés dans certains établissements ou espaces clos, en particulier dans les salles de fitness et les espaces clos des établissements de restauration et débits de boissons du secteur horeca, car en raison de la nature des activités qui y sont pratiquées, la dispersion des aérosols est particulièrement élevée; que ces appareils doivent être installés à un endroit central, et non à côté d'une porte, d'une fenêtre ou d'un système de ventilation ; ».

L'auteur du projet vérifiera, à la lumière de la pertinence et de l'effectivité de la disposition en projet, s'il n'y a pas lieu de prévoir l'obligation de placer un tel appareil *dans chaque espace clos* de l'établissement concerné plutôt que seulement « à un endroit central », comme l'indique le préambule. En outre, l'articulation du critère prévu dans la disposition en projet (« de manière clairement visible pour le visiteur ») avec le critère prévu dans le préambule (« à un endroit central ») sera vérifiée et, à nouveau à la lumière de la pertinence et de l'effectivité de la disposition en projet, il sera précisé quel critère est prioritaire dans le cas où un emplacement clairement visible du visiteur ne permettrait pas d'atteindre une efficacité optimale.

Cette observation s'applique également à l'article 8, § 1^{er}, alinéa 3, en projet (article 5 du projet).

32. Aux termes de l'article 6, § 2, alinéa 4, en projet,

« [s]auf s'il s'agit d'une terrasse ouverte, une réception ou un banquet est uniquement autorisé pour un maximum de 50 clients ».

Les déléguées ont expliqué les notions utilisées comme suit :

« Les deux termes sont utilisés dans leur sens usuel à savoir :

– Réception : Réunion de personnes invitées, souvent à caractère mondain.

– Banquet : Repas d'apparat, rassemblant de nombreux convives pour célébrer un événement important ».

La question se pose cependant de savoir si la référence au « caractère mondain » ou à l'« événement important » n'est pas source d'imprécision et, partant, d'insécurité juridique, et ne donne pas lieu à des inégalités de traitement difficilement justifiables. L'intention est-elle réellement qu'un « repas » pour un événement non important ne puisse pas être organisé pour un maximum de 50 clients ? Il convient dès lors que l'auteur du projet examine à nouveau les deux définitions suggérées et en fasse figurer, le cas échéant, une version adaptée dans le projet.

Cette observation vaut aussi pour l'article 15, § 7, en projet (article 11 du projet), où ces termes apparaissent également.

33. À la question de savoir quel est le nombre maximum de clients lorsque plusieurs réceptions ou banquets sont organisés dans un même établissement horeca, les déléguées ont répondu comme suit :

« Het aantal klanten dat aanwezig is per afgescheiden receptie of banket (het gaat om de activiteit) mag het maximum aantal van 50 klanten niet overschrijden. Er kunnen dus meerdere recepties en banketten worden georganiseerd in dezelfde inrichting zolang het maximum aantal klanten van 50 (per afgescheiden receptie of banket) niet wordt overschreden ».

Dans un souci de sécurité juridique, il est conseillé de régler explicitement ce point dans la disposition en projet, y compris la condition qu'il doit s'agir de réceptions et de banquets distincts.

Article 5

34. L'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, en projet, contient la condition suivante :

« couvrir la bouche et le nez avec un masque est obligatoire dans les espaces accessibles au public dans l'entreprise ou l'association et si les règles de distanciation sociale ne peuvent pas être respectées en raison de la nature de l'activité exercée d'autres moyens de protection personnelle sont fortement recommandés, sans préjudice de l'article 25 ».

Les déléguées ont confirmé qu'il s'agit de « deux règles distinctes », à savoir, d'une part, le port *obligatoire* du masque dans les espaces accessibles au public et, d'autre part, une simple *recommandation* d'utiliser d'« autres » moyens de protection personnelle « si les règles de distanciation sociale ne peuvent pas être respectées ».

Les déléguées ont déclaré en outre que l'utilisation de masques ne relevait pas des « règles de distanciation sociale »⁴⁵. Toutefois, l'actuel article 25 de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 s'énonce comme suit :

« Toute personne, à l'exception des enfants jusqu'à l'âge de 12 ans accomplis, est obligée de se couvrir la bouche et le nez avec un masque ou toute autre alternative en tissu lorsqu'il est impossible de garantir le respect des règles de distanciation sociale, à l'exception des cas visés à l'article 23, § 2.

⁴⁵ Concernant ces « règles de distanciation sociale », il est renvoyé à l'observation n° 19.

Toute personne, à l'exception des enfants jusqu'à l'âge de 12 ans accomplis, est dans tous les cas obligée de se couvrir la bouche et le nez avec un masque ou toute autre alternative en tissu dans les lieux suivants :

- 1° les magasins et les centres commerciaux ;
- 2° les salles de conférence ;
- 3° les auditoriums ;
- 4° les bâtiments de culte et les bâtiments destinés à l'exercice public de l'assistance morale non confessionnelle ;
- 5° les bibliothèques, les ludothèques et les médiathèques ;
- 6° les rues commerçantes, les marchés et tout lieu privé ou public à forte fréquentation, déterminés par les autorités locales compétentes et délimités par un affichage précisant les horaires auxquels l'obligation s'applique ;
- 7° les établissements et les lieux où des activités horeca sont autorisées, tant les clients que le personnel, sauf pendant qu'ils mangent, boivent ou sont assis à table ;
- 8° lors des déplacements dans les parties publiques et non-publiques des bâtiments de justice, ainsi que dans les salles d'audience lors de chaque déplacement et, dans les autres cas conformément aux directives du président de la chambre ;
- 9° lors des événements, des représentations culturelles ou autres et des compétitions sportives professionnelles ;
- 10° lors des foires commerciales, en ce compris les salons.

Lorsque le port d'un masque ou de toute autre alternative en tissu n'est pas possible pour des raisons médicales, un écran facial peut être utilisé.

Les personnes qui sont dans l'impossibilité de porter un masque, une alternative en tissu ou un écran facial, en raison d'une situation de handicap attestée au moyen d'un certificat médical, ne sont pas tenues par les dispositions du présent arrêté prévoyant cette obligation »⁴⁶.

En ce qui concerne les « autres moyens de protection personnelle », les déléguées ont déclaré ce qui suit :

« Dit kan onder andere de afwijkingsmogelijkheid zijn die wordt beoogd in artikel 25 van het te wijzigen besluit, maar ook andere maatregelen zoals bijvoorbeeld het dragen van handschoenen ».

La formulation actuelle de l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, en projet, pose la question de savoir comment celui-ci s'articule avec l'actuel article 25. Par ailleurs, on peut se demander pourquoi la réglementation relative à l'utilisation du masque ou d'autres moyens de protection personnelle est moins stricte lorsque les « règles de distanciation sociale » ne peuvent pas être respectées que lorsque ces règles peuvent être respectées. En effet, dans le premier cas, on se contente de formuler une recommandation et on n'impose pas d'obligation.

⁴⁶ L'article 17 du projet complète cet article par un alinéa 5, qui s'énonce comme suit :

« Le masque ou toute autre alternative en tissu peut être enlevé occasionnellement pour manger et boire, et lorsque le port de celui-ci est impossible en raison de la nature de l'activité ».

L'auteur du projet soumettra la disposition en projet à un nouvel examen compte tenu de ces constatations.

35. À la question de savoir ce qu'il y a lieu d'entendre par « espaces publics » à l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 5°, en projet, les déléguées ont répondu que

« [d]e notie 'openbare ruimten' (...) zowel de notie 'openbare weg' [omvat] als de 'voor het publiek toegankelijke plaatsen', met inbegrip van plaatsen die 'afgesloten en overdekt' zijn ».

Dans un souci de sécurité juridique, il est conseillé de procurer une définition à ce terme.

Article 10

36. Les déléguées ont confirmé, en ce qui concerne l'article 14, § 2, en projet, que l'interdiction de rassemblements de plus de cinquante personnes dans « l'espace privé » s'applique aussi aux rassemblements en plein air (domaine privé).

Dans un souci de sécurité juridique, il convient de le préciser dans le texte de la disposition en projet.

37. L'article 14, § 3, en projet prévoit l'obligation, pour les rassemblements autorisés, de former des groupes de quatre personnes au maximum, les enfants jusqu'à l'âge de douze ans accomplis non compris. La question se pose cependant de savoir si ces groupes doivent rester identiques pendant toute l'activité ou si leur composition peut être modifiée pendant une même activité. Les déléguées ont déclaré que la composition des groupes ne peut être modifiée.

Toujours dans un souci de sécurité juridique, il convient de le préciser dans le texte de la disposition en projet.

Cette observation vaut, *mutatis mutandis*, pour les autres dispositions du projet faisant mention de l'obligation de former des groupes pour certaines activités ou événements ⁴⁷.

⁴⁷ L'article 5, alinéa 4, en projet (article 2, 6°, du projet), l'article 8, § 1^{er}, alinéa 2, en projet (article 5 du projet), l'article 9, 5°, en projet (article 6, 1°, du projet), l'article 13, alinéa 2, en projet (article 9 du projet), l'article 14, § 3, en projet (article 10 du projet), et l'article 15, § 2, alinéa 1^{er}, et § 6, en projet (article 11 du projet).

Articles 11 et 13

38. Invitées à préciser la portée des mots « dans la mesure du possible », figurant à l'article 15, § 2, alinéa 2, 3°, en projet (article 11 du projet), les déléguées ont répondu ce qui suit :

« Het naleven van deze maatregel is geen resultaatsverbintenis maar een inspanningsverbintenis. Indien het mogelijk is dienen de maatregelen van social distancing dus wel te worden gerespecteerd maar indien ze niet kunnen worden nageleefd zal dit niet gesanctioneerd worden. Deze bepaling zou kunnen worden verplaatst naar artikel 23 ».

Cette précision trouverait effectivement mieux sa place à l'article 23 de l'arrêté modifié.

39. En l'état actuel, l'article 16 de l'arrêté ministériel précité du 28 octobre 2020 permet aux autorités locales de délivrer certaines autorisations concernant la tenue d'événements culturels, sportifs ou autres « organisés à l'extérieur » (article 15, § 8), de manifestations statiques qui se déroulent sur la voie publique (article 15, § 9) ou des foires commerciales « organis[e]s à l'extérieur » (article 15, § 10). Ce régime d'autorisation ne soulève pas de difficulté particulière au regard de l'article 26 de la Constitution puisqu'il s'agit à chaque fois de « rassemblements en plein air », au sens de l'alinéa 2 de cette disposition.

Les articles 15 et 16 de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 sont modifiés par les articles 11 et 13 du projet examiné, notamment pour appliquer le régime d'autorisation à l'organisation de manifestations dans des lieux intérieurs de culte, afin d'augmenter le nombre de personnes pouvant être présentes en même temps dans le bâtiment (article 15, § 4, alinéa 4, en projet), et à différents événements organisés à l'intérieur (article 15, § 5, alinéa 1^{er}, en projet).

Ces rassemblements, se déroulant dans un lieu clos et couvert, ne tombent plus dans le champ d'application de l'article 26, alinéa 2, de la Constitution, et ne peuvent dès lors être soumis à un régime d'« autorisation préalable »⁴⁸. Selon l'article 26, alinéa 1^{er}, de la Constitution en effet,

« [L]es Belges ont le droit de s'assembler paisiblement et sans armes, en se conformant aux lois qui peuvent régler l'exercice de ce droit, sans néanmoins le soumettre à une autorisation préalable ».

Appelée à préciser la portée de l'interdiction constitutionnelle des mesures préventives portant limitation des libertés, l'assemblée générale de la section de législation, dans son avis précité n° 68.936/AG, a formulé l'observation suivante sous l'article 5 de l'avant-projet de loi alors à l'examen :

« 96. Les mesures visées à l'article 5, § 1^{er}, peuvent notamment consister en des 'interdictions, fermetures ou limitations' dans différents domaines.

⁴⁸ Avis n° 52.523/AG donné le 8 janvier 2013 sur une proposition de loi 'modifiant la législation relative à la répression du racisme en vue d'interdire les réunions de groupes racistes et néonazis', observation n° 5 (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/52523.pdf>).

Il convient toutefois de rappeler que ces mesures ne peuvent en aucun cas consister en des mesures préventives interdites par la Constitution. L'on peut citer à cet égard l'article 19 (liberté d'expression)⁴⁹, l'article 24, § 1^{er}, alinéa 1^{er} (liberté d'enseignement), l'article 25 (liberté de presse), l'article 26 (liberté de réunion)⁵⁰ et l'article 27 (liberté d'association) de la Constitution.

Selon la section du contentieux administratif du Conseil d'État,

'les mesures préventives se caractérisent par le fait qu'elles imposent certaines conditions ou formalités qui doivent être remplies avant que le droit concerné ne puisse être exercé dans la pratique, abstraction faite de la question de savoir s'il y a abus de liberté ou s'il peut en être abusé, et par le fait que le non-respect des conditions prescrites constitue en soi une infraction'⁵¹.

Ces mesures se distinguent des mesures répressives, qui s'appliquent exclusivement lorsque la personne a fait un usage de sa liberté prohibé par ou en vertu de la loi⁵².

La Cour constitutionnelle a toutefois adopté une définition de la mesure préventive fondée sur l'objet de la prévention. Invitée à apprécier la constitutionnalité de l'arrêté-loi du 29 décembre 1945 'portant interdiction des inscriptions sur la voie publique', la Cour a en effet précisé ce qui suit :

'B.5.1. Il ressort de l'article 1^{er} de l'arrêté-loi litigieux que la possibilité d'afficher est limitée à certains endroits, notamment ceux qui sont désignés à cet effet par la commune et ceux pour lesquels le propriétaire ou l'usager ont donné au préalable leur autorisation écrite. L'arrêté-loi règle de la sorte une série de modalités de l'affichage, sans toutefois prévoir des mesures préventives. Ainsi la possibilité d'afficher n'est-elle nullement subordonnée à une appréciation préalable du contenu du message. En effet, l'arrêté-loi litigieux n'habilite aucunement l'autorité à contrôler ou interdire a priori la manifestation d'une opinion et ce, quelle qu'en soit la nature, mais il ne fait que prévoir des sanctions a posteriori.

⁴⁹ *Note de bas de page n° 163 de l'avis cité* : Concernant la liberté d'expression, l'article 19 de la Constitution n'autorise que « la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de [cette] liberté ». En matière de liberté d'expression, la Cour constitutionnelle a jugé que cette dernière disposition constitutionnelle ne s'opposait pas à ce que son exercice soit soumis à certaines formalités, qui n'impliquaient pas une appréciation préalable du contenu du message, pour autant qu'il s'agisse de mesures nécessaires à la protection des objectifs explicitement mentionnés dans les conventions internationales garantissant la liberté d'expression, tels que l'ordre public et la protection des droits d'autrui (C.C., 22 octobre 2003, n° 136/2003, B.5.1 et B.6.1 à B.6.3). Voir l'avis C.E. n° 62.325/2/VR donné le 2 mai 2018 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 28 juin 2018 'modifiant le décret du 7 novembre 2013 définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études et visant à la transparence des établissements non reconnus' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/62325.pdf>).

⁵⁰ *Note de bas de page n° 164 de l'avis cité* : Voir l'avis C.E. n° 52.834/2 donné le 27 février 2013 sur une proposition de loi 'modifiant l'article 135 de la Nouvelle loi communale du 24 juin 1988 en vue d'autoriser les communes à réglementer les heures d'ouverture des débits de boisson' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/52834.pdf>) : « S'agissant enfin des réunions qui se tiennent dans un lieu clos et couvert mais qui sont librement accessibles à tout un chacun, l'article 26 de la Constitution précise que, pour autant que les réunions soient 'paisibl[es] et sans armes', celles-ci se tiennent 'en se conformant aux lois qui peuvent régler l'exercice de ce droit, sans néanmoins le soumettre à une autorisation préalable'. Les autorités peuvent réglementer l'exercice de cette liberté, en ce compris par des mesures de police, lesquelles peuvent revêtir un caractère préventif, sans aller, s'agissant des réunions paisibles et sans armes, jusqu'à les soumettre à une autorisation préalable' ».

⁵¹ *Note de bas de page n° 165 de l'avis cité* : C.E., 18 mai 1999, n° 80.282, *Van der Vinck et consorts* ; dans le même sens, C.E., 7 août 2000, n° 89.216, *Van Rossen*.

⁵² *Note de bas de page n° 166 de l'avis cité* : Avis C.E. n° 62.325/2/VR donné le 2 mai 2018 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 28 juin 2018 'modifiant le décret du 7 novembre 2013 définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études et visant à la transparence des établissements non reconnus' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/62325.pdf>).

[...]

B.6.3. En interdisant l'affichage à d'autres endroits que ceux qui sont désignés par les autorités communales ou en subordonnant l'affichage à l'autorisation préalable et écrite de l'usager ou du propriétaire, l'arrêté-loi litigieux vise à assurer l'ordre public et à protéger les droits d'autrui.

Les dispositions litigieuses répondent ainsi à une nécessité sociale impérieuse et ne sont pas disproportionnées aux objectifs poursuivis par le législateur. En effet, une possibilité d'affichage illimitée aux endroits faisant partie du domaine public ou de propriétés privées pourrait conduire à une perturbation de l'ordre public, à une pollution visuelle, à des nuisances environnementales et à une atteinte aux droits de propriété de tiers.

Les interdictions édictées par l'arrêté-loi du 29 décembre 1945 n'excèdent dès lors pas les limites et conditions dans lesquelles le législateur peut restreindre la mise en œuvre de la liberté d'expression. On ne se trouve donc pas en présence d'une atteinte illicite et discriminatoire à la liberté d'expression⁵³.

Il en résulte que si la restriction ou l'interdiction d'accès à une école ou un lieu de culte, notamment, est exclusivement fondée sur des considérations liées à la santé publique, sans aucune appréciation relative à l'enseignement ou à la culture, pareille restriction ou interdiction ne constitue pas une 'mesure préventive' au sens des articles 19 et 24, § 1^{er}, de la Constitution.

Lors de l'adoption des mesures visées à l'article 5, § 1^{er}, de l'avant-projet à l'examen, il conviendra par conséquent d'examiner si, compte tenu de leur portée, celles-ci ne constituent pas des mesures préventives prohibées par la Constitution⁵⁴ ».

Par identité de motifs, les articles 11 et 13 du projet à l'examen, en tant qu'ils prévoient un régime d'autorisation qui trouverait à s'appliquer à des rassemblements qui n'ont pas lieu « en plein air », ne peuvent être compatibles avec l'article 26, alinéa 1^{er}, de la Constitution que si, et dans la stricte mesure où, sous réserve de ce qui est exposé ci-dessous dans l'observation n° 40, le rôle de l'autorité administrative est exclusivement cantonné à la constatation objective que les conditions sanitaires, telles qu'elles résultent du « CERM », ou, le cas échéant, du « CIRM », sont ou non réunies, et ne s'accompagne pour le surplus d'aucun autre pouvoir d'appréciation.

Les dispositions en projet, ainsi que l'article 16 de l'arrêté ministériel précité du 28 octobre 2020, seront revus pour éviter toute ambiguïté sur ce point.

⁵³ Note de bas de page n° 167 de l'avis cité : C.C., 22 octobre 2003, n° 136/2003.

⁵⁴ Note de bas de page n° 168 de l'avis cité : Pour ce qui est de l'interdiction de la suspension de la Constitution, voir *supra* numéro 8.

40. Dans son avis précité n° 69.305/AG, l'assemblée générale de la section de législation a considéré ce qui suit :

« Dans la mesure où le CERM et le CIRM ont uniquement une fonction de soutien aux autorités locales compétentes, la méthode suivie peut être accueillie. Cela signifie que non seulement ces instruments ne peuvent pas contenir de dérogations à l'arrêté ministériel à modifier, mais aussi que les autorités locales compétentes ne sont pas simplement tenues par l'issue des modèles visés » ⁵⁵.

L'article 15, § 5, alinéa 1^{er}, en projet autorise « un public assis de maximum 75 % de la capacité CIRM, sans dépasser les 200 personnes » à assister à certains événements.

Interrogées si, de la sorte, le CIRM ne se voit pas octroyer un caractère réglementaire, les déléguées ont répondu que

« [d]e capaciteit wordt finaal bepaald door de lokale overheid; het betreft derhalve een beslissing van de lokale overheid waarbij zij de CIRM kunnen hanteren als advies-model (die vanuit die optiek dus geen verordenende kracht heeft) ».

Il apparaît cependant à l'examen que, nonobstant les explications ainsi fournies, une portée normative est finalement bel et bien assignée par les textes à l'examen aux méthodes de calcul comprise dans le CIRM ; il est renvoyé sur ce point aux observations n°s 20.1 à 20.3. Cette solution, qui est au demeurant congruente avec ce que requiert l'article 26 de la Constitution pour échapper à l'interdiction constitutionnelle du régime des autorisations préalables des rassemblements qui n'ont pas lieu en plein air ⁵⁶, doit cependant être traduite sans ambiguïté par les textes à l'examen et le préambule, ce qui suppose que le CERM et le CIRM y soient définis et qu'ils reçoivent la publicité que requiert l'article 190 de la Constitution, par exemple en étant annexés à l'arrêté en projet.

*

⁵⁵ Avis précité n° 69.305/AG, observation n° 36.2.

⁵⁶ Voir l'observation n° 29.

Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

I. STREKKING VAN HET ONTWERP

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

Het te nemen besluit treedt in werking op 9 juni 2021.

In de nota aan de Ministerraad van 25 mei 2021 wordt de strekking van het ontwerp als volgt uiteengezet:

“Op hoofdlijnen treden de volgende maatregelen vanaf 9 juni 2021 in werking, onder de specifieke en uitdrukkelijke voorwaarden zoals bepaald in het ministerieel besluit:

- de inrichtingen die behoren tot de culturele, feestelijke, sportieve, recreatieve en evenementensector kunnen openen. De discotheken en dancings blijven echter gesloten voor het publiek, behalve voor wat betreft de organisatie van de activiteiten die toegelaten zijn overeenkomstig het ministerieel besluit;

- evenementen, culturele en andere voorstellingen, sportieve wedstrijden en trainingen en congressen kunnen worden bijgewoond door een publiek, met dien verstande dat buiten meer personen toegelaten zijn dan binnen;

- samenscholingen op de openbare weg en in de openbare ruimte overdag zijn toegelaten voor een maximum van 10 personen (waarbij men binnen groepen van 4 geen afstand moet bewaren), behoudens de voorziene uitzonderingen; samenscholingen tussen 0.00 uur en 5.00 worden uitgebreid van 3 naar 4 personen, teneinde een helder en duidelijk geheel van regels te verkrijgen; in de private ruimte zijn samenscholingen toegelaten tot 50 personen, behoudens de voorziene uitzonderingen;

- burgerlijke huwelijken, begrafenissen en crematies, individuele en collectieve uitoefening van de eredienst en individuele en collectieve uitoefening van de niet-confessionele morele dienstverlening en van activiteiten binnen een filosofisch-levensbeschouwelijke vereniging, en het individueel of collectief bezoek aan een gebouw voor de eredienst of een gebouw voor niet-confessionele morele dienstverlening is toegelaten met een hoger aantal aanwezigen, met dien verstande dat buiten meer personen toegelaten zijn dan binnen;

– indoor horeca wordt toegelaten tot 22u00, outdoor horeca mag open blijven tot 23u30; het verbod op de verkoop van alcoholische dranken tussen 22u00 en 05u00 wordt opgeheven. Indoor horeca mag slechts open blijven tot 22u00 aangezien de kans op verspreiding van het virus binnen groter is dan buiten. Bij een receptie of banket, in het kader van een professioneel uitgeoefende horeca-activiteit is een maximum van 50 klanten toegestaan, tenzij het een open terras betreft. Recepties en banketten mogen ook thuis worden georganiseerd voor een maximum van 50 personen, op voorwaarde dat deze buiten doorgaan en uiterlijk om 23u30 eindigen. Indien professionele horeca-activiteiten worden uitgeoefend dienen de horeca-regels te worden nageleefd, behalve bij dienstverlening aan huis. In de andere gevallen wordt de naleving van de horeca-regels uiterst sterk aanbevolen.

– jaarmarkten, kermissen, braderijen en niet-professionele brocante- en rommelmarkten kunnen voortaan opnieuw plaatsvinden;

– de mogelijkheden voor het deelnemen aan activiteiten in georganiseerd verband worden uitgebreid op 9 juni en 25 juni 2021;

– professionele sportieve wedstrijden en professionele sporttrainingen kunnen plaatsvinden zonder beperking van het aantal deelnemers; een maximum aantal personen mag deelnemen aan niet-professionele sportieve wedstrijden en niet-professionele sporttrainingen (met dien verstande dat buiten meer personen toegelaten zijn dan binnen); niet-professionele sportieve wedstrijden van gevechtsporten zijn verboden, in zoverre er fysieke contacten plaatsvinden tussen de deelnemers;

– ondernemingen en verenigingen die goederen of diensten aanbieden aan consumenten mogen groepen van in principe maximum twee personen ontvangen;

– huis- aan-huis- en leurdersactiviteiten worden toegelaten, zo ook dienstverlening aan huis en dienstverlening waarbij de afstand van 1,5 meter tussen de dienstverlener en de consument niet kan worden gegarandeerd;

– handelsbeurzen, met inbegrip van salons, zijn toegelaten;

– een huishouden mag maximaal vier personen tegelijk binnen in huis of in een toeristisch logies ontvangen;

– een maximum aantal deelnemers mag zowel statische als dynamische betogingen bijwonen die plaatsvinden op de openbare weg;

– ondernemingen, verenigingen en diensten mogen beperkte terugkeermomenten inplannen voor de personen werkzaam in de onderneming voor wie telethuiswerk verplicht is.

Aangezien de opvolging van de zorgwekkende varianten van essentieel belang is bij de bestrijding van de pandemie, is de uitzondering om te beschikken over een negatief testresultaat en de verplichting om het PLF-formulier in te vullen en te ondertekenen voor de reizigers waarvan de reis geen gebruik van een vervoerder inhoudt en waarvan het verblijf in België of het voorafgaand verblijf in het buitenland niet langer heeft geduurd dan 48 uur, niet van toepassing op de personen die zich op enig moment tijdens de 14 dagen voor hun aankomst in België op het grondgebied van Brazilië, Zuid-Afrika of India hebben bevonden.”

II. ONTVANKELIJKHEID

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

De spoedeisendheid wordt in de adviesaanvraag als volgt gemotiveerd:

“Het verzoek om spoedbehandeling wordt gemotiveerd door de noodzakelijkheid om maatregelen te overwegen die gegrond zijn op epidemiologische resultaten die van dag op dag evolueren en waarvan de laatste de maatregelen hebben gerechtvaardigd die werden beslist tijdens het Overlegcomité dat is bijeengekomen op 11 mei 2021 en die werden goedgekeurd op de Ministerraad van 25 mei 2021. Het is zodoende dringend om op korte termijn bepaalde maatregelen te nemen en anderen aan te passen. De eerste reeks versoepelingen zal in werking treden op 9 juni 2021. Opdat de sectoren zich zouden kunnen voorbereiden, dient het ministerieel besluit evenwel een voldoende aantal dagen voordien officieel te worden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad. Vanuit die optiek zou ik u graag verzoeken om ons het advies te bezorgen in de loop van woensdag 2 juni 2021.”

Die motivering kan worden aanvaard, zoals ook het geval was in advies 69.253/AV van 23 april 2021¹ en in advies 69.305/AV van 6 mei 2021.²

Volgens artikel 84, § 1, tweede lid, van de wetten op de Raad van State moet de motivering voor de spoedeisendheid die in de adviesaanvraag voorkomt, woordelijk worden overgenomen in de aanhef. In het achtste lid van de aanhef wordt evenwel slechts het eerste gedeelte overgenomen van de motivering die in de adviesaanvraag is opgenomen. Bijgevolg stemt de motivering die in de aanhef van het ontwerp wordt weergegeven, niet overeen met de motivering in de adviesaanvraag, wat moet worden verholpen.

III. VOORAFGAANDE OPMERKING

3. De afdeling Wetgeving wordt voor de derde keer geraadpleegd over een aanpassing van een aantal bestaande maatregelen ter bestrijding van het coronavirus, vervat in het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 ‘houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken’.

Om de redenen die reeds werden uiteengezet in de adviezen 69.253/AV en 69.305/AV is het door de Raad van State gevoerde onderzoek beperkt tot de actueel voorliggende wijzigingen aan het ministerieel besluit van 28 oktober 2020.³

¹ Advies 69.253/AV, op 23 april 2021 gegeven over een ontwerp dat heeft geleid tot het ministerieel besluit van 24 april 2021 ‘houdende wijziging van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken’ (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/69253.pdf>).

² Advies 69.305/AV, op 6 mei 2021 gegeven over een ontwerp dat heeft geleid tot het ministerieel besluit van 7 mei 2021 ‘houdende wijziging van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken’ (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/69305.pdf>).

Het spreekt, mede gelet op de zeer beperkte adviestermijn, hoe dan ook vanzelf dat het feit dat geen opmerking wordt gemaakt over de ene of de andere bepaling van het ontwerp, niet betekent dat deze bepalingen niet vatbaar zijn voor kritiek of voor verbetering. Het stilzwijgen van de afdeling Wetgeving over die bepalingen kan niet worden aangegrepen om het ontwerpbesluit op de ene of de andere manier uit te leggen.

IV. RECHTSGROND

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

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

Het gaat om dezelfde rechtsgronden als die waarnaar verwezen wordt in de aanhef van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 zelf, alsook in de verschillende ministeriële besluiten tot wijziging van dat besluit, waaronder het ministerieel besluit van 24 april 2021 waarover de afdeling Wetgeving advies 69.253/AV heeft uitgebracht en het ministerieel besluit van 7 mei 2021 waarover advies 69.305/AV is uitgebracht.

Zoals ook in de adviezen 69.253/AV en 69.305/AV werd opgemerkt,⁴ valt de vraag in welke mate delegaties door de wetgever aan de minister mogelijk zijn, in beginsel buiten het onderzoek van onderhavige adviesaanvraag. Daarover zijn weliswaar prejudiciële vragen gesteld aan het Grondwettelijk Hof.⁵ Zolang het Hof zich daarover niet heeft uitgesproken en desgevallend een ongrondwettigheid heeft vastgesteld, wordt in beginsel uitgegaan van de bepalingen die de wetgever tot stand heeft gebracht, al moeten die uiteraard nog worden geïnterpreteerd.

5. Gevraagd om voor elk onderdeel van het ontwerp de wettelijke grondslag aan te duiden, bezorgden de gemachtigden geen overzicht per artikel, maar werd enkel in algemene bewoordingen verwezen naar alle in de aanhef vermelde bepalingen:

“De genomen maatregelen zijn politiemaatregelen in de zin van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, maatregelen in de zin van artikel 4 van de wet van 31 december 1963 betreffende de civiele bescherming en maatregelen in de zin van de artikelen 181 en 182 van de wet van 15 mei 2007 betreffende de civiele veiligheid.”

³ Adv.RvS 69.253/AV, opmerking 3; adv.RvS 69.305/AV, opmerking 3.

⁴ Adv.RvS 69.253/AV, opmerking 10.4; adv.RvS 69.305/AV, opmerking 9.4.

⁵ Zie o.a. de zaken 7543 en 7544 ingediend op 9 maart 2021.

6. Met betrekking tot de rechtsgrond heeft de Raad van State in de adviezen 69.253/AV en 69.305/AV onder meer gewezen op:

– het belang van het onderscheid tussen de verschillende aangehaalde rechtsgrondbepalingen, met name wat betreft de wettelijke grondslag voor de sanctie in geval van overtreding van de betrokken maatregel;⁶

– de “controverse zowel in de doctrine als in de rechtspraak, wat oorzaak is van enige rechtsonzekerheid” met betrekking tot “het bestaan, in die verschillende teksten, van een toereikende rechtsgrond voor het vaststellen, bij ministeriële besluiten, van de huidige maatregelen in de strijd tegen de COVID-19-pandemie”;⁷

– het gegeven dat in die context de minister bevoegd voor Binnenlandse Zaken het initiatief heeft genomen om een ontwerp van “pandemiewet”⁸ tot stand te brengen, dat ertoe strekt een duidelijk en coherent juridisch kader te voorzien teneinde in de toekomst beter om te kunnen gaan met “epidemische noodsituaties”, in de zin zoals gedefinieerd in dat wetsontwerp.⁹

In het licht van onder meer die elementen heeft de Raad van State in de voormelde adviezen het volgende opgemerkt:

“Uit wat voorafgaat en uit de bestaande rechtsgronden die de minister bevoegd voor Binnenlandse Zaken uitdrukkelijk de bevoegdheid verlenen om ter zake op te treden, lijkt te kunnen worden afgeleid, uiteraard onder voorbehoud van een eventuele grondwettigheidstoetsing van de delegatie aan de minister die het Grondwettelijk Hof dienaangaande zou moeten uitvoeren[...] en onder voorbehoud van een finaal oordeel door de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State of door het Hof van Cassatie over de draagwijdte van de rechtsgrond van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020, dat de tussenkomst van de minister bevoegd voor Binnenlandse zaken in het kader van de coronapandemie in beginsel aanvaard mag worden op basis hetzij van de ene of de andere vermelde rechtsgrond, hetzij een combinatie van deze verschillende rechtsgronden, onder meer telkens de genomen maatregel kan gekwalificeerd worden als een plaats- of verplaatsingsverbod, waarbij het mits naleving van een of meerdere voorwaarden of modaliteiten alsnog toegelaten is zich op een bepaalde plaats te bevinden of zich naar een bepaalde plaats te begeven.”¹⁰

⁶ Adv.RvS 69.305/AV, opmerkingen 9.5 en 9.6.

⁷ Adv.RvS 69.253/AV, opmerking 9; adv.RvS 69.305/AV, opmerking 8.

⁸ Wetsontwerp ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’ (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1951/001).

⁹ Adv.RvS 69.253/AV, opmerking 9; adv.RvS 69.305/AV, opmerking 8.

¹⁰ Adv.RvS 69.253/AV, opmerking 10.4; adv.RvS 69.305/AV, opmerking 9.4.

Wat betreft de wettelijke grondslag voor de sanctie in geval van overtreding van de betrokken maatregel werd in advies 69.305/AV het volgende uiteengezet:

“Er moet worden vastgesteld dat artikel 26 van het te wijzigen ministerieel besluit van 28 oktober 2020 als volgt luidt:

‘Inbreuken op de bepalingen van de volgende artikelen worden beteugeld met de straffen bepaald door artikel 187 van de wet van 15 mei 2007 betreffende de civiele veiligheid:

– artikelen 5 tot en met 11, met uitzondering van de bepalingen die betrekking hebben op de relatie tussen de werkgever en de werknemer;

– artikel 13, met uitzondering van de bepalingen die betrekking hebben op de relatie tussen de werkgever en de werknemer, en op de verplichtingen van de bevoegde gemeentelijke overheid;

– artikelen 14, 15, 15bis, 19, 21 en 25.’

De in het eerste lid van artikel 187 van de wet van 15 mei 2007 voorziene sanctie geldt in geval van ‘[w]eigering of verzuim zich te gedragen naar de maatregelen die met toepassing van artikelen 181, § 1, en 182 zijn bevolen’. Aangezien het niet aan de minister toekomt om het toepassingsgebied van die bepaling uit te breiden of te beperken, lijkt de minister zelf van oordeel te zijn dat de onderdelen van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 die in het geciteerde artikel 26 worden opgesomd rechtsgrond vinden in (onder meer) artikel 182 van de wet van 15 mei 2007¹¹, terwijl de onderdelen die buiten die opsomming vallen geen rechtsgrond kunnen vinden in die wetsbepaling.

Hieromtrent ondervraagd verklaarden de gemachtigden het volgende:

‘De bepalingen die niet worden gesanctioneerd via artikel 26, vinden hun rechtsgrond in artikel 11 van de wet op het politieambt. Deze bepalingen zijn bovendien vaak gelinkt aan andere wetgeving waarvan de naleving door andere instanties wordt gecontroleerd (zoals wetgeving in verband met welzijn op het werk) of die verwijzen naar andere instanties van de Federale, regionale of lokale overheid. Overigens is de naleving van sommige bepalingen die niet werden hernomen in artikel 26, zeer moeilijk controleerbaar en dus ook weinig sanctioneerbaar op het terrein.

Een duiding:

– artikel 5 tot en met 11 betreffen de voorwaarden waaronder bepaalde handelszaken mogen openen, goederen en diensten kunnen worden geleverd en dergelijke meer. Bij niet naleving van deze regels zal een sanctie conform art. 26 volgen;

– art. 12 betreft een bepaling ten aanzien van de lokale overheid, die niet gesanctioneerd kan worden conform art. 26;

– artikel 13, met uitzondering van de bepalingen die betrekking hebben op de relatie tussen de werkgever en de werknemer, en op de verplichtingen van de bevoegde gemeentelijke overheid;

– artikelen 14, 15, 15bis betreffen verplichtingen in hoofde van de burger, die gesanctioneerd worden conform art. 26;

– artikel 16 betreft een bepaling bestemd voor de lokale overheid;

¹¹ Voetnoot 16 van het geciteerde advies: Artikel 181, § 1, van de wet van 15 mei 2007 betreft de mogelijkheid voor de minister om “de personen en zaken die hij nodig acht” op te vorderen. Het actueel voorliggende ontwerp lijkt geen dergelijke maatregelen te bevatten.

– artikel 18 bepaalt de modaliteiten waaronder een evenement zoals bepaald in artikel 15 kan worden georganiseerd. Een overtreding van artikel 18 kan op zich niet gesanctioneerd worden, indien artikel 18 niet wordt gerespecteerd zal dit leiden tot een overtreding van artikel 15’.”¹²

7. Onder voorbehoud van de zo-even aangehaalde elementen en van hetgeen hierna wordt opgemerkt, kan worden aangenomen dat de in het ontwerp vervatte wijzigingen van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 geacht kunnen worden rechtsgrond te vinden in de wetsbepalingen die worden aangehaald in het eerste tot derde lid van de aanhef van het ontwerp. Zij kunnen immers worden beschouwd als een regeling waarbij de betrokkenen worden verplicht “zich te verwijderen van plaatsen of streken” of waarbij “iedere verplaatsing of elk verkeer van de bevolking” wordt verboden, waarbij in vele gevallen aan zo’n plaats- of verplaatsingsverbod verscheidene voorwaarden worden gekoppeld. Er moet dan ook niet worden onderzocht of de ontworpen bepalingen rechtsgrond vinden in andere bepalingen.

8.1. Het ontworpen artikel 6, § 2, eerste lid, 1°, van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 (artikel 3 van het ontwerp) legt als voorwaarde voor het professioneel uitoefenen van horeca-activiteiten, behoudens in geval van dienstverlening aan huis, onder meer op dat aan de personeelsleden “een passende opleiding” moet worden verstrekt. Het ontworpen artikel 8, § 1, eerste lid, 1°, (artikel 5 van het ontwerp) en het ontworpen artikel 15, § 4, vijfde lid, 1°, (artikel 11 van het ontwerp) bevatten een gelijkaardige regeling.

Dezelfde ontworpen bepalingen voorzien ook in de verplichting om klanten, bezoekers, aanwezigen, personeelsleden en derden “tijdig en duidelijk zichtbaar over de geldende preventiemaatregelen [te informeren]”. Een dergelijke verplichting kan nog worden beschouwd als een voorwaarde met betrekking tot een plaats- of verplaatsingsverbod in de zin van artikel 182 van de wet van 15 mei 2007 ‘betreffende de civiele veiligheid’.

De verplichting in hoofde van de betrokken inrichtingen, uitbaters en organisatoren om hun personeelsleden een passende opleiding te verstrekken, reikt evenwel verder en vertoont een onvoldoende verband met de concrete handeling of activiteit die wordt gereguleerd met het oog op de beperking van de verspreiding van het coronavirus en heeft als dusdanig geen rechtstreekse impact op de civiele veiligheid. Het gegeven dat de verstrekte opleiding een gunstig effect kan hebben op het naleven van de overige voorwaarden, zoals door de gemachtigden is verklaard, doet geen afbreuk aan die vaststelling.

De ontworpen bepalingen kunnen ook niet worden beschouwd als een sanitaire politiemaatregel, zodat ook niet kan worden gesteund op artikel 4 van de wet van 31 december 1963 ‘betreffende de civiele bescherming’ en artikel 11 van de wet van 15 augustus 1992 ‘op het politieambt’. Evenmin gaat het om een opvorderingsmaatregel als bedoeld in artikel 181 van de wet van 15 mei 2007.

¹² Adv.RvS 69.305/AV, opmerking 9.5.

8.2. In zoverre de ontworpen bepalingen beschouwd kunnen worden als verplichtingen in hoofde van werkgevers met het oog op het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, zou ervoor rechtsgrond kunnen worden gevonden in de artikelen 4, 5 en 6 van de wet van 4 augustus 1996 ‘betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk’, maar aangezien die wetsbepalingen ter zake enkel delegaties aan de Koning bevatten, zouden in dat geval de voornoemde bepalingen inzake de opleiding van personeelsleden enkel doorgang kunnen vinden indien ze worden opgenomen in een koninklijk besluit.¹³

Bovendien rijst de vraag of die wetsbepalingen in alle gevallen wel volstaan als rechtsgrond, nu in het ontworpen artikel 15, § 4, vijfde lid, 1°, van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 (artikel 11 van het ontwerp) gewag wordt gemaakt van de term “personeelsleden” in een context waar niet noodzakelijk een arbeidsrechtelijke verhouding voorligt, zoals bij religieuze ceremonies en bij sportieve activiteiten. Indien voor dergelijke situaties geen pertinente rechtsgrondbepalingen voorhanden zijn – hetgeen de Raad van State binnen de beperkte tijd waarover hij beschikt niet zelf kan nagaan – kunnen die bepalingen geen doorgang vinden in zoverre ze op die situaties betrekking hebben.

9. Artikel 15, 2°, 4° en 5°, van het voorliggende ontwerp strekt tot wijziging van de verplichtingen in verband met het *Passenger Locator Form* (PLF) die in artikel 21 van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 worden vermeld.

Dat artikel 21 voert een verwerking van persoonsgegevens in waarbij het legaliteitsbeginsel dat uit artikel 22 van de Grondwet voortvloeit, in acht moet worden genomen. Over de draagwijdte van dat beginsel heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving onlangs in advies 68.936/AV van 7 april 2021 het volgende opgemerkt:

“Krachtens artikel 22 van de Grondwet geldt voor elke verwerking van persoonsgegevens en, meer in het algemeen, voor elke schending van het recht op het privéleven, dat het formeel legaliteitsbeginsel¹⁴ dient te worden nageleefd.

Doordat artikel 22 van de Grondwet aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voorbehoudt om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan het recht op eerbiediging van het privéleven, waarborgt het aan elke burger dat geen enkele inmenging in dat recht kan plaatsvinden dan krachtens regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Een delegatie aan een andere macht is evenwel niet in strijd met het wettelijkheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de ‘essentiële elementen’ voorafgaandelijk door de wetgever vastgesteld zijn.¹⁵

¹³ Vergelijk met adv.RvS 69.305/AV, opmerkingen 10.1 en 10.2.

¹⁴ Voetnoot 174 van het geciteerde advies: Wat dit beginsel betreft, zie *supra* randnummers 70 en v.

¹⁵ Voetnoot 175 van het geciteerde advies: Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie inzonderheid GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.16.1; GwH 20 februari 2020, nr. 27/2020, B.17.

Bijgevolg moeten de ‘essentiële elementen’ van de verwerking van persoonsgegevens in de wet zelf worden vastgelegd. In dat verband is de afdeling Wetgeving van oordeel dat ongeacht de aard van de betrokken aangelegenheid, de volgende elementen in beginsel ‘essentiële elementen’ uitmaken: 1°) de categorie van verwerkte gegevens; 2°) de categorie van betrokken personen; 3°) de met de verwerking nagestreefde doelstelling; 4°) de categorie van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens; en 5°) de maximumtermijn voor het bewaren van de gegevens.”¹⁶

In advies 68.978/VR van 16 maart 2021 had de afdeling Wetgeving er al op gewezen dat wat de gegevensverwerking in het kader van het *Passenger Locator Form* betrof het aldus omschreven legaliteitsbeginsel niet helemaal in acht was genomen. In dat advies staat het volgende te lezen:

“Die leemte zou dus moeten worden aangevuld door, naargelang van de keuze van de federale overheid, ofwel in de wet ofwel in het samenwerkingsakkoord waaraan instemming wordt verleend, duidelijk alle categorieën van gegevens te preciseren die met het PLF worden verzameld en die in de PLF-gegevensdatabank worden verwerkt”.¹⁷

Artikel 7, vijfde lid, van het samenwerkingsakkoord van 24 maart 2021 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, het Waals Gewest, de Duitstalige Gemeenschap en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie ‘betreffende de gegevensoverdracht van noodzakelijke gegevens naar de gefedereerde entiteiten, de lokale overheden of politiediensten met als doel het handhaven van de verplichte quarantaine of testing van de reizigers komende van buitenlandse zones bij wie een quarantaine of testing verplicht is bij aankomst in België’ luidt als volgt:

“De gegevensbank PLF in zijn geheel vindt zijn wettelijke grondslag in het artikel 23 van de International Health Regulations (IHR) van de WGO”.

Artikel 23 van de Internationale Gezondheidsregeling van de Wereldgezondheidsorganisatie luidt als volgt:

“Art. 23.1. Met inachtneming van toepasselijke internationale overeenkomsten en relevante artikelen van deze Regeling kan een Staat die Partij is ten behoeve van de volksgezondheid bij aankomst of vertrek het volgende verlangen:

- a) ten aanzien van reizigers:
- i) informatie betreffende de bestemming van de reiziger zodat met hem of haar contact kan worden opgenomen;

¹⁶ Advies 68.936/AV, op 7 april 2021 gegeven over het voorontwerp dat heeft geleid tot het voornoemde ontwerp van wet ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’, 55 e.v. (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/68936.pdf>).

¹⁷ Adv.RvS 68.978/VR van 16 maart 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 8 april 2021 ‘houdende instemming met het samenwerkingsakkoord van 24 maart 2021 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, het Waalse Gewest, de Duitstalige Gemeenschap en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie betreffende de gegevensoverdracht naar de gefedereerde entiteiten, de lokale overheden of politiediensten met als doel het handhaven van de verplichte quarantaine of testing van de reizigers afkomstig uit buitenlandse zones bij wie een quarantaine of testing verplicht is bij aankomst in België’, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/68978.pdf>, opmerking 24.

ii) informatie betreffende de reisroute van de reiziger teneinde vast te stellen of deze in of in de nabijheid van een getroffen gebied heeft gereisd of mogelijk andere contacten met een infectie- of besmettingsbron heeft gehad voorafgaande aan de aankomst, alsmede controle van de gezondheidsdocumenten van de reiziger indien deze ingevolge deze Regeling vereist zijn; en/of

iii) een niet-invasief medisch onderzoek dat het minst belastende onderzoek is waarmee de volksgezondheidsdoelstelling zou worden verwezenlijkt;

b) inspectie van bagage, vracht, containers, vervoermiddelen, goederen, postpakketten en stoffelijke resten.

2. Op basis van bewijs voor het bestaan van een volksgezondheidsrisico dat is vergaard door middel van de in het eerste lid van dit artikel voorziene maatregelen, of via andere middelen, kunnen Staten die Partij zijn aanvullende gezondheidsmaatregelen toepassen, in overeenstemming met deze Regeling, in het bijzonder, met betrekking tot een verdachte of getroffen reiziger, van geval tot geval bezien, het minst belastende en invasieve medisch onderzoek waarmee de volksgezondheidsdoelstelling van het voorkomen van de internationale verspreiding van ziekte zou worden verwezenlijkt.

3. Reizigers worden niet onderworpen aan een medisch onderzoek, vaccinatie, profylaxe of gezondheid[s]maatregel ingevolge deze Regeling zonder hun voorafgaande uitdrukkelijke geïnformeerde toestemming of die van hun ouders of voogden, behalve als voorzien in artikel 31, tweede lid, en in overeenstemming met de wetgeving en internationale verplichtingen van de Staat die Partij is.

4. Reizigers die uit hoofde van deze Regeling dienen te worden ingeënt of een profylaxe dienen te ontvangen, dan wel hun ouders of voogden, worden in kennis gesteld van de risico's die met vaccinatie of niet-vaccinatie en met het al dan niet gebruiken van de profylaxe samenhangen in overeenstemming met de wetgeving en internationale verplichtingen van de Staat die Partij is. Staten die Partij zijn, stellen artsen van deze vereisten op de hoogte in overeenstemming met de wetgeving van de Staat die Partij is.

5. Medische onderzoeken, medische procedures, vaccinatie of andere profylaxe die het risico van verspreiding van ziekte met zich meebrengen worden uitsluitend uitgevoerd op of toegediend aan een reiziger in overeenstemming met vastgestelde nationale of internationale veiligheidsrichtlijnen en -normen teneinde een dergelijk risico tot een minimum te beperken”.

Weliswaar maakt die internationaalrechtelijke bepaling het inderdaad mogelijk dat Staten een regeling vaststellen zoals die betreffende het PLF, maar ze kan, zolang er niet bij wet instemming aan is verleend, uiteraard niet worden beschouwd als een internrechtelijke regel die rechtsgrond biedt voor een ministerieel besluit.¹⁸

¹⁸ Opdat de Internationale Gezondheidsregeling een wettelijk karakter zou krijgen, volstaat het niet dat ze in het *Belgisch Staatsblad* is bekendgemaakt en zelfs het voorwerp is geweest van het protocol van 5 november 2018 gesloten tussen de Federale Overheid en de overheden bedoeld in artikelen 128, 130 en 135 van de Grondwet, ‘tot vaststelling van de generische structuren voor het sectoraal gezondheidsbeheer van crisissen voor de volksgezondheid en hun werkwijze voor de toepassing van het Internationaal Gezondheidsreglement (2005), en Besluit nr. 1082/2013/EU over ernstige grensoverschrijdende bedreigingen van de gezondheid’ (B.S. 14 december 2018).

De afdeling Wetgeving kan dus alleen maar de conclusie uit haar eerdere adviezen herhalen,¹⁹ namelijk dat er momenteel geen wetkrachtige regel bestaat die bepaalt welke gegevens via het PLF moeten worden meegedeeld en in het kader van de PLF-gegevensbank worden verwerkt, dit in tegenstelling tot wat het legaliteitsbeginsel, voortvloeiend uit artikel 22 van de Grondwet, voorschrijft. Uit het voorgaande volgt dus dat de verwerkingen van persoonsgegevens, die het voorliggende ontwerp beoogt te wijzigen, geen rechtsgrond hebben.

Tenzij alsnog in een rechtsgrond wordt voorzien, moeten die maatregelen (en hun wijziging) bijgevolg worden weggelaten.

V. BEVOEGDHEID

10. De afdeling Wetgeving heeft onlangs het volgende opgemerkt in het voornoemde advies 68.936/AV:

“De bevoegdheid tot bestrijding van een epidemische noodsituatie is geen bevoegdheid die als zodanig exclusief aan één overheid - de federale, de gemeenschaps- of de gewestelijke - is toegewezen. Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving reeds eerder²⁰ en ook nog tijdens de huidige COVID-19-pandemie in herinnering heeft gebracht²¹, is ‘elke overheid verantwoordelijk voor de bestrijding van een volksgezondheids crisis binnen de grenzen van haar eigen materiële bevoegdheden.’²²

(...)

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

- het gezondheidsbeleid;
- de handhaving van de openbare orde, meer bepaald de handhaving van de gezondheid in het openbaar (sanitaire politie);

¹⁹ Zie, als recentste advies, advies 69.324/VR, op 17 mei 2021 gegeven over een voorontwerp van ordonnantie ‘houdende instemming met het samenwerkingsakkoord tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Duitstalige Gemeenschap, het Waalse Gewest en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie betreffende bijzondere verwerkingen van persoonsgegevens met het oog op het opsporen en onderzoeken van clusters en collectiviteiten, met het oog op de handhaving van de verplichte quarantaine en testing en met het oog op het toezicht op de naleving door de bevoegde sociaal inspecteurs van de maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 tegen te gaan op de arbeidsplaatsen’.

²⁰ Voetnoot 19 van het geciteerde advies: Adv. RvS 53.932/AV van 27 augustus 2013 over een voorstel dat he[ef]t geleid tot de bijzondere wet van 6 januari 2014 ‘met betrekking tot de Zesde Staatshervorming’ (*Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2232/1).

²¹ Voetnoot 20 van het geciteerde advies: Voornoem[d] adv. RvS 67.142/AV van 25 maart 2020, opm. 6.

²² Voetnoot 21 van het geciteerde advies: Voornoem[d] adv. RvS 53.932/AV; Zie ook: adv. RvS 53.018/VR van 13 mei 2013 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘houdende de gezondheidscontrole van het internationale verkeer’, opmerking 9; adv. RvS 66.387/1/V van 29 augustus 2019 over een ontwerp dat heeft [geleid] tot het koninklijk besluit van 11 december 2019 ‘betreffende de modaliteiten inzake het manipuleren en bewaren van poliovirussen van type 2’, opmerking 7.5; GwH 15 februari 2009, nr. 2/2009, B.5.2.

- de civiele bescherming en civiele veiligheid;
- de controle van de buitengrenzen;
- sanitaire maatregelen in het kader van andere federale bevoegdheden”.²³

In casu vallen de meeste versoepelingsmaatregelen van het voorliggende ontwerp binnen de werkingssfeer van de federale bevoegdheden inzake gezondheidspolitie, civiele bescherming en/of civiele veiligheid.

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

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

33. In de eerste plaats moet de federale overheid bij de uitoefening van haar bevoegdheden steeds het evenredigheidsbeginsel eerbiedigen. Dit algemeen beginsel, dat samenhangt met de in artikel 143, § 1, van de Grondwet voorgeschreven federale loyaliteit²⁴, is in deze aangelegenheid des te meer van belang daar de federale bevoegdheden inzake de handhaving van de openbare orde (sanitaire politie), de civiele bescherming en de civiele veiligheid zo ruim zijn dat ze, uit hun aard, een ingrijpende weerslag kunnen hebben op domeinen die tot de bevoegdheid van andere overheden behoren. Een verantwoorde uitoefening van deze bevoegdheden, in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel, veronderstelt dat aan de beslissing van de federale overheid een zorgvuldige, op wetenschappelijke inzichten gebaseerde, afweging voorafgaat tussen enerzijds de redelijkerwijze te verwachten resultaten van de overwogen maatregel in de strijd tegen een epidemische noodsituatie en anderzijds de weerslag ervan op de beleidsdomeinen die aan de gemeenschappen en de gewesten toebehoren. Het komt de Raad van State voor dat de draagwijdte die het evenredigheidsbeginsel heeft in het leerstuk over de beperkingsvoorwaarden van grondrechten, *mutatis mutandis*, ook hier geldt. Het beginsel impliceert dat ‘de overheid in het licht van de aard van de feiten

²³ Advies 68.936/AV, opmerkingen 10 en 11.

²⁴ Voetnoot 74 van het geciteerde advies: Het beginsel van de federale loyaliteit houdt voor elke overheid de verplichting in om bij het uitoefenen van de eigen bevoegdheden het evenwicht van de federale constructie in haar geheel niet te verstoren en de belangen van de andere entiteiten niet te schaden. De federale loyaliteit betreft meer dan de loutere uitoefening van bevoegdheden: zij geeft aan in welke geest dat moet geschieden. (GwH 18 maart 2021, nr. 47/2021, overw. B.11; zie ook: J. VANPRAET, “De algemene beginselen van de bevoegdheidsverdeling”, in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Brugge, die Keure, 2017, 53, nr. 75).

waarop zij steunt, van de ernst van die feiten en van de omstandigheden van de zaak dient aan te tonen dat de maatregel die zij overweegt te nemen een noodzakelijke, passende en evenredige maatregel is: wat dat betreft, komt het er heel in het bijzonder op aan zich ervan te vergewissen dat er een voldoende rechtstreeks en nauw verband is tussen enerzijds de toedracht en de omstandigheden van de zaak en anderzijds de verstoring van de openbare orde die men met de voorgenomen politiemaatregel wil voorkomen opdat de maatregel kan worden verantwoord.^{25,26}

34. Een tweede voorwaarde is dat de federale overheid, die zich voorneemt een maatregel te nemen die een rechtstreekse weerslag heeft op domeinen die tot de materiële bevoegdheid van de deelstaten behoren, vooraf overleg dient te plegen met die andere overheden²⁷. Hoewel een dergelijk overleg niet mag leiden tot een afstand of overdracht van bevoegdheid, is het onontbeerlijk om de gevolgen van de genomen maatregelen voor de beleidsdomeinen die tot de bevoegdheidssfeer van de gemeenschappen en de gewesten behoren correct te kunnen inschatten en zich zo een juist beeld te vormen van het al dan niet evenredig karakter van de genomen maatregelen. Een dergelijk overleg is een voorwaarde die moet vervuld zijn om met het evenredigheidsbeginsel in overeenstemming te kunnen zijn.

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

Het kan evenwel gebeuren dat, in spoedeisende situaties,²⁸ dit overleg niet kan plaatsvinden, omdat anders de doeltreffendheid van de te nemen maatregelen aangetast zou worden. Wanneer dat het geval is, moet de federale overheid kunnen verantwoorden waarom het niet mogelijk is dat overleg te plegen en moet ze, vervolgens, dat overleg aanvatten zodra de omstandigheden dat toelaten.

35. De federale overheid moet er ten slotte, als derde voorwaarde, ook over waken dat zij zich strikt beperkt tot hetgeen kan worden ingepast in haar bevoegdheden inzake sanitaire politie, civiele bescherming of civiele veiligheid en daarbij niet overgaat tot het louter uitoefenen van de materiële bevoegdheden van een andere overheid. Het komt de federale overheid niet toe om, in het kader van de bestrijding van een epidemische noodsituatie op grond van de bevoegdheden inzake bestuurlijke politie, civiele bescherming en/of civiele veiligheid, maatregelen te nemen zonder sanitaire dimensie. Zo kan de federale overheid bv. een mondkmaskerplicht en een sociale afstandsvereiste

²⁵ Voetnoot 75 van het geciteerde advies: Voetnoot 4 in de geciteerde tekst: Ter zake bestaat een vaste en uitvoerige rechtspraak, in het bijzonder over maatregelen van algemene bestuurlijke politie die door gemeenteoverheden genomen zijn: zie bijvoorbeeld RvS 21 april 2006, nr. 157.849, bvba La Démarche; 23 april 2010, nr. 203.235, cv Trocadero; 24 maart 2017, nr. 237.779, Amilcar c.s.

²⁶ Voetnoot 76 van het geciteerde advies: Adv. RvS 63.791/2/V van 6 augustus 2018 over een voorontwerp van wet 'betreffende de gemeentelijke bestuurlijke handhaving', alg. opm. 1, b).

²⁷ Voetnoot 77 van het geciteerde advies: Zie GwH, 18 maart 2021, nr. 47/2021, overw. B.15: "Zoals in B.11 is vermeld, verplicht het beginsel van de federale loyaliteit elke wetgever erover te waken dat de uitoefening van zijn eigen bevoegdheid de uitoefening, door de andere wetgevers, van hun bevoegdheden niet onmogelijk of overdreven moeilijk maakt. Wanneer de aangelegenheid die hij wenst te regelen dermate verweven is met de aangelegenheid die onder de bevoegdheid van een andere wetgever valt, kan hij zijn bevoegdheid slechts uitoefenen na vooraf die andere wetgever te hebben geraadpleegd." Zie eveneens CC, 21 december 2017, nr. 145/2017, overw. B. 60.2.

²⁸ Voetnoot 78 van het geciteerde advies: Verwezen wordt naar randnummers 66 en 67 hieronder in verband met de gevallen waarin zich noodsituaties zouden kunnen voordoen waarin heel snel maatregelen genomen moeten worden ter bestrijding van een epidemische noodsituatie, zoals die welke beoogd worden in het voorontwerp.

opleggen in scholen en musea, voor zover dat een evenredige en noodzakelijke maatregel is (randnummer 33), en – in uiterste omstandigheden – zelfs beslissen deze te sluiten²⁹. Ze kan daarbij evenwel niet aan de gemeenschappen alternatieve regelingen voor het onderwijs en voor cultuurbeleving opleggen, zoals bv. de verplichting om afstandsonderwijs aan te bieden of om in een online-museum-aanbod te voorzien, of – omgekeerd – deze uitsluiten. Dergelijke maatregelen kunnen immers niet als sanitaire maatregelen worden beschouwd”.³⁰

In casu geven de drie voornoemde vereisten aanleiding tot de volgende opmerkingen:

– wat het vereiste inzake materiële evenredigheid betreft, blijkt uit de aanhef van het voorliggende ontwerp dat aan het ontwerp een analyse van de recente wetenschappelijke gegevens is voorafgegaan;³¹

– aan het vereiste inzake overleg is voldaan, aangezien uit het dossier dat aan de Raad van State is bezorgd, blijkt dat op 11 mei 2021 een overleg is georganiseerd binnen het Overlegcomité;

– ten slotte passen de versoepelingsmaatregelen waarin het voorliggende ontwerp voorziet, in het kader van wat als sanitaire maatregelen kunnen worden beschouwd.

Wat betreft meer bepaald de beperking van het geluidsniveau waarin artikel 3 van het ontwerp (ontworpen artikel 6, § 2, 14^o) voorziet, wordt verwezen naar het voornoemde advies 69.305/AV.³²

De andere maatregelen die het ontwerp wil wijzigen, liggen voorts binnen de werkingssfeer van andere materiële bevoegdheden die toekomen aan de federale overheid, zoals die inzake de controle van de buitengrenzen.³³

²⁹ Voetnoot 79 van het geciteerde advies: Reeds in voornoemd advies 67.142/AV van 25 maart 2020 heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving gesteld dat de Koning op grond van de hem toegekende bijzondere machten bevoegd was tot “het sluiten van scholen of universiteiten”.

³⁰ Advies 68.936/AV, opmerkingen 32 tot 35.

³¹ Zie het tweeëndertigste lid e.v. van de aanhef van het voorliggende ontwerp.

³² Voornoemd advies 69.305/AV, opmerking 12.2.

³³ Zie artikel 21 van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 ‘houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken’, waarvan artikel 15 van het ontwerp de toepassing beoogt te verlengen tot en met 31 mei 2021. Hierover heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving in het voornoemde advies 68.936/AV opgemerkt dat de bevoegdheid van de federale overheid inzake controle van de buitengrenzen inhoudt “dat zij de toegang tot en het vertrek vanuit het grondgebied kan weigeren omwille van de aanwezigheid of de dreiging van besmettelijke ziekten, (...) dat zij niet-essentiële reizen van en naar het buitenland kan verbieden, en dat zij ook voorwaarden kan opleggen in verband met die toegang tot het grondgebied, zoals het invullen van het Passagier Lokalisatie Formulier (*Passenger Locator Form* = PLF) (...) voor de afreis naar België en het bij zich houden van dat formulier tijdens de afreis naar België (...)”. Ook blijkt uit de voornoemde adviezen 68.977/VR, 68.978/VR, 68.983/VR, 68.989/VR en 69.000/VR dat de eerder geschetste bevoegdheden van de federale overheid “(...) niet zover [reiken] dat ze bij de regeling van de toegang tot het grondgebied ook verplichtingen zou kunnen opleggen inzake de afzondering of quarantaine van mogelijk besmette personen of inzake het testen van deze personen. Het zijn immers de gemeenschappen die bevoegd zijn voor de opsporing van en de strijd tegen besmettelijke ziekten, zoals COVID-19, als een onderdeel van hun bevoegdheden inzake preventieve gezondheidszorg. Op grond van die bevoegdheid hebben de gemeenschappen recent onder meer een aantal nieuwe regelingen uitgewerkt of bestaande regelingen aangepast met betrekking tot de contactopsporing in de strijd tegen de

VI. VORMVEREISTEN

11. Aangezien bij de wetsebepalingen die rechtsgrond bieden voor het voorliggende ontwerp de minister bevoegd voor Binnenlandse Zaken niet gemachtigd wordt om af te wijken van de verplichte voorafgaande vormvereisten, moeten die vormvereisten in ieder geval in acht genomen worden.

In het bijzonder kunnen met betrekking tot de vormvereisten de volgende opmerkingen worden gemaakt.

12. Onder voorbehoud van wat is uiteengezet in opmerking 9, brengt artikel 15, 2°, 4° en 5°, van het ontwerp in artikel 21 van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020, meer bepaald in de regeling met betrekking tot het *Passenger Locator Form*, verscheidene wijzigingen aan die betrekking hebben op de verwerking van persoonsgegevens.

Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), overweging 96 van die verordening en artikel 2, tweede lid, van de wet van 30 juli 2018 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens’, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’, te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking.

Het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit moet bijgevolg nog worden ingewonnen vooraleer het ontwerp doorgang kan vinden.

13. Het ontworpen artikel 6, § 2, eerste lid, 11°, van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 (artikel 3 van het ontwerp) bevat de voorwaarde dat de personeelsleden “een CE-gemarkeerd chirurgisch mondmasker” dragen. De ontworpen artikelen 6, § 2, derde lid, (artikel 3 van het ontwerp) en 8, § 1, derde lid, (artikel 5 van het ontwerp) verplichten “het gebruik van een CE-gemarkeerde luchtkwaliteitsmeter (CO₂)”.

COVID-19-pandemie en inzake het verplichte testen en in quarantaine gaan van (vermoedelijk) besmette personen.” Net zoals de verplichting om het PLF in te vullen, lijkt de verplichting, opgelegd in artikel 21, § 7, om te beschikken over een negatief testresultaat van een test die is afgenomen ten vroegste 72 uur voor het vertrek naar Belgisch grondgebied vanuit een grondgebied dat als rode zone is aangemerkt, te kunnen worden beschouwd als een voorwaarde om het grondgebied te betreden, die onder de bevoegdheid van de federale overheid valt (in dat verband preciseert artikel 21, § 7, effectief dat de vervoerder ertoe gehouden is het instappen te weigeren indien een dergelijk negatief testresultaat niet voorhanden is). De wijzigingen die artikel 15, 3° tot 5°, aanbrengt in die verplichting om te beschikken over een negatief testresultaat, lijken bijgevolg tot de bevoegdheid van de federale overheid te behoren.

De gemachtigden verklaarden dat zowel de voorwaarde inzake de CE-markering van de mondkmaskers als het feit dat het om chirurgische mondkmaskers moet gaan, zal worden geschrapt.

De vereisten inzake de CE-markering van de luchtkwaliteitsmeters lijken te moeten worden beschouwd als een technisch voorschrift in de zin van artikel 1, lid 1, f), van richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 ‘betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij’. Het opleggen van het gebruik van CE-gemarkeerde toestellen houdt immers het verbod in van het gebruik van andere, regelmatig in de handel gebrachte producten die niet van die markering zijn voorzien.

De wachtperiode van (minstens) drie maanden vooraleer het ontworpen besluit kan worden genomen, waarin artikel 6, lid 1, van de richtlijn voorziet, geldt evenwel niet, overeenkomstig lid 7 van dat artikel, als een lidstaat om dringende redenen wegens een ernstige en onvoorziene situatie die verband houdt met de bescherming van (onder meer) de gezondheid van mensen, op zeer korte termijn technische voorschriften moet uitwerken en deze onmiddellijk daarop moet vaststellen en invoeren, zonder dat raadpleging mogelijk is. In dat geval is de mededeling aan de Commissie nog steeds vereist; in de mededeling moet de reden voor de urgentie worden vermeld. De Commissie spreekt zich dan zo spoedig mogelijk uit over de mededeling. Bij de aanmelding bij de Europese Commissie moet bijgevolg de urgentie van de goedkeuring ervan worden uiteengezet ter verantwoording van het niet in acht nemen van de voorgeschreven wachttermijn.

14. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van de voornoemde vormvereisten nog wijzigingen zou ondergaan,³⁴ moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten ‘op de Raad van State’, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

VII. ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Inperking van grondrechten - evenredigheid en gelijkheid

15. De algemene vergadering van de afdeling Wetgeving heeft in het voornoemde advies 69.253/AV herinnerd aan het volgende:

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

‘Les parties requérantes ne contestent pas que l’arrêté ministériel attaqué poursuit un objectif de santé publique et qu’il s’agit là d’un objectif légitime. Ainsi que le relève le préambule de l’arrêté attaqué, la pression sur les hôpitaux et sur la continuité des soins non COVID-19 demeure élevée, le risque pour la santé publique persiste et des compromis doivent être faits. La prolongation de la mesure de fermeture des bureaux de paris s’inscrit donc dans un ensemble de mesures qui emportent des restrictions à la

³⁴ Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

liberté de mouvement du public et aux entreprises. Ces mesures sont prises afin de protéger la santé de la population dans des circonstances dangereuses. Elles ont toutes pour objectif de ralentir et de rendre gérable la résurgence et la propagation exponentielle du coronavirus, compte tenu également de l'apparition et de la circulation de variants. De la sorte, l'arrêté ministériel attaqué consacre un nouveau point d'équilibre déterminé par la partie adverse, en tenant compte de l'évolution de la situation sanitaire et notamment de l'évolution du nombre d'infections, des hospitalisations, du taux de positivité et du taux de reproduction, afin de continuer à limiter la propagation du virus. S'il prévoit ainsi quelques assouplissements progressifs, notamment pour les professions de contact non médicales ou les activités extérieures, il impose et maintient encore de nombreuses autres restrictions afin d'atteindre cet équilibre. En ce sens, toutes les mesures prévues par l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, tel que modifié notamment par l'arrêté ministériel attaqué, forment un tout indivisible et indissociable.

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

(...)

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

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

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

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

16. Dezelfde algemene opmerking³⁵ kan, *mutatis mutandis*, herhaald worden met betrekking tot het voorliggende ontwerp. De steller van het ontwerp zal dus vanuit het oogpunt van de bij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet gewaarborgde beginselen van gelijkheid en non-discriminatie niet alleen de verschillen in behandeling moeten kunnen verantwoorden die het ontwerp instelt tussen vergelijkbare situaties, maar eveneens, en in voorkomend geval, verantwoorden dat het ontwerp situaties die nochtans niet vergelijkbaar zijn, op identieke wijze behandelt.³⁶

17.1. Zo kunnen, zonder dat hierbij volledigheid wordt betracht, verscheidene verschillen in behandeling worden belicht die de steller van het ontwerp moet kunnen verantwoorden.

17.2. Vooreerst volgt uit het ontworpen artikel 6, § 2, (artikel 3 van het ontwerp) dat de bedrijven die behoren tot de horecasector, recepties of banketten mogen organiseren voor maximaal 50 klanten – of meer als het gaat om recepties of banketten die georganiseerd worden op een open terras (ontworpen artikel 6, § 2, vierde lid) – met dien verstande evenwel dat aan de in het ontworpen artikel 6, § 2, eerste lid, vermelde voorwaarden wordt voldaan. Die voorwaarden worden echter niet opgelegd, maar louter aanbevolen, als het gaat om *dienstverlening aan huis*.

Zoals in de aanhef gestipuleerd wordt, kunnen “bijvoorbeeld ook recepties en banketten opnieuw (...) plaatsvinden”, moeten “indien professionele horeca-activiteiten worden uitgeoefend, specifieke regels (...) worden nageleefd, behalve bij dienstverlening aan huis” en wordt “de naleving van die specifieke regels in de andere gevallen uiterst sterk (...) aanbevolen”.

³⁵ Zie eveneens het voornoemde advies 69.305/AV.

³⁶ De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof ter zake luidt als volgt: “[Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie] sluit niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Dat beginsel verzet zich overigens ertegen dat categorieën van personen, die zich ten aanzien van de aangevochten maatregel in wezenlijk verschillende situaties bevinden, op identieke wijze worden behandeld, zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat.” (vaste rechtspraak, met name GwH 14 december 2016, nr. 163/2016).

Wanneer het banket of de receptie aan huis plaatsvindt – al dan niet met de medewerking van een horecabedrijf –, zijn de enige toepasselijke voorwaarden die welke geformuleerd worden in het ontworpen artikel 15, § 7, (artikel 11 van het ontwerp): het banket of de receptie mag maximaal 50 aanwezigen tellen, moet buiten plaatsvinden en moet om uiterlijk 23.30 uur eindigen.

Aldus opgevat, doet het voorliggende ontwerp een verschil in behandeling ontstaan naar gelang de dienstverlening (banket of receptie) die wordt geleverd door een bedrijf van de horecasector al dan niet aan huis plaatsvindt.

Op het verzoek een pertinente verantwoording te geven voor het aldus ontstane verschil in behandeling hebben de gemachtigden het volgende geantwoord:

“Bij het uitwerken van de maatregelen hebben we getracht een helder en consistent geheel van maatregelen uit te werken, rekening houdend met de epidemiologische situatie, zonder de haalbaarheid en opvolging hiervan uit het oog te verliezen.”

Uit het antwoord van de gemachtigden kan evenwel niet worden opgemaakt om welke redenen de in acht te nemen regels, in hun geheel, alleen verplicht zijn in het kader van professionele horeca-activiteiten die elders dan aan huis plaatsvinden, aangezien de geleverde diensten (namelijk de organisatie van banketten en recepties) *a priori* in beide gevallen vergelijkbaar zijn.

De steller van het ontwerp moet op meer overtuigende wijze kunnen aantonen dat, voor elk van de toepasselijke voorwaarden, dat verschil in behandeling redelijk verantwoord is.

17.3. Bij het ontworpen artikel 8, § 1, derde lid, (artikel 5 van het ontwerp) worden de *fitnesscentra* verplicht een specifieke luchtkwaliteitsmeter te installeren en te gebruiken.

Die verplichting geldt eveneens voor de horecasector, overeenkomstig het ontworpen artikel 6, § 2, derde lid, (artikel 3 van het ontwerp).

Ze geldt evenwel niet voor de andere inrichtingen voor “*indoorsport*”, noch voor inrichtingen die behoren tot de cultuur–, feest-, recreatie– en evenementensector.

Op de vraag een relevante verantwoording te geven voor het aldus ontstane verschil in behandeling hebben de gemachtigden het volgende geantwoord:

“Voor wat betreft de fitness geldt dat dit een activiteit betreft waarbij heel veel aërosolen zich verspreiden gezien de aard van de activiteit (die zonder mondmasker doorgang vindt). In de horeca geldt dat de aanwezigen veel praten, eten en drinken (zonder mondmasker) waardoor zich eveneens veel aërosolen zich kunnen verspreiden, zeker gezien daarbij ook alcohol kan worden geconsumeerd.

Voor wat betreft bv. de inrichtingen van de cultuursector geldt dat het mondmasker moet gebruikt worden (behalve bij eten of drinken), waardoor de problematiek van de verspreiding van de aërosolen zich daar veel minder stelt.”

De gemachtigden geven in hun antwoord echter niet aan om welke redenen de beoogde maatregelen alleen van toepassing zijn op de *fitnesscentra* en niet op andere zalen voor “indoorsport” die geacht zouden kunnen worden zich minstens in een vergelijkbare situatie te bevinden. De gemachtigden preciseren evenmin, behoudens het antwoord in verband met de culturele sector, om welke redenen de beoogde maatregelen enkel van toepassing zijn op de horecasector en niet op andere feest-, recreatie- en evenementensectoren die geacht zouden kunnen worden zich minstens in een vergelijkbare situatie te bevinden.

De steller van het ontwerp moet op meer overtuigende wijze kunnen aantonen dat dat verschil in behandeling redelijk verantwoord is.

17.4.1. Het ontworpen artikel 15, § 3, (artikel 11 van het ontwerp) bepaalt:

“§ 3. De professionele sportieve wedstrijden en de professionele sporttrainingen kunnen plaatsvinden zonder beperking van het aantal deelnemers.

Een maximum van 50 personen binnen of 100 personen buiten mag deelnemen aan niet-professionele sportieve wedstrijden en niet-professionele sporttrainingen.

In afwijking van het tweede lid, zijn de niet-professionele sportieve wedstrijden van gevechtsporten verboden.”

17.4.2. Daaruit volgt vooreerst dat er geen beperking geldt van het aantal deelnemers aan professionele sportwedstrijden en -trainingen, terwijl dat aantal beperkt is voor niet-professionele sportwedstrijden en -trainingen.

Op het verzoek een relevante verantwoording te geven voor het aldus ontstane verschil in behandeling hebben de gemachtigden het volgende geantwoord:

“Er worden graduele versoepelingen ingevoerd waarbij het opportuun is om in eerste instantie meer toe te laten voor professionele sporters.”

Op basis van het antwoord van de gemachtigden is het, in het licht van de gezondheidsdoelstelling, evenwel niet duidelijk welke motieven het bewerkstelligde verschil in behandeling verantwoorden.

De steller van het ontwerp moet bijgevolg kunnen aantonen dat dat verschil in behandeling redelijk verantwoord is.

17.4.3. Vervolgens blijkt dat de niet-professionele wedstrijden voor gevechtsporten, in tegenstelling tot die voor andere sportdisciplines, verboden zijn.

Op het verzoek een relevante verantwoording te geven voor het aldus ontstane verschil in behandeling hebben de gemachtigden het volgende geantwoord:

“Gevechtssporten zijn bij uitstek sporten waarbij er zeer intens fysiek contact is, hetgeen nog steeds een hoge mate van besmettingsgevaar inhoudt. Naarmate een hogere graad van vaccinatie bereikt zal worden, zal de uitzondering verdwijnen. Er is een onderscheid met de professionele beoefening van gevechtssporten, omdat professionele sporters aan een zeer uitgebreid en intensief testschema onderworpen worden, zowel voor als na de wedstrijden. Niet-professionele sporten kennen dergelijk schema niet. Daarnaast worden niet-professionele trainingen voor gevechtssporten inderdaad toegelaten, omdat een training zich binnen dezelfde sportvereniging afspeelt en dus binnen dezelfde groep van sporters. Dit in tegenstelling met wedstrijden, waar sporters die tot verschillende clubs behoren, zich met elkaar vermengen, hetgeen een duidelijk groter risico op (ongecontroleerde) verspreiding van besmetting inhoudt, gezien de clubs die met elkaar in competitie treden vaak ook nog geografisch niet tot eenzelfde regio behoren.”

De gemachtigden geven in hun antwoord evenwel niet aan om welke redenen het beoogde verbod alleen van toepassing is op de gevechtssporten en niet op andere sportdisciplines waarbij er eveneens intens fysiek contact is (rugby of *American football* bijvoorbeeld) en die geacht zouden kunnen worden zich minstens in een vergelijkbare situatie te bevinden.

De steller van het ontwerp moet bijgevolg kunnen aantonen dat dat verschil in behandeling redelijk verantwoord is.

17.5. Het ontworpen artikel 15, § 4, vijfde lid, 8° en 9° (artikel 11 van het ontwerp) strekt ertoe “fysieke aanrakingen tussen personen” (behalve tussen de leden van eenzelfde huishouden), alsook “fysieke aanrakingen van voorwerpen door verschillende personen” te verbieden tijdens de activiteiten vermeld in paragraaf 4.

Een dergelijk verbod wordt evenwel niet opgelegd voor de overige activiteiten die vermeld worden in artikel 15 of in andere artikelen van voorliggend ontwerp.

Op het verzoek een afdoende verantwoording te geven voor het verschil in behandeling dat aldus ontstaat, hebben de gemachtigden het volgende geantwoord:

“Het verbod van het aanraken van voorwerpen kan worden verantwoord vanuit epidemiologisch standpunt, waarbij het niet aangewezen is dat een voorwerp (bv. een kruis) door alle deelnemers aan een eredienst zou worden aangeraakt.

Het verbod op fysieke aanrakingen tussen personen zoals thans ontworpen, zou bijkomend kunnen worden genuanceerd door een verwijzing op te nemen naar de groepen van 4, waarbij dan geldt dat een groep van 4 tijdens een eredienst onderling niet de afstand hoeft te houden.”

Wat het verbod betreft op fysieke aanrakingen van voorwerpen door verschillende personen, wordt de maatregel in het antwoord van de gemachtigden weliswaar vanuit epidemiologisch standpunt verantwoord, maar in dat antwoord wordt echter niet gepreciseerd om welke redenen dat verbod alleen geldt voor de activiteiten vermeld in paragraaf 4 van artikel 15.

De steller van het ontwerp moet bijgevolg kunnen aantonen dat dit verschil in behandeling redelijk verantwoord is.

Wat het verbod op fysieke aanrakingen betreft, moet de bepaling in de door de gemachtigden voorgestelde zin herzien worden.

17.6. Ten slotte worden in diverse bepalingen van voorliggend ontwerp verschillende grenzen vastgesteld wat betreft het maximumaantal personen dat aan de daarin beoogde activiteiten mag deelnemen. Dat is bijvoorbeeld het geval met de betogingen die op de openbare weg plaatsvinden, waarbij het maximumaantal vastgesteld wordt op 100 deelnemers, terwijl tot 200 personen mogen deelnemen aan activiteiten betreffende erediensden die buiten georganiseerd worden (ontworpen artikel 15, § 4, derde lid), terwijl in artikel 15, § 5, tweede lid, bepaald wordt dat tot 400 personen evenementen, culturele of andere voorstellingen, congressen of nog sportieve wedstrijden en trainingen mogen bijwonen, wanneer die buiten georganiseerd worden.

De steller van het ontwerp moet kunnen aantonen dat die situaties in feite niet te vergelijken zijn, of, wanneer ze wel degelijk te vergelijken zijn, dat het tot stand gebrachte verschil in behandeling van die situaties redelijk verantwoord is.

B. Uitzonderingen in verband met “de aard van de activiteit”.

18. Verscheidene bepalingen³⁷ van voorliggend ontwerp strekken ertoe af te wijken van bepaalde gezondheidsvoorschriften (naleving van de mondmaskerplicht, van de regels inzake social distancing en van het samenkomen in groepen van maximaal vier personen) wanneer dat “onmogelijk is omwille van de aard van de activiteit”.

Gevraagd om uitleg daarover hebben de gemachtigden de volgende voorbeelden gegeven:

“De aard van de activiteit’ wil zeggen dat het niet nodig is om de afstand van 1,5 meter te respecteren of om een mondmasker te dragen indien dit het onmogelijk of bijzonder moeilijk maakt om de activiteit uit te oefenen.

Dit heeft betrekking op bijvoorbeeld een zanger of zangeres die tijdens een optreden mag zingen zonder mondmasker of een zwemmer die tijdens het zwemmen geen mondmasker moet dragen.

Dit geldt bijvoorbeeld ook voor voetballers die tijdens het spelen van een wedstrijd de afstand van 1,5 meter niet kunnen respecteren. (...)

Er kan van het maximum aantal van 4 personen worden afgeweken wanneer er bijvoorbeeld een zaaltje wordt gehuurd om een voetbalmatch te spelen of een scoutsactiviteit te doen. In deze gevallen is het niet de bedoeling dat men groepjes van 4 moet vormen. (...)

Men mag afwijken van het maximum aantal van 4 personen indien dit onmogelijk is omwille van de aard van de activiteit. ‘Tenzij dit onmogelijk is omwille van de aard van de activiteit’ laat ruimte voor afwijkingen. Bij een scoutskamp zal dit inderdaad niet mogelijk zijn, maar bv. bij een gegidste wandeling door de stad wel.”

³⁷ Ontworpen artikel 8, § 1, eerste lid, 3°, en tweede lid, (artikel 5 van het ontwerp); ontworpen artikel 14, § 3, (artikel 10 van het ontwerp); ontworpen artikel 23, § 2, zesde streepje (artikel 16 van het ontwerp); ontworpen artikel 25, vijfde lid (artikel 17 van het ontwerp).

De voorbeelden die de gemachtigden gegeven hebben en die niet meer omvatten dan het bovenstaande, maken het nog niet mogelijk om de draagwijdte van het begrip “aard van de activiteit” nauwkeurig genoeg af te bakenen.

Gelet op het feit dat die draagwijdte medebepalend is voor de vraag of van de sanitaire maatregelen afgeweken kan worden en dat sancties opgelegd kunnen worden ingeval men zich niet aan dat begrip houdt, is het raadzaam een duidelijkere definitie te geven van de gevallen waarvoor de afwijking zou gelden.

Het verdient hoe dan ook aanbeveling om die voorbeelden, samen met andere voorbeelden naargelang van de activiteiten in kwestie, in de aanhef op te nemen om zoveel mogelijk te vermijden dat discussies ontstaan over de vraag of van deze of gene voorwaarde afgeweken kan worden wegens de vermeende onmogelijkheid om daaraan te voldoen, gelet op “de aard van de activiteit” in kwestie.

C. Het begrip “social distancing”

19. In verscheidene bepalingen van het ontwerp wordt het begrip “social distancing”³⁸ gehanteerd zonder dat het gedefinieerd wordt, terwijl daaraan rechtsgevolgen verbonden zijn, waaronder enkele van de voorwaarden voor de toepassing van de strafbepaling van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020, zoals die bij het ontwerp gewijzigd zouden worden. Noch in het te wijzigen besluit, waarin dat dit begrip reeds gebruikt wordt, noch in dit ontwerp wordt daarvan een definitie gegeven.³⁹

Hoewel in een aantal van die bepalingen gepreciseerd wordt dat onder dit begrip “in het bijzonder het behoud van een afstand van 1,5 meter” tussen de betrokken personen of groepen verstaan wordt,⁴⁰ blijkt uit een dergelijk dispositief, zoals het geredigeerd is, niet duidelijk dat het begrip “social distancing” alleen door dat criterium gedefinieerd wordt. De onzekerheid vloeit voort uit het feit dat dit criterium niet systematisch in herinnering gebracht wordt en dat daarnaar slechts “in het bijzonder” (“en particulier” in de Franse tekst) verwezen wordt, waardoor de indruk ontstaat dat eventueel nog andere criteria bepalend zouden kunnen zijn voor het begrip “social distancing”, terwijl het gebruik van een uitdrukking als “namelijk” die twijfel zou wegnemen.

Het ontwerp dient aangevuld te worden met een bepaling waarbij in artikel 1 van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 een definitie van het begrip “social distancing” opgenomen wordt. Afhankelijk van de definitie die aldus in het ministerieel besluit opgenomen zal worden, dient de steller van het ontwerp na te gaan of het bijgevolg raadzaam is om wijzigingen aan te brengen in de passages van de ontworpen bepalingen waarin het begrip “social distancing” gevolgd wordt een verwijzing naar het criterium van de afstand van 1,5 meter tussen

³⁸ Het ontworpen artikel 6, § 2, eerste lid, 2°, (artikel 3 van het ontwerp), het ontworpen artikel 8, § 1, eerste lid, 3° en 4° (artikel 5 van het ontwerp) en het ontworpen artikel 15, §§ 1 en 4, vijfde lid, 4° (artikel 11 van het ontwerp).

³⁹ Er wordt ook verwezen naar opmerking 34.

⁴⁰ Het ontworpen artikel 13, derde lid (artikel 9 van het ontwerp) en het ontworpen artikel 15, § 2, tweede lid, 3° (artikel 11 van het ontwerp).

de betrokken personen of groepen die dan eventueel overbodig geworden zal zijn, en eveneens in de overeenkomstige passages van de huidige tekst van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 die bij dit ontwerp niet gewijzigd worden.

D. Verwijzingen naar protocollen, gidsen, verklaringen en richtlijnen

20.1. In de ontworpen artikelen 6, § 2, eerste lid, inleidende zin (artikel 3 van het ontwerp), 8, § 1, eerste lid, inleidende zin (artikel 5 van het ontwerp), 15, § 2, tweede lid, inleidende zin (artikel 11 van het ontwerp) en 15, § 4, vijfde lid, inleidende zin (artikel 11 van het ontwerp), wordt gewag gemaakt van regels die moeten worden nageleefd “onverminderd de toepasselijke protocollen”. In het ontworpen artikel 15, § 4, derde lid, 2°, en § 5, eerste en tweede lid (artikel 11 van het ontwerp) wordt bepaald dat “het toepasselijke protocol” moet worden nageleefd.

Op een vraag aangaande de juridische draagwijdte van die protocollen gaven de gemachtigden het volgende antwoord:

“De protocollen en gidsen vormen een indicatief beoordelingskader. De protocollen en gidsen kunnen enkel verordenende maatregelen, zoals bepaald in het MB, concretiseren, maar zijn zelf niet verordenend. Iemand kan dus enkel worden gesanctioneerd indien de maatregelen die liggen vervat in het MB niet worden gerespecteerd. (...) Artikel 29 van het huidige ministerieel besluit bepaalt dat bepalingen van een protocol of gids die minder strikt zijn dan de regels van het ministerieel besluit buiten toepassing worden gelaten.”

20.2. Dergelijke verwijzingen naar protocollen komen reeds op verscheidene plaatsen voor in de huidige tekst van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020. In advies 69.253/AV heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving reeds het volgende opgemerkt over de juridische draagwijdte van de protocollen:

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

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

Deze opmerking, die door de algemene vergadering werd herhaald in advies 69.305/AV,⁴¹ geldt ook voor de thans ontworpen bepalingen. Overigens volstaat het niet, zoals de gemachtigden voorhouden, dat de niet-naleving van die protocollen niet tot strafrechtelijke sancties kan leiden, opdat ze daadwerkelijk geen verordenend karakter hebben. Evenmin volstaat artikel 29 van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020, dat inhoudt dat bepalingen van een protocol of een gids die minder strikt zijn dan de regels van dit besluit, buiten toepassing worden gelaten, om te kunnen besluiten dat ze niet verordenend zijn. Meer zelfs, verscheidene van de thans ontworpen bepalingen komen erop neer dat die protocollen los van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 een eigen geldingskracht hebben, want anders zou het gebruik van de term “onverminderd” zinloos zijn.

De Raad van State moet dan ook vaststellen dat de door hem bekritiseerde ambivalentie nog niet is verholpen, wel integendeel.

20.3. Deze opmerkingen gelden evenzeer voor de “Gids voor de opening van de handel”,⁴² waarnaar wordt verwezen in het ontworpen artikel 13, derde lid, (artikel 9 van het ontwerp), alsook voor de “CIRM-capaciteit” waarvan gewag wordt gemaakt in het ontworpen artikel 15, § 5, eerste lid, (artikel 11 van het ontwerp – zie daarover ook opmerking 40).

21.1. Luidens het ontworpen artikel 2, § 1bis (artikel 1, 2°, van het ontwerp) mogen de “ondernemingen, verenigingen en diensten voor de personen werkzaam in de onderneming, ongeacht de aard van hun arbeidsrelatie, waarvoor het telethuiswerk verplicht is, terugkeermomenten inplannen op vrijwillige basis, mits naleving van de regels bedoeld in paragraaf 2 en onder de strikte voorwaarden die zijn opgesomd in de verklaring van 7 mei 2021 van de sociale partners van de Hoge Raad voor Preventie en Bescherming op het Werk en de Nationale Arbeidsraad [over de terugkeermomenten voor telewerkers]”.

Gevraagd naar de juridische waarde van deze verklaring van 7 mei 2021 verduidelijkten de gemachtigden dat het een verklaring betreft van alle sociale partners in de Hoge Raad voor Preventie en Bescherming op het Werk en de Nationale Arbeidsraad,⁴³ die door de opname van de verwijzing ernaar in het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 een “rechtsgrond” zou krijgen.

⁴¹ Adv.RvS 69.305/AV, opmerkingen 21 en 22.

⁴² De gemachtigden bezorgden de volgende – meest recent versie – van deze gids:

– FR: <https://economie.fgov.be/sites/default/files/Files/Publications/files/coronavirus-guide-ouverture-commerces.pdf>;

– NL: <https://economie.fgov.be/sites/default/files/Files/Publications/files/coronavirus-gids-opening-handel.pdf>.

⁴³ <https://werk.belgie.be/nl/nieuws/verklaring-van-de-sociale-partners-van-de-hoge-raad-voor-preventie-en-bescherming-op-het>

21.2. Een dergelijke verklaring kan echter geen juridisch verbindende kracht krijgen door de loutere (zelfs statische) verwijzing ernaar in een rechtsregel, al was het maar omdat de tekst ervan niet is bekendgemaakt overeenkomstig het algemeen rechtsbeginsel dat is verwoord in artikel 190 van de Grondwet.

Bovendien is de betrokken verklaring niet geformuleerd als een rechtsregel, zoals onder meer blijkt uit de passage waarin wordt vermeld dat “[d]e sociale partners vragen dat de bevoegde overheden rekening houden met deze bovenvermelde verklaring wanneer ze zouden beslissen om terugkeermomenten toe te laten voor deze werknemers die aan het verplicht telewerk zijn onderworpen”. Daarenboven verwijst de verklaring van 7 mei 2021 op haar beurt naar documenten zoals “de generieke gids, eventueel aangevuld met maatregelen van de sectorgids”.

De steller van het ontwerp moet dan ook de door hem beoogde voorwaarden voor het terugkeermoment opnemen in het ontwerp zelf, veeleer dan te volstaan met een verwijzing naar een verklaring waarin die voorwaarden worden vermeld op een wijze die niet strookt met de formulering van rechtsregels.

Wat betreft de vermelding van de “generieke gids” en de “sectorgids” wordt verwezen naar de opmerkingen 20.1 tot 20.3.

22.1. Krachtens de ontworpen artikelen 8, § 1, eerste lid, 4°, (artikel 5 van het ontwerp) en 15, § 4, vijfde lid, 4°, (artikel 11 van het ontwerp) organiseert de inrichting zich zodanig of moet de activiteit respectievelijk zo worden georganiseerd

“dat samenscholingen worden vermeden en dat de regels van de social distancing kunnen worden gerespecteerd, eveneens voor wat betreft de personen die buiten de inrichting wachten, desgevallend overeenkomstig de richtlijnen van de bevoegde overheid”.

Gevraagd naar de juridische waarde van deze richtlijnen, antwoordden de gemachtigden:

“Elke bevoegde overheid kan binnen het kader van zijn bevoegdheden welbepaalde (niet-bindende) instructies geven om de activiteiten op zo een manier te organiseren dat samenscholingen worden vermeden en dat de regels van social distancing kunnen worden gerespecteerd eveneens voor wat betreft de personen die buiten de inrichting of de gebouwen wachten. (bijvoorbeeld grondmarkeringen)

Weliswaar kunnen de lokale overheden (op basis van artikelen 133 en 135, § 2 van de Nieuwe Gemeentewet van 24 juni 1988) (bindende) politiemaatregelen nemen ter vrijwaring van de openbare orde. Art. 135, § 2, 5° preciseert bovendien de bevoegdheid in het kader van het beheersen van epidemieën: ‘5° het nemen van passende maatregelen om rampen en plagen, zoals brand, epidemieën en epizoötieën te voorkomen en het verstrekken van de nodige hulp om ze te doen ophouden;’”.

22.2. Indien het daadwerkelijk gaat om niet-bindende instructies, zoals de gemachtigden lijken voor te houden, rijst de vraag naar de juridische meerwaarde van de verwijzing naar dergelijke richtlijnen in een normatief ministerieel besluit. Meer zelfs, een dergelijke verwijzing kan dan leiden tot rechtsonzekerheid.

Indien daarentegen wordt gerefereerd aan bindende politiemaatregelen die lokale overheden kunnen nemen, is de verwijzing ernaar zinloos, omdat die maatregelen uit zichzelf toepasselijk zijn en moeten worden toegepast naast de bepalingen van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020.

VIII. ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

DISPOSITIEF

Artikel 1

23.1. Het is niet duidelijk wat het toepassingsgebied is van het ontworpen artikel 2, § 1 en § 1bis.

23.2. Zo bijvoorbeeld is het de bedoeling dat het ontworpen artikel 2, § 1, eerste lid van toepassing is op

“ondernemingen, verenigingen en diensten, met inbegrip van de handelszaken, private en publieke bedrijven en diensten die noodzakelijk zijn voor de bescherming van de vitale belangen van de Natie en de behoeften van de bevolking bedoeld in de bijlage 1 van dit besluit”.

Ten opzichte van het huidige artikel 2, § 1, eerste lid, van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 worden dus de volgende woorden toegevoegd: “met inbegrip van de handelszaken, private en publieke bedrijven en diensten die noodzakelijk zijn voor de bescherming van de vitale belangen van de Natie en de behoeften van de bevolking bedoeld in de bijlage 1 van dit besluit”.

Op een vraag in verband met de draagwijdte van die toevoeging ten opzichte van het huidige artikel 2, § 1, eerste lid, van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020, hebben de gemachtigden de volgende uitleg verstrekt:

“Neen, er is geen verstrenging. Ook in het huidige MB wordt geen onderscheid gemaakt voor het verplichten van telewerk tussen essentiële en niet-essentiële sectoren: telewerk is overal verplicht tenzij dit onmogelijk is omwille van de aard van de functie of de continuïteit van de bedrijfsvoering, de activiteiten of de dienstverlening. Zo staat het ook op de info coronavirus FAQ van het crisiscentrum <https://www.info-coronavirus.be/nl/faq/> (werk en economie, eerste vraag).

Naar aanleiding van de SIOD-flitscontroles (januari – februari 2021), specifiek gericht op de naleving van de telewerkverplichting kwamen de eerste signalen binnen dat de bestaande formulering/ordening van de alinea's in paragraaf 1 van artikel 2 tot interpretatie-discussies leidde. Eind april werd bijzonder duidelijk dat de interpretatie dat ondernemingen en overheidsdiensten die als essentieel worden beschouwd, niet verplicht zouden zijn om de telewerk-verplichting (maximaal) na te leven, aan terrein won; zodat een verduidelijking nodig was. Het betreft dus geen verstrenging maar een verduidelijking.”

23.3. In de volgende leden van het ontworpen artikel 2, § 1, is er daarentegen enkel nog sprake van “de onderneming” of “het bedrijf” en niet van verenigingen of diensten.

Hetzelfde geldt met betrekking tot het ontworpen artikel 2, §1bis, waarvan het eerste lid van toepassing is op “de ondernemingen, verenigingen en diensten”, terwijl in het tweede en het derde lid enkel nog sprake is van “de onderneming”.

Zoals de tekst telkens is gesteld, is het ook niet duidelijk of alle openbare diensten bedoeld worden.

Op een vraag daarover hebben de gemachtigden het volgende geantwoord:

“[w]e stellen voor het volgende toe te voegen in § 1bis: ‘tous les entreprises, associations et services, y compris les 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 visés à l’annexe 1^[ère] au présent arrêté’”.

Het antwoord van de gemachtigden maakt het evenwel niet mogelijk om uit te maken wat juist het toepassingsgebied is van het ontworpen artikel 2, § 1 en § 1bis.

Ter wille van de rechtszekerheid dienen de verschillende leden duidelijker gesteld te worden. Indien nodig, dient er een generieke omschrijving gegeven te worden van de personen voor wie telewerk verplicht is.

Hoe dan ook moet de terminologie gebruikt in de Nederlandse tekst van het ontwerp eenvormig gemaakt worden. Zo wordt immers het Franse begrip “entreprise” nu eens met het woord “onderneming(-en)” en dan weer met het woord “bedrijf(f)(-ven)” weergegeven.

24. Het ontworpen artikel 2, § 1bis, eerste lid, voorziet in de mogelijkheid dat personen voor wie telewerk verplicht is “op vrijwillige basis” terugkeermomenten kunnen inplannen.

Op de vraag wat de draagwijdte is van de bewoordingen “op vrijwillige basis” hebben de gemachtigden het volgende geantwoord:

“Cela signifie que le travailleur et l’employeur doivent s’accorder sur ce retour, il ne peut être imposé ni par le travailleur ni par l’employeur.

Aangezien deze terugkeermomenten in eerste instantie worden georganiseerd om een mogelijkheid te bieden aan werknemers op wie de lange periode van verplicht telewerk mentaal zwaar weegt, is het vrijwillige karakter voor alle werknemers belangrijk.

Pas in juli verdwijnt, indien de epidemische situatie het zal toelaten, het verplicht karakter van het telewerk. De maand juni wordt nu dus beschouwd als een overgangperiode.

Vrijwilligheid in hoofde van de werknemer betekent dat hij/zij het aanbod van de werkgever die een terugkeermoment organiseert, kan weigeren”.

De ontworpen bepaling moet bijgevolg in die zin worden verduidelijkt. Zo zouden de woorden “op vrijwillige basis” bijvoorbeeld vervangen kunnen worden door de woorden “in onderling overleg”, waarmee de wederzijdse instemming van beide partijen duidelijker tot uiting wordt gebracht.

25. Luidens het ontworpen artikel 2, § 1bis, tweede lid, mag per dag maximaal 20% van de personen werkzaam in de onderneming tegelijk op de arbeidsplaats aanwezig zijn.

Het begrip “onderneming” wordt in artikel 1, 1°, van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 gedefinieerd als “elke natuurlijke of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft”.

Op de vraag of bij de toepassing van dat percentage geen rekening gehouden moet worden met ondernemingen met meer vestigingseenheden, hebben de gemachtigden het volgende geantwoord:

“Inderdaad. We stellen voor ‘op de arbeidsplaats’ ter vervangen door ‘per vestigingseenheid’.”

De ontworpen bepaling dient bijgevolg in die zin aangepast te worden.

Artikel 2

26. Zoals artikel 2, 6°, van het ontwerp nu is geredigeerd, zijn groepen van meer dan twee personen toegestaan voor zover ze behoren tot hetzelfde huishouden of voor zover het personen betreft die nood hebben aan begeleiding. Er wordt echter niet bepaald dat de begeleider deel kan uitmaken van die groep.

Op een vraag hierover hebben de gemachtigden de volgende nieuwe formulering voorgesteld:

“Mogelijke herformulering: ‘De consumenten mogen worden ontvangen in groepen van maximum twee personen, kinderen tot en met 12 jaar niet meegeteld. Groepen van meer dan twee personen zijn toegestaan voor zover ze behoren tot hetzelfde huishouden. De personen die nood hebben aan begeleiding kunnen worden vergezeld door maximum één extra persoon.’.”

Ter wille van de rechtszekerheid dient de ontworpen bepaling bijgevolg in die zin gewijzigd te worden.

27. Bij artikel 2, 5° en 6°, van het ontwerp (het ontworpen artikel 5, derde en vierde lid) wordt eveneens voorzien in een afwijking wat betreft de personen die tot hetzelfde “huishouden” behoren. Volgens artikel 1, 6°, van het voornoemde ministerieel besluit van 28 oktober 2020, dat niet gewijzigd wordt door het ontwerp, wordt “huishouden” gedefinieerd als “personen die onder hetzelfde dak wonen”.

In de aanhef van het voorliggende ontwerp staat evenwel dat

“voor de toepassing van dit besluit, onder ‘huishouden’ moet worden begrepen de personen die onder hetzelfde dak wonen; dat hiermee ook wordt bedoeld op de nieuwe gezinsvormen, zoals nieuw samengestelde gezinnen of andere situaties waarbij de betrokkenen strikt genomen niet onafgebroken onder hetzelfde dak wonen”.

De definitie die aldus in de aanhef wordt gegeven stemt niet overeen met die welke nog steeds vermeld staat in het besluit zelf. Ze is er zelfs mee in tegenspraak, hetgeen tot rechtsonzekerheid leidt.

De afdeling Wetgeving heeft in dat verband reeds het volgende opgemerkt in advies 69.305/AV⁴⁴:

“Gelet op het feit dat dit begrip medebepalend is voor de vraag of afgeweken kan worden van het eerste lid van het ontworpen artikel 6, § 3, en dat sancties opgelegd kunnen worden ingeval men zich niet aan dat begrip houdt, is het raadzaam een duidelijkere definitie te geven van het begrip ‘huishouden’ voor elke vermelding van dat begrip in het ministerieel besluit van 28 oktober 2020, en daarbij eveneens rekening te houden met de gevallen die het gevolg zijn van nieuwe gezinsvormen, zoals nieuw samengestelde gezinnen of andere situaties waarbij de betrokkenen strikt genomen niet onafgebroken onder hetzelfde dak wonen.”

De vereiste precisering wat betreft het begrip “huishouden” dient in het dispositief van het ministerieel besluit zelf aangebracht te worden. In het bijzonder dient daarin, indien dat de bedoeling is, te worden bepaald of, en in welke mate, het gegeven dat “onafgebroken” onder hetzelfde dak samengewoond wordt, al dan niet een rol speelt.

Artikel 3

28. In het ontworpen artikel 6, § 1, wordt verwezen naar “de inrichtingen die behoren tot de horecasector en andere eet- en drankgelegenheden”, wat de mogelijkheid om afhaalmaaltijden en -dranken aan te bieden en te leveren tot ten laatste 23u30. In de erop volgende ontworpen paragraaf 2, dat betrekking heeft op “het professioneel uitoefenen van horeca-activiteiten”, wordt enkel nog verwezen naar “de inrichting”.

De vraag rijst dan ook wat de onderlinge verhouding is van het toepassingsgebied van de twee ontworpen paragrafen en of niet-professionele horeca-activiteiten wel worden bedoeld in de ontworpen paragraaf 2, zoals bijvoorbeeld de kantine van een sportclub. Gaat het in dat laatste geval om “andere eet- en drankgelegenheden”? In dat geval zou de ontworpen paragraaf 2 niet van toepassing zijn. Of gaat het in dat geval toch om horeca-activiteiten, maar dan rijst de vraag of de vermelding van het “professioneel uitoefenen” ervan niet ongelukkig is.

29. Het ontworpen artikel 6, § 2, eerste lid, 5°, bepaalt dat “terrassen en openbare ruimten worden georganiseerd overeenkomstig de voorschriften bepaald door de lokale overheden”.

Op de vraag of daarmee ook terrassen worden beoogd die zijn opgesteld buiten de openbare ruimten, verklaarden de gemachtigden het volgende:

“Enkel terrassen op het publiek domein worden hiermee gevat.”

Dit moet tot uiting komen in de tekst van het ontwerp.

⁴⁴ Voornoemd advies 69.305/AV, opmerking 23.

Deze opmerking geldt eveneens voor het ontworpen artikel 8, § 1, eerste lid, 5°, (artikel 5 van het ontwerp).

30. De gemachtigden verklaarden dat de verwijzing naar een “chirurgisch” mondmasker in het ontworpen artikel 6, § 2, eerste lid, 11°, zal worden geschrapt, zodat enkel een “mondmasker” wordt vereist.

31. Het ontworpen artikel 6, § 2, derde lid, verplicht tot het gebruik van een CE-gemarkeerde luchtkwaliteitsmeter (CO₂) in de eet- en drankgelegenheden van de horecasector, behalve op een open terras. Dit toestel moet worden geïnstalleerd op een voor de bezoeker duidelijk zichtbare plaats. De gemachtigden verklaarden het volgende over dit vereiste:

“Er dient minstens één apparaat per zaak aanwezig te zijn, in de ruimte waar eten en dranken worden geserveerd.”

In de aanhef wordt dienaangaande het volgende vermeld:

“Overwegende dat het gebruik van CE-gemarkeerde luchtkwaliteitsmeters (CO₂) nodig blijkt om de bevolking te beschermen tegen de verhoogde besmettingsrisico's in bepaalde besloten inrichtingen of ruimtes, in het bijzonder in de fitnesscentra en de besloten ruimten van de eet- en drankgelegenheden in de horecasector, omdat daar, door de aard van de activiteiten die er worden uitgeoefend, bijzonder veel aërosolen zich verspreiden; dat deze meters dienen te worden geïnstalleerd op een centrale plaats, en niet naast een deur, raam of ventilatiesysteem.”

De steller van het ontwerp moet nagaan of het, in het licht van de pertinentie en de doelmatigheid van de ontworpen bepaling, niet aangewezen is om te voorzien in de verplichting om zo'n toestel te plaatsen *in elke afgesloten ruimte* van de betrokken inrichting veeleer dan enkel “op een centrale plaats”, zoals in de aanhef wordt vermeld. Bovendien moet nagegaan worden hoe het criterium in de ontworpen bepaling (“op een voor de bezoeker duidelijk zichtbare plaats”) zich verhoudt tot het criterium vermeld in de aanhef (“op een centrale plaats”) en welk criterium - opnieuw in het licht van de pertinentie en de doelmatigheid van de ontworpen bepaling - voorrang heeft indien een voor de bezoeker duidelijk zichtbare plaats niet de optimale efficiëntie behaalt.

Deze opmerking geldt eveneens voor het ontworpen artikel 8, § 1, derde lid, (artikel 5 van het ontwerp).

32. Het ontworpen artikel 6, § 2, vierde lid, luidt als volgt:

“Tenzij het een open terras betreft, is een receptie of banket enkel toegelaten voor een maximum van 50 klanten.”

De gemachtigden lichtten de gehanteerde begrippen als volgt toe:

“Les deux termes sont utilisés dans leur sens usuel à savoir :

- Réception : Réunion de personnes invitées, souvent à caractère mondain.
- Banquet : Repas d'apparat, rassemblant de nombreux convives pour célébrer un événement important.”

De vraag rijst evenwel of de verwijzing naar het “caractère mondain” of het “événement important” niet tot onduidelijkheid en dus tot rechtsonzekerheid, alsook tot moeilijk te verantwoorden ongelijke behandelingen, leidt. Is het werkelijk de bedoeling dat een maaltijd (“repas”) voor een niet belangrijk evenement niet kan worden georganiseerd voor een maximum van 50 klanten? De steller van het ontwerp moet de twee gesuggereerde definities dan ook opnieuw onderzoeken en ze desgevallend in een aangepaste versie opnemen in het ontwerp.

Deze opmerking geldt eveneens voor het ontworpen artikel 15, § 7 (artikel 11 van het ontwerp), waar deze termen ook voorkomen.

33. Op de vraag wat het maximum aantal klanten is wanneer in één horeca-inrichting meerdere recepties of banketten worden georganiseerd, antwoordden de gemachtigden als volgt:

“Het aantal klanten dat aanwezig is per afgescheiden receptie of banket (het gaat om de activiteit) mag het maximum aantal van 50 klanten niet overschrijden. Er kunnen dus meerdere recepties en banketten worden georganiseerd in dezelfde inrichting zolang het maximum aantal klanten van 50 (per afgescheiden receptie of banket) niet wordt overschreden.”

Met het oog op de rechtszekerheid is het raadzaam om dit uitdrukkelijk te regelen in de ontworpen bepaling, met inbegrip van de voorwaarde dat het om afgescheiden recepties en banketten moet gaan.

Artikel 5

34. Het ontworpen artikel 8, § 1, eerste lid, 3°, bevat de volgende voorwaarde:

“het bedekken van de mond en neus met een mondmasker in de onderneming of vereniging is verplicht in de voor het publiek toegankelijke ruimtes, en indien de regels van de social distancing niet kunnen worden nageleefd wegens de aard van de uitgeoefende activiteit worden andere persoonlijke beschermingsmiddelen sterk aanbevolen, onverminderd artikel 25”.

De gemachtigden bevestigden dat het om “twee afzonderlijke regels” gaat, namelijk enerzijds een mondmaskerplicht in publiek toegankelijke ruimtes en anderzijds een loutere aanbeveling om “andere” persoonlijke beschermingsmiddelen te gebruiken “indien de regels van social distancing niet kunnen worden nageleefd”.

De gemachtigden verklaarden verder dat het gebruik van mondmaskers niet onder “de regels van de social distancing” valt.⁴⁵ Het huidige artikel 25 van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 luidt echter als volgt:

“Eenieder, met uitzondering van kinderen tot en met 12 jaar, is verplicht om de mond en de neus te bedekken met een mondmasker of elk ander alternatief in stof wanneer het onmogelijk is om de naleving van de regels van social distancing te garanderen, met uitzondering van de gevallen bedoeld in artikel 23, § 2.

⁴⁵ Over die “regels van de social distancing”, zie opmerking 19.

Eenieder, met uitzondering van kinderen tot en met 12 jaar, is in elk geval verplicht om de mond en de neus te bedekken met een mondmasker of elk ander alternatief in stof op de volgende plaatsen:

1° de winkels en de winkelcentra;

2° de conferentiezalen;

3° de auditoria;

4° de gebouwen der eredienst en de gebouwen bestemd voor de openbare uitoefening van de niet-confessionele morele dienstverlening;

5° de bibliotheken, de spelotheken en de mediatheken;

6° de winkelstraten, de markten, en elke private of publieke druk bezochte plaats, bepaald door de bevoegde lokale overheid en afgebakend met een aanplakking die de tijdstippen preciseert waarop de verplichting van toepassing is;

7° de inrichtingen en plaatsen waar horeca-activiteiten toegelaten zijn, zowel de klanten als het personeel, tenzij gedurende het eten, drinken, of aan tafel zitten;

8° bij verplaatsingen in de publieke en niet-publieke delen van de gerechtsgebouwen, alsook in de zittingszalen bij elke verplaatsing en, in de andere gevallen, overeenkomstig de richtlijnen van de kamervoorzitter;

9° tijdens de evenementen, culturele en andere voorstellingen en professionele sportieve wedstrijden;

10° tijdens de handelsbeurzen, met inbegrip van de salons.

Wanneer het dragen van een mondmasker of elk alternatief in stof niet mogelijk is omwille van medische redenen, mag een gelaatsscherm worden gebruikt.

De personen die in de onmogelijkheid zijn een mondmasker, een alternatief in stof of een gelaatsscherm te dragen omwille van een beperking, gestaafd door middel van een medisch attest, moeten niet voldoen aan de bepalingen van dit besluit die deze verplichting voorzien.”⁴⁶

Over de “andere persoonlijke beschermingsmiddelen” verklaarden de gemachtigden het volgende:

“Dit kan onder andere de afwijkingsmogelijkheid zijn die wordt beoogd in artikel 25 van het te wijzigen besluit, maar ook andere maatregelen zoals bijvoorbeeld het dragen van handschoenen.”

Zoals het ontworpen artikel 8, § 1, eerste lid, 3°, thans is geformuleerd, rijst de vraag naar de verhouding ervan met het huidige artikel 25. Tevens rijst de vraag waarom de regeling inzake het gebruik van een mondmasker of andere persoonlijke beschermingsmiddelen minder streng is wanneer de “regels van social distancing” niet kunnen worden nageleefd dan wanneer die regels net wel kunnen worden nageleefd. In het eerste geval wordt immers slechts een aanbeveling geformuleerd en geen verplichting.

⁴⁶ Artikel 17 van het ontwerp vult dit artikel aan met een vijfde lid, dat als volgt luidt:

“Het mondmasker of elk alternatief in stof mag occasioneel worden afgezet om te eten en te drinken, en wanneer het dragen ervan onmogelijk is omwille van de aard van de activiteit.”

De steller van het ontwerp moet de ontworpen bepaling aan een nieuw onderzoek onderwerpen in het licht van deze vaststellingen.

35. Op de vraag wat wordt bedoeld met de term “openbare ruimten” in het ontworpen artikel 8, § 1, eerste lid, 5°, antwoordden de gemachtigden als volgt:

“De notie ‘openbare ruimten’ omvat zowel de notie ‘openbare weg’ als de ‘voor het publiek toegankelijke plaatsen’, met inbegrip van plaatsen die ‘afgesloten en overdekt’ zijn.”

Het is raadzaam om, ter wille van de rechtszekerheid, een definitie uit te werken voor deze term.

Artikel 10

36. De gemachtigden bevestigden, met betrekking tot het ontworpen artikel 14, § 2, dat het verbod van samenscholingen van meer dan vijftig personen in de “private ruimte”, ook slaat op samenscholingen in open lucht (op privédomein). Dit moet ter wille van de rechtszekerheid worden verduidelijkt in de tekst van de ontworpen bepaling.

37. In het ontworpen artikel 14, § 3, wordt voorzien in de verplichting voor toegelaten samenscholingen om groepen te vormen van maximum vier personen, kinderen tot en met twaalf jaar niet meegeteld. De vraag rijst evenwel of dergelijke groepen dezelfde moeten blijven gedurende de hele activiteit of dat die groepen tijdens eenzelfde activiteit mogen wisselen van samenstelling. De gemachtigden verklaarden dat de groepen niet mogen wisselen van samenstelling.

Dit moet, eveneens ter wille van de rechtszekerheid, worden verduidelijkt in de tekst van de ontworpen bepaling.

Deze opmerking geldt *mutatis mutandis* voor de overige bepalingen in het ontwerp waarin gewag wordt gemaakt van de verplichting tot indeling in groepen voor bepaalde activiteiten of evenementen.⁴⁷

⁴⁷ Ontworpen artikel 5, vierde lid (artikel 2, 6°, van het ontwerp), ontworpen artikel 8, § 1, tweede lid (artikel 5 van het ontwerp), ontworpen artikel 9, 5° (artikel 6, 1°, van het ontwerp), ontworpen artikel 13, tweede lid (artikel 9 van het ontwerp), ontworpen artikel 14, § 3 (artikel 10 van het ontwerp), en ontworpen artikel 15, § 2, eerste lid, en § 6, (artikel 11 van het ontwerp).

Artikelen 11 en 13

38. Op het verzoek om de draagwijdte te verduidelijken van de woorden “in de mate van het mogelijke” die voorkomen in het ontworpen artikel 15, § 2, tweede lid, 3°, (artikel 11 van het ontwerp) hebben de gemachtigden het volgende geantwoord:

“Het naleven van deze maatregel is geen resultaatsverbintenis maar een inspanningsverbintenis. Indien het mogelijk is dienen de maatregelen van social distancing dus wel te worden gerespecteerd maar indien ze niet kunnen worden nageleefd zal dit niet gesanctioneerd worden. Deze bepaling zou kunnen worden verplaatst naar artikel 23.”

Die precisering zou inderdaad beter op haar plaats zijn in artikel 23 van het te wijzigen besluit.

39. Bij de huidige stand van de regelgeving kan de lokale overheid op grond van artikel 16 van voormeld ministerieel besluit van 28 oktober 2020 bepaalde vergunningen afgeven met betrekking tot het opzetten van culturele, sportieve of andere evenementen “die buiten worden georganiseerd” (artikel 15, § 8), van statische betogingen die op de openbare weg plaatsvinden (artikel 15, § 9) of van handelsbeurzen die “buiten worden georganiseerd” (artikel 15, § 10). Dit vergunningsstelsel doet geen bijzondere moeilijkheid rijzen in het licht van artikel 26 van de Grondwet, aangezien het telkens gaat om “bijeenkomsten in de open lucht” in de zin van het tweede lid van dat artikel.

De artikelen 15 en 16 van het ministerieel besluit van 28 oktober 2020 worden bij de artikelen 11 en 13 van voorliggend ontwerp gewijzigd, inzonderheid om het vergunningsstelsel toe te passen op het organiseren van bijeenkomsten in binnenruimtes van gebouwen voor erediensten met het oog op het optrekken van het aantal personen dat tegelijk in het gebouw aanwezig mag zijn (ontworpen artikel 15, § 4, vierde lid) alsook op diverse evenementen die binnen georganiseerd worden (ontworpen artikel 15, § 5, eerste lid).

Die bijeenkomsten, die in een afgesloten en overdekte plaats gehouden worden, vallen niet meer onder het toepassingsgebied van artikel 26, tweede lid, van de Grondwet en mogen dan ook niet onderworpen worden aan een stelsel van “voorafgaand verlof”.⁴⁸ Artikel 26, eerste lid, van de Grondwet luidt immers als volgt:

“De Belgen hebben het recht vreedzaam en ongewapend te vergaderen, mits zij zich gedragen naar de wetten, die het uitoefenen van dit recht kunnen regelen zonder het echter aan een voorafgaand verlof te onderwerpen.”

⁴⁸ Advies 52.523/AV, dat op 8 januari 2013 gegeven is over een wetsvoorstel ‘modifiant la législation relative à la répression du racisme en vue d’interdire les réunions de groupes racistes et néonazis’, ‘tot wijziging van de racismewetgeving wat het verbod van bijeenkomsten van racistische en neonazistische groeperingen betreft’ opmerking 5 (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/52523.pdf>)

De algemene vergadering van de afdeling Wetgeving heeft in voormeld advies 68.936/AV de volgende opmerking gemaakt bij artikel 5 van het voorontwerp van wet dat toen voorlag, teneinde de draagwijdte te verduidelijken van het grondwettelijk verbod op preventieve maatregelen waarbij de vrijheden ingeperkt worden:

“96. De maatregelen bedoeld in artikel 5, § 1, kunnen onder andere bestaan in ‘verboden, sluitingen of beperkingen’ in verschillende domeinen.

Er moet evenwel aan herinnerd worden dat die maatregelen in geen enkel geval mogen bestaan in preventieve maatregelen die bij de Grondwet verboden zijn. In dat verband kan worden verwezen naar artikel 19 (vrijheid van meningsuiting)⁴⁹, artikel 24, § 1, eerste lid (vrijheid van onderwijs), artikel 25 (vrijheid van drukpers), artikel 26 (vrijheid van vergadering)⁵⁰ en artikel 27 (vrijheid van vereniging) van de Grondwet.

Volgens de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

‘[kunnen] preventieve maatregelen hierin (...) worden gekenmerkt dat zij bepaalde voorwaarden of formaliteiten opleggen waaraan moet zijn voldaan vooraleer het desbetreffende recht in de praktijk kan worden uitgeoefend, afgezien van de vraag of van de vrijheid misbruik wordt gemaakt of kan worden gemaakt, en dat het niet nakomen van de gestelde voorwaarden op zichzelf een strafbaar feit uitmaakt’⁵¹.

Die maatregelen onderscheiden zich van repressieve maatregelen die uitsluitend van toepassing zijn wanneer de persoon gebruik gemaakt heeft van zijn vrijheid op een door of krachtens de wet verboden wijze.⁵²

⁴⁹ Voetnoot 163 van het aangehaalde advies: In verband met de vrijheid van meningsuiting wordt bij artikel 19 van de Grondwet enkel de “bestrafing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van die vrijhe[id] worden gepleegd” toegestaan. Wat de vrijheid van meningsuiting betreft, heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat die grondwetsbepaling er niet aan in de weg staat dat de uitoefening ervan afhankelijk wordt gesteld van bepaalde formaliteiten, die geen voorafgaande inhoudelijke beoordeling van de boodschap inhouden, voor zover het gaat om maatregelen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van de doelstellingen die uitdrukkelijk vermeld worden in de internationale verdragsbepalingen tot bescherming van de vrijheid van meningsuiting, zoals de openbare orde en de bescherming van de rechten van anderen (GwH 22 oktober 2003, nr. 136/2003, B.5.1 en B.6.1 tot B.6.3). Zie advies RvS 62.325/2/VR van 2 mei 2018 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van de Franse Gemeenschap van 28 juni 2018 ‘tot wijziging van het decreet van 7 november 2013 tot bepaling van het hogeronderwijslandschap en de academische organisatie van de studies en houdende transparantie van de niet-erkende instellingen’ (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/62325.pdf>).

⁵⁰ Voetnoot 164 van het aangehaalde advies: Zie advies RvS 52.834/2 van 27 februari 2013 over een wetsvoorstel ‘tot wijziging van artikel 135 van de Nieuwe gemeentewet van 24 juni 1988 teneinde de gemeenten toe te staan de openingstijden van de drankgelegenheden te reglementeren’ (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/52834.pdf>): “Wat, ten tweede, de vergaderingen betreft die in een afgesloten en overdekte plaats worden gehouden, maar die voor elkeen vrij toegankelijk zijn, stelt artikel 26 van de Grondwet dat deze mogen worden gehouden “mits [de aanwezige personen] zich gedragen naar de wetten, die het uitoefenen van dit recht kunnen regelen zonder het echter aan een voorafgaand verlot te onderwerpen”, voor zover deze vergaderingen “vreedzaam en ongewapend” verlopen. De overheden kunnen de uitoefening van deze vrijheid regelen, ook door middel van eventueel preventieve politimaatregelen, zonder de vreedzame en ongewapende vergaderingen de voorwaarde van een voorafgaande toelating op te leggen.”

⁵¹ Voetnoot 165 van het aangehaalde advies: RvS 18 mei 1999, nr. 80.282, *Van der Vinck e.a.*; zie in diezelfde zin, RvS 7 augustus 2000, nr. 89.216, *Van Rossen*.

⁵² Voetnoot 166 van het aangehaalde advies: Advies RvS 62.325/2/VR van 2 mei 2018 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van de Franse Gemeenschap van 28 juni 2018 ‘tot wijziging van het decreet van 7 november 2013 tot bepaling van het hogeronderwijslandschap en de academische organisatie van de studies en houdende transparantie van de niet-erkende instellingen’ (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/62325.pdf>).

Het Grondwettelijk Hof heeft evenwel een definitie van de preventieve maatregel aangenomen die ingegeven is door het voorwerp van die preventieve maatregel. Bij de beoordeling van de grondwettelijkheid van de besluitwet van 29 december 1945 'houdende verbod tot het aanbrengen van opschriften op den openbaren weg', heeft het Grondwettelijk Hof immers het volgende verduidelijkt:

'B.5.1. Uit artikel 1 van de in het geding zijnde besluitwet blijkt dat de mogelijkheid om te afficheren wordt beperkt tot bepaalde plaatsen, namelijk degene die door de gemeente daartoe zijn bestemd en degene waarvoor de eigenaar of de gebruiksgerechtigde vooraf schriftelijk zijn toestemming heeft gegeven. Aldus regelt de besluitwet een aantal modaliteiten wat de affichage betreft, zonder evenwel te voorzien in preventieve maatregelen. Zo wordt de mogelijkheid om te afficheren geenszins afhankelijk gemaakt van een voorafgaande inhoudelijke beoordeling van de boodschap. De in het geding zijnde besluitwet verleent de overheid immers geen enkele bevoegdheid om een meningsuiting, van welke aard ook, a priori te controleren of te verbieden, maar voorziet enkel in sancties *a posteriori*.

(...)

B.6.3. Door het afficheren te verbieden op andere plaatsen dan diegene die door de gemeenteoverheid daartoe zijn bestemd of het afficheren enkel toe te staan na een voorafgaande en schriftelijke toestemming van de gebruiksgerechtigde of de eigenaar, strekt de in het geding zijnde besluitwet ertoe de openbare orde te handhaven en de rechten van anderen te beschermen.

De in het geding zijnde bepalingen beantwoorden aldus aan een dwingende maatschappelijke noodwendigheid en zijn niet onevenredig met de door de wetgever nagestreefde doelstellingen. Een onbeperkte mogelijkheid om te afficheren op plaatsen die deel uitmaken van het openbaar domein of van privé-eigendommen, zou immers kunnen leiden tot verstoring van de openbare orde, visuele vervuiling, milieuhinder, en aantasting van de eigendomsrechten van derden.

De verbodsbepalingen waarin de besluitwet van 29 december 1945 voorziet, overschrijden bijgevolg niet de grenzen en de voorwaarden waarin de wetgever de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting kan beperken. Van een ongeoorloofde en discriminatoire inbreuk op de vrijheid van meningsuiting is aldus geen sprake.⁵³

Daaruit vloeit voort dat wanneer, met name, de toegang tot een school of een plaats van eredienst wordt beperkt of verboden louter op grond van overwegingen die verband houden met de volksgezondheid, zonder enige beoordeling van het onderwijs of de cultuur, zulk een beperking of verbod geen "preventieve maatregel" vormt als bedoeld in de artikelen 19 en 24, § 1, van de Grondwet.

Bij de vaststelling van de maatregelen waarvan sprake is in artikel 5, § 1, van het voorliggende voorontwerp, dient dan ook onderzocht te worden of deze, gelet op de draagwijdte ervan, geen bij de Grondwet verboden preventieve maatregelen zijn."⁵⁴

⁵³ Voetnoot 167 van het aangehaalde advies: GwH 22 oktober 2003, nr. 136/2003.

⁵⁴ Voetnoot 168 van het aangehaalde advies: Wat het verbod op schorsing van de Grondwet betreft, zie randnummer 8.

Om dezelfde redenen kunnen de artikelen 11 en 13 van voorliggend ontwerp, voor zover daarbij een vergunningsstelsel ingevoerd wordt dat toepassing zou vinden op bijeenkomsten die niet “in de open lucht” plaatsvinden, enkel verenigbaar zijn met artikel 26, eerste lid, van de Grondwet als de rol van de administratieve overheid geenszins verder reikt dan het objectief vaststellen van de omstandigheid dat aan de sanitaire voorwaarden zoals die voortvloeien uit de “CERM”, of, in voorkomend geval, uit de “CIRM”, al dan niet vervuld zijn en daar voor het overige geen enkele andere beoordelingsbevoegdheid aan te pas komt, onder voorbehoud van hetgeen hierna, in opmerking 40, uiteengezet wordt.

Die ontworpen bepalingen en artikel 16 van voormeld ministerieel besluit van 28 oktober 2020 moeten aldus herzien worden dat elke onduidelijkheid op dit punt vermeden wordt.

40. In voormeld advies 69.305/AV heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving het volgende geoordeeld:

“In zoverre de CERM en CIRM louter een ondersteunende functie hebben voor de bevoegde lokale overheden, kan met de gehanteerde werkwijze worden ingestemd. Dat betekent niet alleen dat deze instrumenten geen afwijkingen mogen bevatten van het te wijzigen ministerieel besluit, maar ook dat de bevoegde lokale overheid niet zonder meer gebonden is door de uitkomst van de bedoelde modellen.”⁵⁵

Volgens het ontworpen artikel 15, § 5, eerste lid, mogen bepaalde evenementen bijgewoond worden door een “zittend publiek van maximum 75 % van de CIRM-capaciteit, zonder 200 personen te overschrijden”.

Op de vraag of aldus aan de CIRM geen verordenend karakter toegekend wordt, hebben de gemachtigden het volgende geantwoord:

“De capaciteit wordt finaal bepaald door de lokale overheid; het betreft derhalve een beslissing van de lokale overheid waarbij zij de CIRM kunnen hanteren als advies-model (die vanuit die optiek dus geen verordenende kracht heeft).”

⁵⁵ Voormeld advies 69.305/AV, opmerking 36.2.

Uit het onderzoek blijkt evenwel dat, in weerwil van de uitleg die aldus verstrekt is, bij de voorliggende teksten uiteindelijk wel degelijk een verordenende draagwijdte toegekend wordt aan de rekenmethodes die vervat zijn in de CIRM; op dit punt wordt verwezen naar de opmerkingen 20.1 tot 20.3. Die oplossing, die overigens in overeenstemming is met wat krachtens artikel 26 van de Grondwet vereist is om het grondwettelijk verbod te kunnen ontlopen op het invoeren van een regeling van voorafgaande verloven voor bijeenkomsten die niet in de open lucht gehouden worden,⁵⁶ moet evenwel in ondubbelzinnige bewoordingen opgenomen worden in de voorliggende teksten en in de aanhef, wat impliceert dat de CERM en de CIRM daarin gedefinieerd moeten worden en dat daaraan de bekendheid vereist bij artikel 190 van de Grondwet gegeven moet worden, bijvoorbeeld door ze als bijlagen bij het ontworpen besluit te voegen.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT

⁵⁶ Zie opmerking 29.