



Numéro d'ordre : 35
Date du prononcé : Arrêt du 18-04-2023
Numéro du rôle : 
Numéro du répertoire : 

Cour d'appel Liège

Arrêt

de la DOUZIÈME A chambre civile

Expédition(s) délivrée(s) à :

Huissier :	Huissier :	Huissier :
Avocat :	Avocat :	Avocat :
Partie :	Partie :	Partie :
Liège, le	Liège, le	Liège, le
Coût :	Coût :	Coût :
CIV :	CIV :	CIV :

A destination du Receveur :

Présenté le
Non enregistrable

COVER 01-00003250264-0001-0041-01-01-1



EN CAUSE DE :

1. **REGION WALLONNE**, BCE 0220.800.506, représenté par son Gouvernement, en la personne de son Ministre Président, dont les bureaux sont situés sis à 5100 JAMBES (NAMUR), rue Mazy, 25-27,
partie appelante,

représentée par Maître LIPPENS Eva loco Maître UYTTENDAELE Marc, avocat à 1060 SAINT-GILLES, Rue de la Source 68

CONTRE :

1. **NOTRE BON DROIT A.S.B.L.**, BCE 0762.755.342, dont le siège est établi à 6230 PONT-A-CELLES, rue de Courcelles, 22,

2. [REDACTED]
partie intimée,

3. [REDACTED]
partie intimée,

4. [REDACTED]

5. [REDACTED]

6. S [REDACTED]

7. [REDACTED]

8. H [REDACTED]



9.

parties intimées,

représentées par Maître DESPONTIN Audrey, avocat à 1000 BRUXELLES, Chaussée de Waterloo 880 et Maître LACKNER Audrey, avocat à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 140

Vu les feuilles d'audiences des 25/04/2022, 21/03/2023 et de ce jour.

APRÈS EN AVOIR DÉLIBÉRÉ :

Vu la requête d'appel du 4 avril 2022 par laquelle la REGION WALLONNE interjette appel de l'ordonnance du 1^{er} mars 2022 prononcée par le tribunal de première instance de Namur, division de Namur.

Vu les conclusions et dossiers des parties.

1. LES FAITS ET L'OBJET DE L'APPEL

a) Les faits tels que soumis au premier juge.

NOTRE BON DROIT est une ASBL qui se présente comme « *une alliance de professionnels de la santé, de scientifiques, de juristes et de citoyens belges qui estiment que la réponse du gouvernement à la COVID-19 est malavisée et ne repose pas sur les meilleures preuves scientifiques disponibles* ».

Cette association sans but lucratif explique avoir pour objectif de défendre les intérêts des citoyens belges dans le cadre de la gestion de la pandémie liée au SARS-CoV-2 (COVID-19). Dans ce cadre, NOTRE BON DROIT s'assigne notamment pour but la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le cadre de cette pandémie.



[REDACTED]

[REDACTED] citoyenne domiciliée en région wallonne, déclare ne pas pouvoir, pour des raisons médicales, recevoir une deuxième ou troisième dose de vaccin, se trouvant dans un processus de procréation médicalement assistée. Une mauvaise réaction à sa première dose du vaccin développé par la firme JOHNSON & JOHNSON met en péril son projet d'avoir un enfant. Elle se trouverait ainsi contrainte de choisir entre son projet d'avoir un enfant et les règles imposées par la REGION WALLONNE pour exercer ses libertés, sans qu'il ne soit tenu compte, à son estime, des raisons médicales avancées.

[REDACTED] citoyen domicilié en région wallonne, n'est pas vacciné et n'aurait jamais ressenti les symptômes d'une infection au SARSCoV2 . Ne pouvant pas disposer d'un *Covid Safe Ticket*, il se trouverait empêché de pouvoir exercer ses activités sportives de judo et d'escalade.

[REDACTED], citoyen domicilié en région wallonne, se trouve dans une situation identique et ne pourrait plus pratiquer le tennis, soit à l'occasion d'entraînements, soit à l'occasion de tournois.

[REDACTED], citoyenne domiciliée à Bruxelles, se rend régulièrement en Région wallonne. Elle a obtenu un certificat de rétablissement lors du mois de novembre 2021 qui est en principe valable jusqu'au mois de mai 2022. Le Comité de concertation réunissant les autorités fédérales et fédérées de Belgique a décidé, le 21 janvier 2022, de réduire la durée de validité des certificats de rétablissement à cinq mois, de sorte qu'elle ne pourra plus disposer, sur cette base, d'un *Covid Safe Ticket* en avril 2022. Outre ce préjudice, V [REDACTED] [REDACTED] déclare refuser de rentrer dans un système de contrôle lié au *Covid Safe Ticket* et défendre la liberté de choix vaccinal, aucune obligation de vaccination contre le SARSCoV2 n'ayant été mise en place par le législateur.

[REDACTED] citoyen domicilié en région wallonne, scientifique de formation, est vacciné avec deux doses, la dernière injection ayant eu lieu le 16 juin 2021. Il déclare avoir contracté une infection au SARSCoV2 à trois occasions en mars 2020, en novembre 2021 et en janvier 2022, malgré sa double vaccination. Il ne souhaite pas, après en avoir discuté avec son médecin, effectuer une troisième injection. Il dispose d'un certificat de vaccination et d'un certificat de rétablissement valable, pour ce dernier, jusqu'au 28 avril 2022. Il exprime vouloir défendre la liberté vaccinale de chacun et refuse de participer au système de contrôle lié au *Covid Safe Ticket* qui lui imposerait, en outre, de dévoiler ses données médicales soumises au secret.



M [REDACTED] citoyenne domiciliée en région wallonne, est âgée de 73 ans. Elle a reçu une injection du vaccin développé par la firme PFIZER le 21 avril 2021 qui lui a causé, après quinze jours, de la fatigue et de l'essoufflement. Elle a toutefois décidé de recevoir une seconde injection le 26 mai 2021 qui lui aurait occasionné de nombreuses complications, notamment pulmonaires, ayant nécessité une admission aux urgences. Son médecin traitant n'a pas pu officiellement prendre attitude quant au bienfait d'une troisième dose dite « booster ». Elle a fait choix de ne pas recevoir celle-ci, ce qui risquera d'entraîner une privation de liberté en raison de l'expiration de la validité de son *Covid Safe Ticket*.

[REDACTED] citoyenne domiciliée en région wallonne, n'est ni vaccinée, ni rétablie au sens des dispositions légales critiquées, de manière telle qu'elle ne dispose pas d'un *Covid Safe Ticket*. Cette situation lui causerait un préjudice particulier car elle ne serait plus en mesure, depuis le mois de novembre 2021, de rendre visite à sa mère qui se trouve en maison de repos, sauf à devoir payer des tests de détection du SARSCoV2, ce qu'elle ne pourrait pas se permettre financièrement.

[REDACTED] citoyen domicilié en région wallonne, juriste de formation, a reçu trois doses de vaccin contre le SARSCoV2. Il estime que le régime du *Covid Safe Ticket* lui cause un préjudice en ce qu'il l'oblige, pour exercer ses droits et libertés, à entrer dans un système de contrôle, jugé par lui discriminatoire, auquel il se refuse d'adhérer, considérant, en outre, qu'il s'agit d'une violation de ses données médicales personnelles.

Les parties intimées estiment subir un préjudice à la suite de la mise en vigueur du régime du *Covid Safe Ticket* en Région wallonne qui conditionne leur accès à des lieux ou à des événements. Elles considèrent également, quel que soit leur statut médical ou vaccinal, qu'elles n'ont pas à divulguer à des tiers des données personnelles couvertes par le secret médical au motif qu'elles n'ont pas d'incidence sur la protection des autres ; le vaccin ou l'immunité, selon leur thèse, « n'ayant pas d'incidence sur la protection des autres et ne conférant qu'une protection personnelle ».

b) Le contexte de la crise sanitaire et le cadre légal.

Depuis le début de l'année 2020, la Belgique et le reste du monde ont été confrontés à une pandémie de coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19).



Selon un rapport du Risk Assessment Group (RAG) du 23 mars 2020, les critères épidémiques ont été atteints en Belgique dès le 8 mars 2020. Les risques essentiels indiqués étaient (voy. https://covid19.sciensano.be/sites/default/files/Covid19/20200323Sciensano_Epidemiological%20situation%26risk.pdf) :

- le dépassement de la capacité hospitalière ;
- l'incapacité de pouvoir donner une réponse appropriée par manque de matériel (exemple : les masques, les vêtements utiles à l'activité médicale, les réactifs nécessaires pour les laboratoires ...).

La plupart des mesures prises l'ont été sur le paradigme de ne pas dépasser la capacité hospitalière qui, au fil des mois, s'amenuise et donc sur une volonté de diminuer la propagation du virus. La jauge de l'occupation des lits en soins intensifs est prépondérante et plus tard le baromètre mis en place (voy. *infra*).

Le 13 mars 2020, le pays entier est confiné. L'organisation de cette phase et des mois subséquents sera réalisée au moyen d'arrêtés signés par le seul ministre de l'Intérieur. Ce mécanisme va perdurer jusqu'au 27 septembre 2021, date du dernier arrêté ministériel adopté avant l'activation de la loi dite Pandémie (loi votée le 15 juillet 2021, sanctionnée par le Roi le 20 août 2021 et qui est entrée en vigueur le 4 octobre 2021).

Peu avant l'été 2021, l'Union européenne a adopté le Règlement (UE) 2021/953 et le Règlement (UE) 2021/954. Ces règlements mettent en place un cadre législatif pour la délivrance, la vérification et l'acceptation des certificats COVID-19 interopérables de vaccination, de test et de rétablissement. Ils sont entrés en vigueur le 1^{er} juillet 2021, pour une durée de douze mois, jusqu'au 30 juin 2022. Le certificat COVID numérique de l'UE est une preuve numérique qui atteste que son détenteur a été vacciné contre la COVID-19, a reçu récemment le résultat d'un test de dépistage négatif ou s'est rétabli de la COVID-19. Le Règlement (UE) 2021/953 et le Règlement (UE) 2021/954 permettent une utilisation nationale ultérieure du certificat COVID numérique de l'UE dans les États membres à d'autres finalités, pour autant que cette utilisation nationale ait une base légale.

Le 14 juillet 2021, un accord de coopération est signé relativement au *Covid Safe Ticket*. Il s'agit d'un accord entre les différentes communautés, la commission communautaire commune, la Région Wallonne et la commission communautaire française concernant le traitement des données liées au certificat COVID numérique de l'Union européenne et au *Covid Safe Ticket*, le PLF (formulaire de



localisation du passager qui est à remplir avant de se rendre en Belgique et à présenter le cas échéant au transporteur avant l'embarquement) et le traitement des données à caractère personnel des travailleurs salariés et des travailleurs indépendants vivant ou résidant à l'étranger qui effectuent des activités en Belgique.

Cet accord visait à mettre en place un *Covid Safe ticket* pour les événements de masse et les projets pilotes de façon temporaire, soit jusqu'au 30 septembre 2021 (article 33,3° de l'accord de coopération).

Cet accord explicite clairement que : « (...) l'intention n'est en aucun cas de créer, à travers le *Covid Safe Ticket* ou à travers cet accord de coopération, une accoutumance à l'idée que certain lieu doit être subordonné à la présentation de preuves ou de certificats. Le champ d'application du *Covid Safe Ticket* doit être limité à ce qui est inclus dans cet accord de coopération, qui s'inscrit dans une situation exceptionnelle. Tant que la pandémie de Covid-19 doit être combattue et sous réserve de périodes de conservations raisonnables et d'une limitation d'utilisation dans la durée, le *Covid Safe Ticket* est un outil proportionné pour arrêter la propagation du coronavirus Covid-19 » (voy. page 7).

Dans un deuxième temps, à la fin de l'été, constatant une couverture vaccinale beaucoup moindre dans la Région de Bruxelles-Capitale que dans le reste du pays, le Ministre-Président de la Région Bruxelloise a décidé d'élargir le *Covid Safe Ticket* à Bruxelles dans différents secteurs de la vie quotidienne (les restaurants, les bars, les lieux culturels, les salles de sport, les maisons de repos, les foires commerciales et congrès, les dancings et discothèques ...).

Cet élargissement prendra effet au 1^{er} octobre 2021 à Bruxelles uniquement.

En Wallonie, une décision identique est prise par décret du 21 octobre 2021, publié le 29 octobre 2021 au Moniteur belge.

Pour pouvoir imposer le *Covid Safe Ticket* à d'autres secteurs que les événements de masse, une première modification de l'accord de coopération interviendra donc le 27 septembre 2021.

Ainsi, l'article 1^{er} §1 de l'Accord de coopération a été modifié pour y insérer le 21° permettant l'application du *Covid Safe Ticket* aux établissements et facilités suivants : établissements de l'Horeca, centres de sport et de fitness, foires commerciales et congrès, établissements relevant des secteurs culturel, festif et



récréatif et, enfin, établissements de soins résidentiels pour personnes vulnérables.

La loi d'assentiment à cet accord a été promulguée le 1^{er} octobre 2021.

Le décret wallon portant assentiment à cet accord de coopération a été promulgué le 29 septembre 2021 et publié le 1^{er} octobre 2021.

En substance, ce nouvel accord prévoit que :

- le régime juridique contenu dans l'accord du 14 juillet 2021 est prorogé jusqu'au 31 octobre 2021 ;
- à partir du 1^{er} octobre 2021, les entités fédérées peuvent rendre le *Covid Safe Ticket* applicable dans une liste de secteurs dont la liste est dressée et, à partir du 1^{er} novembre, dans les événements de masse, projets pilotes, dancing et discothèques ;
- en cas d'application de la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique, les articles concernant l'utilisation du *Covid Safe Ticket* par une approche différenciée selon les entités et pour les secteurs complémentaires ne seront plus d'application. Le fédéral « reprendra la main ».

Plus exactement, sur ce dernier point, l'article 2 bis § 3 de l'accord de coopération du 14 juillet 2021 tel que modifié le 27 septembre 2021 prévoyait expressément que : « § 3 : *dès qu'une situation d'urgence épidémique est déclarée conformément à l'article 3 § 1 de la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative d'une situation d'urgence épidémique, les articles 2 bis, § 1, 13 bis, 13 ter ne s'appliquent plus. Les décrets et/ ou ordonnances et/ ou arrêté d'exécution mis en œuvre par les entités fédérées sur base de ces articles 2 bis § 1 et 2, 13 bis et 13 ter ne s'appliquent plus ou sont suspendus dès que la situation d'urgence épidémique est déclarée conformément à l'article 3 § 1 de la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique. Dans le cas où une situation épidémique est déclarée et dans la mesure où les parties au présent accord de coopération souhaitent utiliser le Covid Safe Ticket: (i) pour les établissements et facilités pour lesquelles l'utilisation du Covid Safe Ticket peut être utilisé, comme le stipule l'article 1, §1, 21°, les parties à cet accord de coopération doivent préciser, de manière détaillée, les modalités de cette utilisation dans un accord de coopération de rang législatif complémentaire dans lequel l'utilisation du Covid Safe Ticket peut être justifiée sur la base de*



circonstances épidémiologiques pour chaque groupe distinct d'établissements et facilités énumérés à l'article 1, §1, 21° du présent accord de coopération ; (ii) des événements de masse, des expérimentations et projets pilotes et des dancings et discothèques, les modalités concrètes d'exécution doivent être déterminés pour autant que ce soit nécessaire par un arrêté d'exécution conformément à l'article 4 § 1^{er} de la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation épidémique ou, le cas échéant, dans un accord de coopération d'exécution tel que visé à l'article 92 bis § 1 troisième alinéa de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (...) ».

Ainsi, en cas d'activation de la loi Pandémie, si les Régions veulent continuer à appliquer le *Covid Safe Ticket* à d'autres secteurs (Horeca, sport, culture, ...), un nouvel accord de coopération de rang législatif est nécessaire et doit nécessairement être adopté. Une simple modification ne peut, en principe, suffire.

Le 28 octobre 2021 un arrêté royal est pris déclarant la situation d'urgence épidémique. Cette situation est confirmée par le Parlement Fédéral le 10 novembre 2021.

L'arrêté royal du 28 octobre 2021 portant les mesures de police administrative et qui n'imposait le *Covid Safe Ticket* que pour les événements de masse n'a pas été modifié. Il n'y a pas eu de nouvel arrêté de police administrative. Il n'y a pas non plus eu de nouvel accord de coopération de rang législatif mais une nouvelle modification de l'accord de coopération du 14 juillet 2021.

Cette deuxième modification intervient par le biais d'un accord de coopération adopté le 28 octobre 2021. Ainsi, l'article 2 bis, § 3 a été modifié afin de permettre aux entités fédérées d'appliquer le *Covid Safe Ticket* même en cas d'application de la loi Pandémie à tout le moins aux secteurs culturels, Horeca, foires commerciales, congrès, lieux culturels, ... voire aux événements de masse et ce pour autant que ces mesures locales soient plus restrictives que les mesures fédérales.

Ainsi, contrairement aux précisions ci-avant énoncées, il est finalement décidé que l'autorité fédérale ne reprenait la main sur l'utilisation du *Covid Safe Ticket* que dans les événements de masse, projets pilotes et dancings et les boîtes de nuit étant entendu que les jauges fédérales peuvent être baissées par les entités fédérées.



Alors que les deux premiers accords de coopération ont été soumis à l'autorité de protection des données, ce dernier accord ne le sera pas. Ils ont cependant tous été soumis pour avis au Conseil d'État.

Une loi portant assentiment de cet accord de coopération du 28 octobre 2021 a été votée le 28 octobre 2021 et publiée au Moniteur belge le 29 octobre 2021. Le décret wallon portant assentiment de l'accord de coopération a été promulgué le 28 octobre 2021 et publié le 29 octobre 2021.

A ce stade, si on doit résumer les textes applicables, il faut retenir : Pour les événements de masse, les projets pilotes et les discothèques :

- la loi Pandémie ;
- l'arrêté royal déclarant la situation d'urgence épidémique du 28 octobre 2021 ;
- l'arrêté royal portant les mesures de police administrative nécessaires en vue de prévenir ou de limiter les conséquences pour la santé publique de la situation épidémique déclarée concernant la pandémie de coronavirus Covid-19 du 4 décembre 2021 ;
- l'arrêté ministériel relatif à l'annulation d'activités à caractère privé ou public, de nature culturelle, sociale, festive, folklorique, sportive et récréative du 22 décembre 2021 ;
- l'arrêté royal du 23 décembre 2021 modifiant l'arrêté royal du 28 octobre 2021 portant les mesures de police administrative nécessaires en vue de prévenir ou de limiter les conséquences pour la santé publique de la situation d'urgence épidémique déclarée concernant la pandémie de coronavirus COVID-19 dont l'article l'exécution de l'article 7, § 1er, alinéa 1er, en tant qu'il utilise l'adjectif « culturel », est suspendu par arrêt du Conseil d'État n° 252.564 du 28 décembre 2021 ;
- l'arrêté royal du 29 décembre 2021 modifiant l'arrêté royal du 28 octobre 2021 portant les mesures de police administrative nécessaires en vue de prévenir ou de limiter les conséquences pour la santé publique de la situation d'urgence épidémique déclarée concernant la pandémie de coronavirus COVID-19 ;
- le décret wallon du 21 octobre 2021 publié le 29 octobre 2021 en ce qu'il comporte des mesures plus restrictives.

Pour les secteurs culturel, festif, récréatif ou évènementiel, les hôpitaux et maisons de repos :

- l'accord de coopération du 14 juillet 2021 tel que modifié le 27 septembre 2021 et le 28 octobre 2021 ;



- le décret wallon du 21 octobre 2021 publié le 29 octobre 2021 tel que modifié le 4 décembre 2021 ;
- l'arrêté royal déclarant la situation d'urgence épidémique du 28 octobre 2021 ;
- l'arrêté royal portant les mesures de police administrative nécessaire en vue de prévenir ou de limiter les conséquences pour la santé publique de la situation épidémique déclarée concernant la pandémie de coronavirus Covid-19 du 4 décembre 2021 qui vise la fermeture de tout établissement Horeca à 23 heures ;
- l'arrêté royal du 23 décembre 2021 modifiant l'arrêté royal du 28 octobre 2021 portant les mesures de police administrative nécessaires en vue de prévenir ou de limiter les conséquences pour la santé publique de la situation d'urgence épidémique déclarée concernant la pandémie de coronavirus COVID-19 dont l'exécution de l'article 7, § 1er, alinéa 1er, en tant qu'il utilise l'adjectif « culturel », est suspendu par arrêt du Conseil d'État n° 252.564 du 28 décembre 2021 ;
- l'arrêté royal du 29 décembre 2021 modifiant l'arrêté royal du 28 octobre 2021 portant les mesures de police administrative nécessaires en vue de prévenir ou de limiter les conséquences pour la santé publique de la situation d'urgence épidémique déclarée concernant la pandémie de coronavirus COVID-19.

Il importe encore de noter que cet arsenal législatif est assorti de sanctions pénales soit devant les tribunaux de police, soit devant les tribunaux correctionnels. Les Gouverneurs peuvent en outre prendre des mesures complémentaires sur base des articles 128 et 139 de la loi provinciale.

Le Covid Safe Ticket avait été adopté pour une période déterminée. Néanmoins, la RÉGION WALLONNE a, le 14 janvier 2022, adopté un nouveau décret modifiant le décret du 21 octobre 2021 *relatif à l'usage du Covid Safe Ticket et à l'obligation de porter le masque*. Aux termes de l'article 2 du décret, la mesure est prolongée jusqu'au 15 avril 2022, soit trois mois de prolongation.

On peut lire dans l'exposé des motifs du projet de décret que la RÉGION WALLONNE s'est fondée pour justifier cette prolongation sur trois rapports du RAG soit celui du 29 septembre 2021, celui du 8 décembre 2021 et celui du 16 décembre 2021.

Le Comité de concertation réunissant les autorités fédérales et fédérées de Belgique approuve le baromètre CORONA en date du 21 janvier 2022, il est prévu



[REDACTED]

que les mesures basées sur le baromètre entrent en vigueur le vendredi 28 janvier selon le code rouge.

Il est précisé que le baromètre corona comporte trois phases qui reflètent le niveau de pression sur les soins de santé :

- code jaune : situation épidémiologique et pression sur les hôpitaux sous contrôle (Nouvelles hospitalisations/jour : moins de 65, occupation des soins intensifs : moins de 300 lits. La tendance des chiffres doit toujours être prise en considération pour accélérer éventuellement un changement de phase dans un sens ou dans l'autre) ;
- code orange : pression croissante sur le système de santé, nécessitant une intervention pour inverser la tendance (Nouvelles hospitalisations/jour : 65-149, occupation des soins intensifs : 300-500 lits. La tendance des chiffres doit toujours être prise en considération pour accélérer éventuellement un changement de phase dans un sens ou dans l'autre) ;
- code rouge : risque élevé de surcharge du système de santé (Nouvelles hospitalisations/jour : plus de 150, occupation des soins intensifs : plus de 500 lits. La tendance des chiffres doit toujours être prise en considération pour accélérer éventuellement un changement de phase dans un sens ou dans l'autre).

Pour déterminer le code applicable, le Comité de concertation indique tenir compte, outre de la pression exercée sur les soins de santé, d'une évaluation globale de la situation épidémiologique et accorder une attention particulière à la santé mentale.

Le 27 janvier 2022, un arrêté royal est adopté prolongeant la situation d'urgence épidémique pour une nouvelle durée de trois mois, décision qui est prise dans le cadre de la loi Pandémie. Cet arrêté est confirmé par une loi votée le 11 février 2022.

Le même jour, le Gouvernement fédéral décide de passer du code rouge, correspondant à une situation d'urgence épidémique, au code orange du baromètre corona et ce à partir du 18 février 2022.

Le 7 mars 2022, le « code jaune » du baromètre est décrété et le *Covid Safe Ticket* est suspendu partout en Belgique.



En Région wallonne, cette suspension s'est traduite par l'arrêté du Gouvernement wallon n°2 du 5 mars 2022 dont l'article 2 prévoit que les dispositions du décret en cause relatives au *Covid Safe Ticket* «cessent leurs effets» à partir du 7 mars 2022. Cet arrêté fait l'objet d'une confirmation par décret du 24 mars 2022.

Il a enfin été mis fin à la situation d'urgence épidémique le 11 mars 2022. La loi pandémie n'est donc plus appliquée depuis cette date.

c) Les antécédents judiciaires spécifiques

c1) Une procédure a été diligentée par l'asbl NOTRE BON DROIT à l'encontre du *Covid Safe Ticket* tel qu'il a été appliqué du 1^{er} novembre 2021 au 14 janvier 2022. Cette procédure a donné lieu à une ordonnance prononcée par défaut à l'encontre de la RÉGION WALLONNE par le tribunal de première instance de Namur le 30 novembre 2021 et à un arrêt de la présente cour le 7 janvier 2022.

Aux termes de cet arrêt, la cour de céans a notamment dit pour droit que :

- elle disposait d'un pouvoir de juridiction en vertu des articles 144 de la Constitution et 1382 et 1383 de l'ancien Code civil ;
- l'urgence était établie dès lors que le *Covid Safe Ticket* constituait sans nul doute une violation des droits fondamentaux tels que la liberté d'association ou le droit à la vie privée ;
- tant l'ASBL notre bon droit que les autres demandeurs, personnes physiques à la cause, avaient un intérêt à agir au sens de l'article 17 du Code judiciaire ;
- les demandes telles que formulées par les parties intimées – action en responsabilité - n'enfreignaient pas le principe de la séparation des pouvoirs ;
- elle n'était pas tenue d'interroger la Cour Constitutionnelle ou de surseoir à statuer compte tenu de la primauté du droit européen, de la nécessité de disposer d'un recours effectif et de la responsabilité des autorités en vertu de l'article 1382 de l'ancien Code civil ;
- le régime du *Covid Safe Ticket* contredisait certains droits fondamentaux tandis que l'accord de coopération du 28 octobre 2021 violait l'article 36.4 du RGPD ;
- le *Covid Safe Ticket* est « un délicat précédent contraire, d'une part, aux libertés telles que consacrées par les normes internationales ou notre Constitution et, d'autre part, à une philosophie de non-contrôle social. Il



comporte en outre un risque d'entrave au secret médical et au respect de la vie privée. Reste que la Cour estime que prima facie la distinction opérée par le Covid Safe Ticket est objective, nécessaire et proportionnée vis-à-vis des objectifs poursuivis par la Région wallonne, et ce, au moment où la Cour statue, soit à un moment où le niveau d'épidémie pour l'ensemble du pays est fixé à son plus haut niveau ».

c2) Une seconde procédure est introduite par citation du 3 février 2022 par les actuelles parties intimées laquelle fait l'objet d'une ordonnance prononcée le 1^{er} mars 2022 par le Président du tribunal de première instance de Namur, ordonnance dont appel.

L'objet de cette procédure concerne la prolongation du *Covid Safe Ticket* intervenue postérieurement à l'arrêt de la Cour de céans du 7 janvier 2022, instaurée par le décret du 14 janvier 2022.

Dans l'ordonnance querellée, le premier juge a estimé que la demande était fondée dans une certaine mesure et *« a invité la Région wallonne à prendre toutes les mesures qu'elle estimera appropriées pour réparer les effets de la situation dommageable, prima facie, résultant de l'application du régime du Covid Safe Ticket sur son territoire, le cas échéant dans l'attente d'une décision au fond, dans un délai de 15 jours à compter de la signification de l'ordonnance, sous peine d'une astreinte de 2.500,00 euros par jour de retard ».*

La région wallonne a interjeté appel de cette ordonnance le 4 avril 2022.

2. POSITION DES PARTIES EN APPEL

En appel, la RÉGION WALLONNE demande :

- la mise à néant de l'ordonnance dont appel en ce qu'elle déclare l'action des intimés recevable ;
- que la demande des intimés soit décrétée non fondée ;
- le cas échéant, que soit posé la question préjudicielle suivante à la Cour constitutionnelle : *« Les articles 584 du Code judiciaire et 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le principe général de la sécurité juridique et l'article 142 de la Constitution en ce que le juge judiciaire pourrait considérer sur une même question de fait et de droit que la condition d'urgence est remplie alors même que la Cour constitutionnelle a considéré que celle du risque de préjudice grave difficilement ne l'était pas avec pour conséquence que*



les parties devant le juge des référés seraient traitées différemment de celles qui sont parties à une instance pendante devant la Cour constitutionnelle ?» ;

- la condamnation des intimés aux entiers dépens des deux instances.

Les parties intimées postulent quant à elles que :

- l'appel de la RÉGION WALLONNE soit déclaré irrecevable ou à tout le moins non fondé ;
- l'ordonnance entreprise soit confirmée en toutes ses dispositions.

3. DISCUSSION

a) La recevabilité de l'appel

Les parties intimées soulèvent l'exception d'irrecevabilité de l'appel estimant que la partie appelante ne peut justifier d'un intérêt. Elles considèrent que cette dernière recherche simplement une consultation juridique sur une situation qui n'est plus d'actualité et donc purement théorique.

Cette position est contestée par la Région wallonne qui estime avoir un avantage à retirer de la réformation de l'ordonnance attaquée dès lors que le principe même de l'usage du *Covid Safe Ticket* par la Région Wallonne est attaqué et que l'ordonnance *a quo* peut servir de base à une action indemnitaire au fond actuellement pendante.

Le fait d'interjeter appel équivaut à exercer une action en justice et il s'impose, dès lors, en vertu des articles 17 et 18 du code judiciaire, d'exiger de l'appelant qu'il ait qualité et intérêt (voy. en ce sens A. Fettweis, Manuel de procédure civile, 2e édition, Faculté de droit de Liège, 1989, p. 493, n° 736 ; Cass., 5 janvier 1990, Pas., I, 526).

L'article 17 du Code judiciaire énonce que :

« L'action ne peut être admise si le demandeur n'a pas qualité et intérêt pour la former ».

L'article 18, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire dispose en outre que :

« L'intérêt doit être né et actuel ».



Les conditions générales de recevabilité prévues aux articles 17 et 18 du Code judiciaire ne concernent que l'action en justice exercée tant en première instance qu'en appel tandis que l'intérêt et la qualité requis pour interjeter appel sont des conditions spécifiques de recevabilité (voy. en ce sens Cass., 13 septembre 1991, Pas., 1992, I, p. 33).

Il suffit pour justifier de la qualité et de l'intérêt pour interjeter appel, d'avoir été partie en première instance et d'être lésé par la décision attaquée (voy. en ce sens A. DECROËS « Recevabilité de l'appel ; qualité et intérêt », R.C.J.B., 2004, p. 368, obs. sous Cass., 24/4/2003 »).

Ainsi, le juge d'appel doit tout d'abord examiner la recevabilité de l'appel (jugement susceptible d'appel ; caractère appellable du jugement ; absence d'acquiescement, délai d'appel ; partie en première instance ; grief résultant de la décision attaquée) pour ensuite examiner la recevabilité de l'action intentée par ou contre l'appelant et ce, au regard des articles 17 et 18 du Code judiciaire.

L'appel est ouvert à la partie lésée par la décision attaquée. L'intérêt pour former appel s'analyse donc par rapport aux griefs que la partie appelante formule à l'égard de la première décision. Le juge doit, dans l'appréciation de l'intérêt, rechercher in concreto si la décision entreprise inflige un grief à l'appelant, ce qui est nécessairement, mais pas seulement, le cas lorsque l'appelant a « succombé », c'est-à-dire lorsqu'il a été condamné ou n'a pas obtenu le bénéfice intégral de ses conclusions (voy. en ce sens Closset-Marchal, G., « Chapitre 1 - Double degré de juridiction » in La compétence en droit judiciaire privé, 2e édition, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 365).

Les notions de qualité et d'intérêt pour interjeter appel ont, ainsi, une signification différente qu'en première instance ; elles s'analysent par référence au jugement qui a été rendu en première instance. Ainsi, quiconque est partie en première instance par lui-même ou par son représentant a qualité pour interjeter appel et l'intérêt requis pour interjeter appel est fonction du grief qu'inflige à l'appelant la décision attaquée.

Autrement dit, toute partie défenderesse devant le premier juge, dont les moyens de défense n'ont pas été retenus et qui, en conséquence, a fait l'objet d'une condamnation, a intérêt à introduire un appel contre cette décision puisqu'elle justifie d'un grief résultant de la décision attaquée (voy. en ce sens A. Fettweis, Manuel de procédure civile, éd.1987, n° 738 et 741).



En l'espèce, la REGION WALLONNE a un intérêt à voir l'ordonnance a quo réformée, le premier juge estimant que « à ce jour, l'évolution de cette même pandémie et de l'état de la science ne permettent plus de considérer la nécessité impérieuse de maintenir tel quel un régime attentatoire aux libertés et droits fondamentaux en regard des objectifs poursuivis. En décidant, dans ces conditions, de ne pas lever un tel régime ou de ne pas procéder à son adaptation, la REGION WALLONNE engage, prima facie et sans préjudice de toute autre considération au fond, sa responsabilité aquilienne. L'atteinte grave causée aux droits et libertés fondamentaux apparents des parties requérantes justifie le fondement de leur demande urgente de réparation qui sera toutefois limitée, dans le respect des règles de la séparation des pouvoirs, à l'invitation faite à l'autorité, dans un délai raisonnable de quinze jours et sous peine d'astreinte, de prendre les mesures qu'elle estimera adaptées pour réparer les effets de la situation dommageable »

La REGION WALLONNE est en outre invitée « à prendre toutes les mesures qu'elle estimera appropriées pour réparer les effets de la situation dommageable, prima facie, résultant de l'application du régime du Covid Safe Ticket sur son territoire, le cas échéant dans l'attente d'une décision au fond, dans un délai de quinze jours à compter de la signification de l'ordonnance, sous peine d'une astreinte de 2.500,00€ par jour de retard » et est condamnée aux dépens des parties demanderesses liquidés à 2.057,68 €.

Le simple fait que l'ordonnance de référé ne lie pas le juge du fond ou encore que les appelants n'aient pas fait exécuter les astreintes ou fait exécuter les dépens visés dans l'ordonnance a quo n'énervent pas le propos.

L'appel est donc recevable.

b) L'autorité de chose jugée de l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 7 janvier 2022 (2021/RF/24)

En substance, la RÉGION WALLONNE considère que les demandes formulées par l'asbl NOTRE BON DROIT, sauf en ce qui concerne le décret du 14 janvier 2022, sont irrecevables en ce qu'elles ont déjà donné lieu à l'arrêt prononcé par la cour de céans le 7 janvier 2022 et qu'elles se heurtent, par voie de conséquence, à l'autorité de chose jugée qui s'attache à cette décision.



[REDACTED]

Les parties intimées estiment, quant à elles, que l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 7 janvier 2022 est revêtu de l'autorité de chose jugée en ce qui concerne les questions litigieuses relatives à (1) l'intérêt à agir de la partie demanderesse, (2) la compétence des juridictions civiles sans devoir interroger la Cour constitutionnelle ou surseoir à statuer, (3) la primauté du droit européen et la nécessité de disposer d'un recours effectif, (4) la compétence et la possibilité d'engager, sur la base de droits apparents et au provisoire, la responsabilité de la Région wallonne, (5) l'urgence des demandes, (6) la contradiction du régime CST à certains droits fondamentaux, (7) la violation du RGPD et de la Charte des droits fondamentaux. Elles soulignent toutefois que cette autorité de la chose jugée ne saurait par contre s'attacher aux moyens relatifs à la proportionnalité et l'absence de discrimination, a fortiori pour ce qui concerne la prolongation du CST, qu'il s'agit d'une appréciation factuelle, livrée à un instant précis et que, pour apprécier la légalité et la proportionnalité de la mesure et de sa prolongation, il y a lieu de tenir compte de l'évolution des connaissances et des dernières données scientifiques.

L'autorité de la chose jugée caractérise une décision judiciaire définitive qui empêche que la même action puisse être à nouveau introduite entre les mêmes parties et confère à cette décision la valeur présumée de décision exacte ; en un mot elle est la vérité judiciaire. L'essence même de l'autorité de la chose jugée est la sécurité devant la justice ; il s'agit de ne pas remettre en question ce qui a été jugé ou encore de rendre incontestable la situation qui découle du jugement.

L'autorité de la chose jugée produit un effet positif pour le gagnant, en ce sens que celui-ci peut se prévaloir de la décision, et un effet négatif pour le perdant, en ce sens que celui-ci ne peut plus revenir sur la solution consacrée par l'acte juridictionnel (voy. en ce sens de Leval, G. et Boularbah, H., « *Chapitre 6-L'autorité de la chose jugée* » in de Leval, G.(dir.), *Droit judiciaire – Tome 2 : Procédure civile – Volume 1 : Principes directeurs du procès civil Compétence-Action-Instance - Jugement*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, n°8.53) ».

En principe seul le dispositif est revêtu de l'autorité de la chose jugée sous la nuance que le dispositif s'étend aux décisions énoncées dans les motifs (motifs décisifs). En d'autres termes, le dispositif ne peut être envisagé isolément des motifs qui en sont le soutien nécessaire (motif décisif) c'est-à-dire qui permettent d'en déterminer voire d'en limiter précisément la portée (voy. en ce sens de Leval, G. et Boularbah, H., *op. cit.*, n°8.55).



L'autorité de chose jugée trouve sa source dans l'article 23 du Code judiciaire. Cet article dispose que l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet de la décision. Il faut que la chose demandée soit la même, que la demande repose sur la même cause quel que soit le fondement juridique invoqué, que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité.

L'article 24 du Code judiciaire précise que « toute décision définitive a, dès son prononcé, autorité de chose jugée » et l'article 25 du Code judiciaire ajoute que « l'autorité de chose jugée fait obstacle à la réitération de la demande ». A cet effet négatif de l'autorité de chose jugée, on y attache également un effet positif. Cet effet positif profite au gagnant qui peut se prévaloir de la décision dans un procédure ultérieurement diligentée entre les mêmes parties. Il s'agit d'une règle de preuve régie actuellement par l'article 8.7 du nouveau Code Civil, soit une présomption légale réfragable (Voy. G. DE LEVAL et H. BOULARBAH, Droit judiciaire, Tome 2 Procédure civile, pp. 980-981).

Ce dernier point doit être nuancé lorsque la question est rattachée à un litige dont l'objet est plus vaste. Dans ce cas, l'autorité de chose jugée ne peut être utilisée comme moyen probatoire pour faire obstacle à la remise en question d'une séquence antérieurement jugée qu'en ce qui concerne la même question litigieuse bien circonscrite, c'est-à-dire les points contradictoirement débattus et tranchés. En d'autres termes, cet effet positif ne s'attache pas aux éléments qui n'ont pas été débattus et aux éléments factuels neufs.

Par ailleurs, l'aspect positif de la chose jugée permet aux parties d'opposer à des tiers ce qui a été jugé sur une « question litigieuse » ou sur « un point litigieux », qui se poserait à nouveau dans le cadre d'un procès ultérieur. « *Cependant, en raison de leur qualité de tiers, cet effet positif se manifeste sous la forme d'une présomption non irréfragable alors qu'il revêt une force probante absolue entre les parties à la première procédure* » (Voy. H. BOULARBAH, Vers l'extension de l'effet positif de la chose jugée au profit d'un tiers à la décision de justice ? R.D.C.-T.B.H., 2011/2, pp.122-127).

La jurisprudence et la doctrine précisent quant à l'identité de cause, qu'il appartient au juge de vérifier « *si les faits ayant donné lieu à une décision dans la première procédure sont distincts de ceux invoqués dans la seconde procédure. Dans ce cas, il n'y a pas d'autorité de chose jugée* » (Voy. de Leval, G. et Boularbah, op. cit, n° 8.55. B).



Plus spécifiquement, relativement à la matière du référé, dans la mesure où le juge des référés épuise entièrement sa juridiction, tel l'arrêt du 7 janvier 2022 de la cour de céans, son ordonnance est une décision définitive dotée d'une autorité limitée de chose jugée sans porter préjudice au principal. Tant que les choses restent en état, elle lie les parties et le magistrat qui l'a prononcée. Ainsi, le caractère provisoire des mesures ordonnées par le juge des référés permet le rapport ou la modification de ces mesures en cas de circonstances nouvelles ou changées. Constituent des circonstances nouvelles ou changées permettant au juge des référés de rapporter ou de modifier des mesures ordonnées antérieurement, les circonstances de fait que les parties ne pouvaient connaître lorsque les premières mesures ont été ordonnées ou se sont produites depuis ce moment (voy. Cass., 18 avril 2002, Pas., 2002, p. 923, n° 235).

En l'espèce, l'ASBL NOTRE BON DROIT souligne que « *la seule question soumise à votre Cour concerne la validité du « deuxième CST », soit la prolongation décidée par la Région wallonne à la mi-janvier 2022* » (voir notamment le point 67 de ses conclusions de synthèse d'appel).

La cour de céans n'a évidemment pas tranché, dans son arrêt du 7 janvier 2022, la question de la validité de la prolongation du *Covid Safe Ticket* décidée par la RÉGION WALLONNE le 14 janvier 2022.

Il faut en outre constater que les faits à l'origine de l'arrêt du 7 janvier 2022 ne sont pas similaires à ceux actuellement invoqués puisque la situation épidémique, élément clé de l'appréciation par la Cour des intérêts en balance, a évolué avec le temps, ce que personne ne conteste.

La cour de céans a d'ailleurs expressément précisé, dans l'arrêt du 7 janvier 2022 que : « *prima facie la distinction opérée par le Covid Safe Ticket est objective, nécessaire et proportionnée vis-à-vis des objectifs poursuivis par la Région wallonne et ce, au moment où la cour statue, soit à un moment où le niveau d'épidémie pour l'ensemble du pays est fixé à son plus haut niveau* », ce qui signifie que l'autorité de chose décidée s'attache à une situation donnée et à un moment donné, sachant qu'il est question en l'espèce d'une crise sanitaire dont les effets fluctuent avec le temps (c'est la cour qui souligne).

Dans ces conditions, l'asbl NOTRE BON DROIT doit être admise à critiquer, à nouveau, les accords et dispositions décrétales litigieux et non uniquement le décret du 14 janvier 2022



Il n'est par ailleurs pas contestable ni contesté qu'il n'y a pas d'autorité de chose jugée de l'arrêt du 7 janvier 2022 vis-à-vis des parties intimées, autres que l'asbl NOTRE BON DROIT, dès lors que ces parties n'étaient pas à la cause ayant abouti à l'arrêt prononcé par la cour de céans le 7 janvier 2022, sous réserve de ce qui a été dit ci-avant en termes de présomption non irréfragable. Il n'y a pas, en ce qui les concerne, d'identité de parties. Pour le surplus, la condition d'identité des parties pour l'asbl NOTRE BON DROIT et la RÉGION WALLONNE ne fait pas débat.

Enfin, l'autorité de chose jugée s'impose tant à l'asbl NOTRE BON DROIT qu'à la RÉGION WALLONNE, pour les demandes formées par elles et contre elles en la même qualité, en ce qui concerne les questions suivantes, tranchés par la cour dans son arrêt du 7 janvier 2022 à l'égard desquels la variation factuelle mentionnée ci-avant n'a aucune incidence :

- le principe de la séparation des pouvoirs et la violation de l'article 6 du Code judiciaire ;
- la compétence des juridictions civiles sans qu'il soit imposé d'interroger la Cour constitutionnelle ou surseoir à statuer ;
- l'intérêt à agir de l'asbl NOTRE BON DROIT ;
- la primauté du droit européen et la nécessité de disposer d'un recours effectif ;
- la compétence et la possibilité d'engager, sur la base de droits apparents et au provisoire, la responsabilité de la Région wallonne ;
- la violation de l'accord de coopération 2021 de l'article 36-4 du Règlement général des données ;
- la violation de l'usage fait du *Covid Safe Ticket* de normes de droits supranationales de l'Union européenne directement applicables ;
- l'absence de faute commise par la RÉGION WALLONNE en ce qu'elle n'a pas suivi les avis de l'autorité de protection de données ou du Conseil d'État ;
- l'absence de violation de la loi du 22 août 2022 de l'usage fait du premier *Covid Safe Ticket*.

Les autres parties intimées peuvent quant à elles s'y référer sauf en ce qui concerne leur propre intérêt à agir lequel n'est pas contesté.

c) Le pouvoir de juridiction de la Cour - le principe de séparation des pouvoirs – la violation de l'article 6 du Code judiciaire.

La RÉGION WALLONNE estime que le premier juge a violé le principe de la séparation des pouvoirs en constatant une violation des droits et libertés



[REDACTED]

fondamentaux des parties appelantes par le décret du 21 octobre 2021, tel que prolongé et sans que l'avis de la Cour constitutionnelle soit sollicité.

La RÉGION WALLONNE prétend encore que le premier juge a prononcé une décision équivalente à la suspension ou à l'annulation du décret puisqu'il a constaté que le *Covid Safe Ticket* n'était plus nécessaire et qu'il était disproportionné en sorte qu'il revenait à la RÉGION WALLONNE de mettre fin à cette illégalité dans les 15 jours de la signification. Elle précise qu'il n'est pas possible de mettre autrement fin à cette illégalité qu'en levant l'obligation du *Covid Safe Ticket* telle qu'elle existait. Dans le timing imposé, ajoute-t-elle, il n'était pas possible de créer un nouveau régime ou de prendre une autre décision que la levée du *Covid Safe Ticket*.

L'arrêt du 7 janvier 2022 a tranché cette question en ces termes :

« L'article 144 de la Constitution confère aux cours et tribunaux la compétence exclusive de connaître des demandes portant sur des droits subjectifs de nature civile. Les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire sont ainsi compétents pour connaître de la demande de réparation d'une lésion de tels droits.

Il est généralement admis que les cours et les tribunaux ne peuvent apprécier l'opportunité d'un acte relevant d'une compétence non liée d'une autorité administrative sous peine de violer le principe de la séparation des pouvoirs. Ils ne peuvent, en effet, se substituer à l'administration. Ils peuvent, par contre, exercer un contrôle de légalité et un contrôle marginal de la décision administrative.

Ce qui importe c'est la nature des droits lésés et non la nature des parties en cause. Dès lors qu'une personne se dit titulaire d'un droit civil et qu'elle allègue qu'une atteinte à ce droit est portée et qu'elle demande la réparation du préjudice qu'elle éprouve à la suite de cette atteinte, le pouvoir judiciaire peut et doit connaître de la contestation. Il a le pouvoir d'ordonner la réparation à ce droit même si la lésion est causée par un acte illicite d'une administration publique (Voy. en ce sens, l'arrêt de principe de la Cour de Cassation du 5 novembre 1920 ; Pas 1921. I ; 192 et les arrêts subséquents en la matière quant à la responsabilité aquilienne d'un pouvoir public).

Ainsi, si l'objet du recours tend à consacrer l'existence d'un droit subjectif et en assurer le respect, les cours et tribunaux sont compétents pour en connaître et donc le juge des référés a pouvoir de juridiction.




Il importe encore de relever que les cours et tribunaux peuvent également intervenir dans les protections des droits fondamentaux. Si on se place dans le cadre d'un référé, qui est l'hypothèse qui nous occupe, dans les limites de l'existence d'une urgence et du provisoire, le juge des référés a le pouvoir d'examiner si l'autorité administrative au sens large a agi comme une autorité normalement prudente et diligente lorsqu'il appert que manifestement elle porte atteinte à un droit subjectif. Cela vaut également pour une autorité législative. Le contrôle est marginal mais il est réel.

Le principe de séparation des pouvoirs, qui tend à réaliser un équilibre entre les différents pouvoirs de l'État, n'implique pas que celui-ci serait, de manière générale, soustrait à l'obligation de réparer le dommage causé par sa faute ou celle de ses organes dans l'exercice de la fonction législative (Voy. Cass. 28 septembre 2006, RG : N°C.02.0570.F). C'est notamment le cas lors d'intervention ou omission législatives fautives. Reprenant des passages de l'arrêt La Flandria du 5 novembre 1920, la Cour de Cassation dans son arrêt du 28 septembre 2006 a ainsi jugé que la responsabilité civile de l'État-législateur peut être engagée lorsqu'est constatée une atteinte fautive à un droit consacré par une norme supérieure imposant une obligation à l'État et ce, même lorsque la norme qui la prescrit laisse au législateur un pouvoir d'appréciation quant aux moyens à mettre en œuvre pour en assurer le respect. C'est l'aboutissement d'une évolution jurisprudentielle qui, désormais, consacre l'application du régime de responsabilité extracontractuelle à chacun des pouvoirs quel que soit celui qui commet la faute : l'exécutif, le juge ou le législateur.

Dans cet arrêt, la Cour de Cassation ne donne pas de définition spécifique de la faute. Selon l'opinion majoritaire en doctrine, l'arrêt consacrerait le principe suivant lequel la simple violation d'une norme, constatée par une juridiction compétente, constitue une faute.

Dans un arrêt subséquent du 10 septembre 2010, la Cour de Cassation ajoute que la simple déclaration, par la Cour Constitutionnelle, d'une violation de la Constitution, n'est pas en soi une faute : la responsabilité du législateur requiert, en outre, l'appréciation propre à la matière de la responsabilité à savoir la norme du bonus parter familias soit, le comportement d'un législateur normalement prudent et diligent placé dans la même situation (Voy. Cass., F.09.0042.N, 10 septembre 2010, T.B.P., 2011/10, p. 581).




Il est ainsi permis aux cours et tribunaux de contrôler si le pouvoir législatif a légiféré de manière adéquate ou suffisante pour permettre à l'État de respecter la norme supérieure lui imposant de protéger les droits consacrés, par exemple, par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ainsi, la Cour de céans dispose d'un pouvoir de juridiction pour apprécier l'existence ou non des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile d'un pouvoir public sur la base de l'article 1382 de l'ancien Code civil. Ce faisant, la Cour exerce bien un contrôle de légalité et non d'opportunité du comportement adopté par l'autorité publique.

Depuis l'arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971, le principe de primauté du droit international s'applique automatiquement dans l'ordre juridique interne dès lors que la norme de droit international a des effets directs dans l'ordre juridique interne. Dans une telle hypothèse, la règle établie par le Traité international, en cas de conflit avec une norme interne, doit prévaloir et la norme de droit interne être écartée (Voy. arrêt *LeSki*, Cass., 27 mai 1971, Pas., 1971, I, p. 866).

Depuis l'arrêt *Simmenthal* (CJCE 9 mars 1978, n° 106/77), la garantie de l'effectivité de la règle du droit de l'Union relève directement de l'intervention du juge national. Dans cet arrêt, la Cour de justice revient sur le principe de primauté qui implique que toute juridiction nationale, chargée d'appliquer dans le cadre de ses compétences les dispositions du droit de l'Union, doit être en mesure de garantir le plein effet de ce droit, en laissant au besoin la norme interne en cause inappliquée et ce, sans que le juge national ait à demander ou à attendre l'élimination de cette norme interne par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel.

Dès lors, il incombe aux cours et tribunaux nationaux d'assurer la non-violation des dispositions du droit communautaire et de garantir le plein effet de celui-ci. Ceci est d'application lorsque la norme internationale a un effet direct.

Rappelons que cet effet direct de la norme internationale est déterminé par le contenu de la norme. Elle doit être claire soit, suffisamment précise et inconditionnelle à savoir qu'elle ne doit pas nécessiter de mesures d'exécution complémentaires par les États signataires qui laisseraient une certaine marge de discrétion. Il n'est pas discutable que les Traités de l'Union et ses règlements sont directement applicables dans tout État membre.



In casu, indéniablement, il est invoqué la violation de droits subjectifs. En effet, les parties intimées se plaignent d'une atteinte disproportionnée et fautive à leurs droits subjectifs dont notamment la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« CDFUE ») ou encore la Convention européenne des droits de l'homme (« CEDH »).

Ces instruments consacrent divers droits tels que :

- l'article 3 CDFUE (Droit à l'intégrité de la personne) ;*
- l'article 7 CDFUE et article 8 CEDH (Respect de la vie privée) ;*
- l'article 8 CDFUE (Protection des données à caractère personnel) ;*
- l'article 12 CDFUE et article 11 CEDH (Liberté de réunion et d'association) ;*
- l'article 13 CDFUE (Liberté des arts) ;*
- l'article 16 CDFUE (Liberté d'entreprise) ;*
- l'article 21 CDFUE et article 14 CEDH (Non-discrimination) ;*
- l'article 24 CDFUE (Droits de l'enfant) ;*
- l'article 25 CDFUE (Droits des personnes âgées).*

Plus exactement, les parties intimées invoquent la responsabilité de la partie appelante pour avoir adopté ou prolongé des actes qui sont contraires à ces droits couverts par des instruments internationaux et retiennent des fautes aquilienne de l'appelante par référence au comportement prudent qu'elle est supposée adopter. Elles sollicitent la cessation des atteintes portées aux droits ci-avant mentionnés dont le caractère subjectif est indiscutable.

Cette analyse vaut également pour l'asbl Notre Bon Droit. En effet, cette asbl a inscrit son action dans un cadre de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales si l'on se réfère à l'article 3 de ses statuts. Le caractère subjectif des droits dont question est indiscutable et l'action envisagée n'a pas pour objet, comme le soutient la partie appelante, de vouloir mettre en échec l'œuvre législative mais bien de postuler la cessation des atteintes portées à des droits subjectifs, sur pied de l'article 1382 de l'ancien Code civil.

Dans ce cadre, le juge des référés a un pouvoir de juridiction pour connaître de la demande.

L'appelante conteste ce pouvoir de juridiction évoquant une violation de l'article 142 de la Constitution. Elle estime que les cours et tribunaux sont sans compétence car il s'agit d'une compétence de la Cour Constitutionnelle, celle-ci étant par ailleurs amenée à se prononcer sur l'accord de coopération litigieux dans le cadre de deux procédures en annulation et suspension actuellement pendants.



La Cour ne peut suivre cette thèse telle qu'exposée.

En effet, les parties intimées soutiennent devant la Cour une violation du droit supranational telle qu'indiquée ci-avant. Il a déjà été précisé que dès lors qu'il s'agit de norme avec un effet direct dans le droit interne, la Cour peut, le cas échéant, écarter la norme interne qui serait contraire au droit supranational sans qu'il soit nécessaire que le législateur ou la Cour Constitutionnelle ne se prononce. De même, la question posée par les parties intimées se place sur le terrain de l'existence d'une faute aquilienne commise par la partie appelante dont elles postulent la réparation. Ces appréciations ne relèvent pas de la Cour Constitutionnelle mais bien des cours et tribunaux.

Enfin, il a encore déjà été précisé que les cours et tribunaux gardent compétence pour apprécier la manière dont une compétence discrétionnaire d'une autorité s'exerce, cette dernière pouvant être questionnée et soumise au contrôle judiciaire, si cette manière est fautive.

La seule restriction à cette analyse est la suivante et il s'agit là d'une différence notable avec la contrariété d'une norme avec le droit supranational. Il s'agit de l'application de l'article 26 § 4 de la loi du 6 janvier 1989. Rappelons tout de même que de toute évidence, la Cour Constitutionnelle n'est pas compétente pour ordonner elle-même la réparation d'un dommage résultant d'une inconstitutionnalité. En vertu de l'article 144 de la Constitution, il revient au seul pouvoir judiciaire de statuer sur le droit à la réparation d'un préjudice (sous réserve de la compétence récente reconnue au Conseil d'État de statuer sur les effets civils de ses décisions). Mais, pour ce faire, la violation de la norme constitutionnelle doit avoir dûment été constatée par la Cour Constitutionnelle qui est la seule habilitée à exercer un contrôle sur la constitutionnalité. Ainsi, de deux choses l'une : soit, l'action en responsabilité civile contre l'autorité publique a été déclenchée à la suite d'un arrêt de la Cour Constitutionnelle constatant une violation de la Constitution dans le chef du législateur et les cours et tribunaux peuvent traiter cette action et envisager en quoi cette violation est constitutive d'une faute au sens de l'article 1382 de l'ancien Code civil, soit, la Cour Constitutionnelle ne s'est pas précédemment prononcée sur l'inconstitutionnalité vantée à l'appui de l'action en responsabilité et il revient alors aux cours et tribunaux, avant de statuer sur cette action, de poser à la Cour Constitutionnelle une question préjudicielle.

Ainsi, la Cour de Cassation a énoncé que « les juridictions de l'ordre judiciaire n'ont pas le pouvoir de contrôler la conformité des lois à la Constitution de telle sorte que l'arrêt qui procède à un tel contrôle méconnaît le principe de la séparation des pouvoirs et viole l'article 159 de la Constitution » (voy. en ce sens, Cass., 28 février 2005, Pas., 2005, p. 496).



Sur ce point, la Cour rejoint donc l'analyse de l'appelante. Mais, ce qu'omet la partie appelante, c'est que la position des intimées ne repose pas sur une inconstitutionnalité de la norme laquelle est effectivement pendante devant la Cour Constitutionnelle mais bien, sur une violation du droit supranational. La mention de l'article 26 § 4 mise en exergue par la partie appelante est donc sans pertinence.

En outre, la partie appelante semble oublier l'article 26 § 3 qui énonce que « Sauf s'il existe un doute sérieux quant à la compatibilité d'une loi, d'un décret ou d'une règle visée à l'article 134 de la Constitution avec une des règles ou un des articles de la Constitution visées au § 1 et qu'il n'y a pas de demande ou de recours ayant le même objet qui soit pendant devant la Cour, une juridiction n'est pas tenue de poser une question préjudicielle ni lorsque la demande est urgente et que le prononcé au sujet de cette demande n'a qu'un caractère provisoire, ni au cours d'une procédure d'appréciation du maintien de la détention préventive ».

Ainsi, dans le cadre d'une procédure en référé s'il existe déjà une demande ou un recours ayant le même objet pendant devant la Cour constitutionnelle – ce qui est bien le cas en l'espèce et qui est d'ailleurs à plusieurs reprises rappelé par la partie appelante – il n'y a pas lieu de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, et ce, quand bien même il existerait un doute sérieux quant à la compatibilité de l'accord de coopération ou du décret avec plusieurs dispositions constitutionnelles.

Il en a été ainsi jugé par la Cour de Cassation notamment dans un arrêt du 6 mars 2013: « Conformément à l'article 26, § 3, précité, le caractère urgent de la demande et la nature provisoire de la décision dont elle a fait l'objet justifient de ne pas saisir la Cour constitutionnelle » (voy. Cass. 6 mars 2013, arrêt F-20130306-3).

En l'espèce, et comme il sera précisé, ci-dessous, la condition d'urgence est remplie.

En outre, et contrairement à ce que prétend la Région Wallonne, les demandes des parties intimées ne visent pas à demander la suspension ou l'annulation des normes litigieuses. D'ailleurs, malgré la décision du premier juge faisant entièrement droit aux demandes des intimées, les normes sont toujours d'application ! Et pour cause, puisque les décisions des cours et tribunaux ne peuvent avoir pour effet de suspendre l'accord de coopération du 28 octobre 2021 ou le décret du 21 octobre 2021. Les demandes des intimées visent simplement à faire constater leur illégalité et postuler que la partie appelante prenne les mesures qui s'imposent pour mettre fin à cette illégalité et ce, sans que le pouvoir d'appréciation de l'autorité ne soit remis en cause. »



La demande d'exemption expresse de l'obligation de présenter un *Covid Safe Ticket* formulée par A [REDACTED]

[REDACTED] ne constitue pas davantage une demande équivalente à une mesure générale et réglementaire au sens de l'article 6 du Code judiciaire puisqu'elle ne concerne que des personnes visées par la présente procédure et que cette demande constitue, selon leur thèse, une forme de réparation de l'illégalité soutenue.

Au-delà des arrêts *Simmenthal* qui concluent à l'écartement de la norme sans attendre son élimination en cas de contrariété avec la norme internationale directement applicable, la Cour de justice de l'Union européenne tout comme la Cour Européenne des droits de l'Homme exigent également que les justiciables bénéficient d'un recours effectif ce qui ne peut être considéré comme étant le cas si le premier juge avait attendu que la Cour Constitutionnelle se prononce ou encore s'il avait décidé de poser une question préjudicielle compte tenu du délai de traitement.

En effet, bien que saisie de divers recours, la Cour constitutionnelle n'a, à ce jour, pas encore prononcé d'arrêts au fond. Les seuls arrêts prononcés l'ont été sur le constat d'un défaut d'extrême urgence. Dès lors que des droits fondamentaux sont en jeu, on ne peut attendre plusieurs années pour qu'une autorité se penche sur l'illégalité dénoncée. Le recours théorique est insuffisant, il importe que le recours soit effectif et dans un délai cohérent et utile avec le droit en cause (voy. en ce sens, CEDH, 15 mars 2022, arrêt n° 21881/20).

Cette absence de recours effectif, à suivre la thèse de la REGION WALLONNE est d'autant plus problématique que les tribunaux pénaux ont statué toute la durée de mise en œuvre du *Covid Safe Ticket* sans qu'il ne soit exigé que la cour constitutionnelle ne soit interrogée.

d) L'urgence au sens de l'article 584 du Code judiciaire

La partie appelante conteste le caractère urgent des demandes considérant que l'application du régime du *Covid Safe Ticket* ne cause pas de préjudice grave et irréparable aux parties intimées. Elle met en exergue les arrêts de la Cour Constitutionnelle du 20 janvier 2022 et du 3 février 2022 par lesquels cette dernière a décidé que les préjudices moraux, financiers et physiques invoqués par les parties ne présentaient pas de gravité suffisante pour en justifier l'examen. Elle ajoute que l'asbl NOTRE BON DROIT ne peut se prévaloir d'un



préjudice personnel à ce point grave pour justifier l'urgence de son recours et de manière générale pour tous les intimés que la limitation à une liberté publique n'est pas, en soi, constitutive d'urgence tout en concluant qu'ils ne démontrent pas un préjudice grave et personnel.

Il est unanimement admis, à la suite de divers arrêts de la Cour de Cassation et notamment celui du 11 mai 1990 (Pas. 1990, I, 1045) que l'urgence est une condition de la compétence matérielle du juge des référés qui s'apprécie comme toute condition de compétence en fonction de l'objet de la demande tel que libellé dans l'acte introductif d'instance et non en fonction de l'objet réel de celle-ci. Par contre si, après s'être déclaré compétent au vu du libellé de la demande, le juge des référés constate que l'urgence n'est pas réellement établie ou qu'elle a disparu en cours de procédure, il devra déclarer la demande non fondée.

In casu, l'urgence est clairement invoquée en termes de citation. La Cour, statuant en référé, est donc compétente.

L'article 584 du Code Judiciaire dispose que le président du tribunal de première instance statue au provisoire dans tous les cas où il reconnaît l'urgence, en toute matière, sauf celles que la loi soustrait au pouvoir judiciaire.

L'urgence est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine du juge. Elle est une condition nécessaire et suffisante de la compétence du juge des référés. Sa réalité conditionne le bien-fondé de la demande.

Il y a urgence, selon la théorie unanime, dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénients sérieux, rend une décision immédiate souhaitable. On estime que le recours à la procédure des référés est légitime dès lors que la procédure ordinaire serait impuissante à résoudre le différend en temps voulu.

Doctrine et jurisprudence conviennent qu'il n'y a pas urgence au sens de l'article 584 du Code Judiciaire dès lors que le demandeur a trop tardé à agir. Néanmoins, nonobstant cette inertie fautive, l'urgence peut tout de même être reconnue si la situation existante est aggravée par des faits nouveaux ou par l'effet de sa simple durée.



Pour apprécier l'urgence, il faut se situer non seulement au jour de la demande mais également au jour où le juge des référés rend sa décision.

Ainsi, l'existence d'une voie de fait peut, à elle seule, justifier l'urgence. La voie de fait suppose une atteinte portée à un droit subjectif évident et incontestable, par un acte matériel ou un comportement violent ou intempestif. L'intervention du président se justifie également dans les cas, le plus souvent d'obligations de faire ou de ne pas faire, où le moindre retard dans la mise en œuvre d'une mesure rapide appropriée, entraînerait un préjudice ou une perte irréparable. Il n'est pas toujours requis qu'il y ait voie de fait ou préjudice irréparable. La crainte d'un préjudice grave, voire d'inconvénient sérieux, peut s'avérer suffisante (voy. en ce sens G. Closset-Marchal, La compétence en droit judiciaire privé, Larcier, 2009, n°367).

In casu, ainsi que cela a été jugé par la présente cour dans son arrêt du 7 janvier 2022, l'urgence comme condition de fondement était établie dès lors que l'usage du *Covid Safe Ticket* compromettait, alors que la Belgique se trouvait en situation de paix, de manière grave, l'exercice d'un grand nombre de libertés publiques consacrées par la Constitution et par divers instruments internationaux tels la Convention Européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ce constat est indiscutable dès lors que les citoyens étaient obligés, pour accéder à certains lieux comme les hôpitaux, les maisons de retraite, les salles de cinéma, de concert, de théâtres, les salles de sport, (...), de présenter une sorte de « *laissez-passer* » au moyen d'un certificat de vaccination, d'un certificat de rétablissement ou encore d'un certificat de test négatif, présenté via le *Covid Safe Ticket*.

L'urgence était établie lorsque le premier juge a statué dès lors notamment :

- que la mise en place du *Covid Safe Ticket* s'inscrivait dans une politique liberticide qui perdurait depuis plus de nombreux mois ; l'effet de la simple durée de cette politique aggravait au fil du temps la situation et justifiait de l'urgence ;
- qu'initialement, le *Covid Safe Ticket* n'était prévu que pour une durée de trois mois, soit jusqu'au 30 septembre 2021 et uniquement pour des événements de masse et à un moment où la vaccination de la population était toujours en cours ;
- qu'en dépit d'un taux de vaccination extrêmement important la RÉGION WALLONNE avait estimé devoir restreindre les droits de ses



citoyens et de manière aggravée puisque le *Covid Safe Ticket* avait été nettement élargi au-delà des événements de masse et avait été prolongé ;

- que l'aggravation de l'atteinte aux droits et libertés alors que la vaccination avait atteint un taux très élevé avait rendu la situation urgente quand bien même l'atteinte s'inscrivait dans une continuité de politique menée depuis de nombreux mois ;
- *qu'in casu*, l'urgence était d'autant plus patente que l'on se situait dans une prolongation de mesures liberticides ;
- que le *Covid Safe Ticket* présentait un réel risque d'accoutumance et de normalisation sociale des comportements qui portait atteinte aux droits fondamentaux. Ce risque avait déjà été dénoncé par diverses instances à l'entame de l'autorité de protection des données ;
- qu'à supposer les mesures contestées illégales, elles constituaient des voies de fait qui, à elles seules, justifiaient l'urgence au sens de l'article 584 du Code Judiciaire.

L'action a été introduite quelques jours après la publication du décret du 14 janvier 2022 modifiant le décret du 21 octobre 2021 et prolongeant l'usage du *Covid Safe Ticket*. Partant, aucun manque de diligence ne peut être reproché aux intimées.

Ainsi que l'a encore souligné la cour dans son arrêt du 7 janvier 2022, la jurisprudence vantée par la partie appelante émanant du Conseil d'État ou de la Cour Constitutionnelle pour appuyer sa position quant à l'absence d'urgence est sans pertinence. On notera que les arrêts cités concernent l'extrême urgence et que cette notion et celle d'urgence afférente au référé basé sur l'article 584 du Code Judiciaire mû devant les juridictions judiciaires sont des concepts au contour différent.

Par voie de conséquence, la question préjudicielle que souhaite voir poser la RÉGION WALLONNE à la Cour constitutionnelle à savoir : « *« Les articles 584 du Code judiciaire et 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le principe général de la sécurité juridique et l'article 142 de la Constitution en ce que le juge judiciaire pourrait considérer sur une même question de fait et de droit que la condition d'urgence est remplie alors même que la Cour constitutionnelle a considéré que celle du risque de préjudice grave difficilement ne l'était pas avec pour conséquence que les parties devant le juge des référés seraient traitées différemment de celles qui sont parties à une instance pendante devant la Cour constitutionnelle?»* » est sans pertinence. Pour que la question puisse trouver une pertinence, il faudrait que la RÉGION



WALLONNE démontre que les parties intimées, qui ont fait le choix d'une juridiction, sont placés dans des conditions identiques mais traitées différemment. On soulignera sur ce point que les conditions ne seraient en tout état de cause pas identiques puisque l'objet de l'action serait différent : d'un côté, la cessation d'un préjudice et de l'autre une demande de suspension et/ou d'annulation d'une norme. Il ne peut donc y avoir de discrimination.

e) Les droits apparents.

La partie appelante soutient ensuite que les parties intimées ne démontrent pas l'existence d'une apparence de droit à l'appui de leurs prétentions, à savoir une faute qui pourrait, *prima facie*, leur être reprochée par application de l'article 1382 de l'ancien Code civil.

Le juge des référés statue au provisoire. Ce concept a pour unique portée que sa décision n'est pas revêtue de l'autorité de chose jugée à l'égard du juge du fond qui ne sera, par voie de conséquence, pas lié par ce qu'aura décidé le juge des référés. Cette précision de l'article 584 alinéa 2 du Code Judiciaire ne fait donc que rappeler et mettre en parallèle le prescrit de l'article 1039 alinéa 1^{er} du Code judiciaire qui précise que les ordonnances sur référé ne portent pas préjudice au principal.

Il appartient au juge des référés d'examiner les droits apparents des parties. Il s'agit donc d'un examen *prima facie*.

Selon D. Mougenot, « *la conception moderne du provisoire commande de considérer que le juge des référés est toujours compétent pour apprécier le droit des parties, fussent-ils sérieusement contestés, et ordonner toute mesure adéquate, sans pour autant lier le juge du fond (...). Il en résulte que le juge des référés peut faire respecter les droits des parties, même s'ils apparaissent obscurs ou peu évidents* » (voy. D. Mougenot, « Principes de droit judiciaire privé », Rép. Not. Tome XIII, Livre 0, Larcier, 2019, p. 183)

Il a déjà été précisé que la responsabilité du pouvoir législatif doit être appréciée non seulement par rapport aux normes spécifiques de comportement qui lui sont édictées par la Constitution et les conventions internationales mais peut l'être aussi par rapport aux normes de prudence dictées par la référence au standard du législateur normalement soigneux et diligent.



Dans son arrêt du 27 décembre 2007, la Cour de Cassation résume ce point comme suit :

« La faute de l'autorité administrative, pouvant sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil engager sa responsabilité, consiste en un comportement qui, ou bien s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'autorité normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions, ou bien, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, viole une norme de droit national ou d'un traité international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, imposant à cette autorité de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée » (voy. Cass. (1ère ch.), RGC.06.0457.F, 21 décembre 2007).

En l'espèce, la thèse soutenue par les parties intimées et qui sera examinée ci-après consiste en ce que *« l'appelante pouvoir législatif– en prolongeant le Covid SafeTicket, mais également en s'abstenant de le retirer anticipativement– ce qu'elle aurait pu faire, en son pouvoir exécutif, au vu des données scientifiques– a non seulement violé les règles de droit national (notamment le Décret du 6 novembre 2008 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, la loi sur les droits des patients, le Code de droit économique) et supranational (dont le RGPD, la CEDH, et la Charte des Droits fondamentaux en ce compris en ce qu'elle comportent plusieurs normes tendant à protéger des droits qui ne sont pas garantis par la Constitution), mais en outre, elle ne s'est pas comportée comme un législateur prudent et diligent dès lors que cette prolongation est intervenue sans qu'elle ne prenne en compte les données scientifiques actualisées, en dehors de toute évaluation de la mesure, et qu'elle n'a prévu aucun critère épidémique pour lever la mesure, tout en liant celle-ci au Baromètre Corona qui n'avait pourtant aucune base légale » (voir page 87 de leurs conclusions).*

Les dispositions décrétales critiquées par les parties intimées ont pour conséquence d'imposer aux personnes la présentation d'un *Covid Safe Ticket* pour accéder à un événement ou à certains établissements (voir ci-avant plus amplement détaillés). Les effets de ces mesures, limités jusqu'au 15 janvier 2022 ont été prolongés par décret de la RÉGION WALLONNE le 14 janvier 2022 et ce pour une durée initialement prévue jusqu'au 16 avril 2022.

La mesure contestée affecte incontestablement de nombreux droits et libertés fondamentaux consacrés par des normes internationales (voir ci-avant). Certes, ces droits ne sont pas absolus mais l'ingérence à ceux-ci doivent alors rencontrer une proportionnalité de la mesure.



En effet, pour qu'une restriction puisse être apportée aux droits et libertés fondamentaux, l'(les) objectif (s) général (aux) qui sous-tend (ent) la restriction doit (vent) être défini (s) de manière précise par le législateur. Il faut que la norme prise, qui restreint ces droits et ces libertés, soit apte à atteindre le (s) objectif (s) poursuivi (s) et que cette norme soit proportionnelle. Il faut donc que la norme soit nécessaire au regard du but poursuivi.

En d'autres termes encore, il importe donc de vérifier si la norme permet d'atteindre l' (les) objectif (s) poursuivi (s) et de s'assurer qu'elle constitue la voie la moins attentatoire aux droits fondamentaux.

Il n'y a pas de droit ou de liberté qui valent plus que d'autres. Le droit à la santé est donc un droit qui se place au même niveau que le droit à la liberté, au respect de la vie privée (...). Il n'y a pas de hiérarchie entre ces droits, il faut donc un équilibre entre eux.

Si l'on se réfère à l'exposé général de l'accord de coopération du 27 septembre 2021, trois objectifs sont poursuivis :

- une réduction de la propagation du virus ;
- éviter une saturation du système hospitalier ;
- relancer l'économie et éviter de nouvelles fermetures.

L'article 4 du décret du 21 octobre 2021 expose quant à lui que le *Covid Safe Ticket* vise à réduire la pression sur le système des soins de santé afin d'éviter que la crise sanitaire n'entraîne des conséquences sur les soins de santé et sur l'état de santé général de la population.

Il faut constater que ces dispositions ont été adoptées sur base du constat durant l'été 2021 et le mois de septembre 2021 d'une augmentation du nombre d'infections et d'admissions à l'hôpital et que certains endroits étaient plus exposés à la transmission ou la « super propagation » du virus alors que les règles de base de sécurité (ventilation optimale, distances, masques, contacts limités) ne pouvaient pas y être entièrement respectées (Voy. le rapport du G.E.M.S. des 18 et 31 août 2021 et l'exposé des motifs du décret du 21 octobre 2021).

La RÉGION WALLONNE, pour prolonger les effets dans le temps du *Covid Safe Ticket*, via son décret du 14 janvier 2022, s'est appuyée sur des données épidémiologiques du R.A.G. du 29 septembre 2021 et du 16 décembre 2021 indiquant un niveau d'alerte de 5 pour toutes les provinces de la Région wallonne



et préconisant le maintien du *Covid Safe Ticket* couplé aux mesures standard (Voy. l'exposé des motifs du décret du 14 janvier 2022).

Il importe de souligner que la RÉGION WALLONNE, une fois l'objectif déterminé par la mise en place du *Covid Safe Ticket*, a l'obligation de s'assurer que l'outil est pertinent pour atteindre cet objectif. Elle doit apporter une justification en lien avec le fait que le *Covid Safe Ticket* ne peut être utilisé et a fortiori prolongé que pour atteindre sa (ses) finalité(s) et ce, par le biais d'éléments factuels, concrets et actualisés s'agissant d'une épidémie.

En outre, au-delà de l'adéquation des mesures pour lutter contre l'épidémie, s'impose une analyse de proportionnalité des mesures adoptées tel le *Covid Safe Ticket* quant aux effets que ces mesures engendrent. Il faut que l'analyse réalisée par la RÉGION WALLONNE comporte une analyse du coût des mesures par rapport au bénéfice d'autant qu'*in casu* il s'agit d'une prolongation de la mesure et que dès lors un certain « recul » sur cette dernière peut être porté.

Relativement à la décision de prolongation de la mesure de Covid Save Ticket en janvier 2022, on retiendra que le variant du virus dit 'Omicron' était dominant en Belgique. Il est donc sans pertinence de se baser sur les études scientifiques premières (portant notamment sur le variant Delta), le virus ayant fortement muté. On soulignera encore que la délivrance du *Covid Safe Ticket* n'a pas été conditionnée par le fait de recevoir la troisième dose de vaccin alors en vigueur au moment de la prolongation de la mesure. La mention d'études scientifiques faites par la RÉGION WALLONNE et relatives au variant Delta ou encore les effets de la « *dose booster – troisième dose de vaccin* » sont donc sans pertinence et ne seront pas examinés par la Cour.

Les parties intimées étayaient leur propos quant à l'inadéquation du *Covid Safe Ticket* par différentes publications scientifiques, dont celle parue dans The Lancet en janvier 2022: « *Transmissibility of SARS-CoV-2 among fully vaccinated individuals* ») de laquelle on retiendra les propos suivants :

- « *l'impact de la vaccination sur la transmission communautaire des variants circulants du SARS-CoV-2 semble ne pas être significativement différent de l'impact chez les personnes non vaccinées* » ;

- « *la démonstration d'infections percées par le COVID-19 chez des travailleurs de la santé (TS) entièrement vaccinés en Israël, qui peuvent à leur tour transmettre cette infection à leurs patients, exige une réévaluation des politiques de*



vaccination obligatoire conduisant au licenciement des TS non vaccinés aux Etats-Unis »;

- « des chercheurs californiens n'ont observé aucune différence majeure entre les personnes vaccinées et non vaccinées en termes de charge virale du SRAS-CoV-2 dans le nasopharynx, même chez les personnes présentant une infection asymptomatique avérée » ;

En outre, de la publication parue dans The Lancet en date du 23 décembre 2021 : « Mucosal immune response in BNT162b2 COVID-19 vaccine recipients », il ressort une absence d'efficacité des vaccins anti-covid actuels à procurer une immunité muqueuse large et durable, et donc à empêcher de façon significative, les infections et les transmissions (voy. les pièces IV.14 et IV.15 du dossier des parties intimées).

On retiendra encore les rapports d'experts consultés par la RÉGION WALLONNE :

- le rapport du RAG du 2 février 2022 à propos de l'incidence (soit le nombre de nouveaux cas au cours d'une certaine période (par exemple : dernières 24 heures), par rapport à la taille de la population : « *La même tendance se poursuit, avec une évolution comparable de l'incidence tant chez les personnes non vaccinées que chez les personnes ayant reçu la vaccination de base. Pour les 18-64 ans (groupe le plus représenté) et les 65-84 ans, l'incidence reste toujours plus faible pour les personnes ayant reçu une dose de rappel* » ;

- l'avis du Conseil supérieur de la santé de février 2022 (voy. la pièce IV.38 du dossier des intimés): « *Deux doses de vaccin ne sont pas suffisantes contre Omicron. Un premier rappel semble rétablir l'efficacité vaccinale (VE –décès– soins intensifs– hospitalisation) contre Omicron. Il y a plus d'incertitudes concernant la VE contre les infections et la transmission dans le contexte du VOC Omicron. Il a été démontré que les vaccins (actuels) peuvent partiellement prévenir la transmission, mais la durée et l'amplitude de cet effet sont inconnues et semblent plus courtes* » ;

- le rapport du GEMS du 14 janvier 2022 (voy. pièce IV.39 du dossier des intimés) : « *Il n'est pas opportun de regrouper trois contextes médicaux qui ne sont pas égaux du point de vue épidémiologique: le statut vaccinal (protection solide contre la maladie grave, mais beaucoup moins contre l'infection et la transmission), l'infection récente (par exemple, une infection récente par Delta ne protège pas suffisamment contre l'infection par Omicron) et le test négatif (uniquement des informations sur la contagiosité possible, avec des limites de tests faux négatifs/positifs). Le statut vaccinal donne des informations sur*



l'impact individuel et sanitaire d'une éventuelle infection, mais beaucoup moins sur la contagiosité » ;

- l'avis du Comité consultatif de bioéthique du 13 décembre 2021 qui souligne que, dans la mesure où l'immunité diminue progressivement (en tout cas dans un schéma de vaccination à deux doses – ce qui est le propos relativement au *Covid Safe Ticket*) le *Covid Safe Ticket* peut donner un faux sentiment de sécurité, ce qui peut entraîner des conséquences graves pour les personnes fragiles (voy. Pièce IV. 24 du dossier des parties intimées).

On retiendra aussi les propos d'experts reconnus lesquels exposent que le *Covid Safe Ticket* « n'a pas fait ses preuves » (propos de Yves Coppieters). ;

Ces différents rapports ne sont pas réellement contredits par la RÉGION WALLONNE laquelle mentionne seulement que « le booster » était là pour maintenir l'efficacité du vaccin. Nous avons déjà précisé que ce propos est irrelevant.

On notera encore que l'exposé des motifs du décret du 14 janvier 2022 ne se réfère à aucune évaluation scientifique de la mesure mais à des situations épidémiologique du RAG du 29 septembre 2021 – ce qui est pour le moins sans intérêt compte tenu de l'évolution rapide de la situation de l'épidémie – et du 16 décembre 2021 lequel n'évoque pas la question du *Covid Safe Ticket*. De la même manière, le commentaire des articles se réfère aux rapports du RAG du 29 septembre 2021 et du 8 décembre 2021 sans qu'une attention ne soit particulièrement portée à la mesure du *Covid Safe Ticket*. Le compte rendu des débats ayant eu lieu le 13 janvier 2022 reflète d'ailleurs cette situation (voy. la pièce I.13 du dossier des intimés) puisqu'on peut notamment lire à la page 4 de ce compte rendu ce qui suit : «(...) Mme Vandorpe regrette l'absence d'argumentation de la part du Gouvernement quant au caractère proportionné du CST. Elle regrette également que ce dernier n'ait pas fait l'objet d'une évaluation crédible démontrant que cet outil est utile et nécessaire. Elle estime qu'un tel manque laisse planer le doute quant à son utilité. Il lui semble qu'il est encore nécessaire de démontrer l'efficacité et la proportionnalité du CST. Elle estime que ces points doivent pouvoir être réévalués de manière régulière eu égard aux connaissances scientifiques disponibles. Mme Vandorpe souligne qu'une évaluation de l'efficacité du CST n'est pas prévue en ce qui concerne la prolongation de cet outil. Elle insiste sur le fait que son application n'empêche pas la montée des contaminations. Elle considère que des experts en analyse des politiques publiques doivent pouvoir évaluer le CST pour apprécier ses effets et de la vaccination, notamment l'IVEPS ».



De la même manière, la cour constate que la RÉGION WALLONNE ne fait état d'aucune étude sérieuse quant à l'impact du *Covid Safe Ticket* et plus généralement des mesures prises pour endiguer l'épidémie face aux inconvénients que le *Covid Safe Ticket* implique et plus généralement les conséquences que ces mesures ont engendrées. Or, les conséquences furent nombreuses comme l'étayent les intimées notamment en termes de publications scientifiques. On retiendra à titre d'exemple les publications relatives à la santé mentale des Belges face aux mesures prises.

Cette étude d'impact s'impose à plusieurs titres. Premièrement, elle est nécessaire dès lors que la mesure adoptée constitue une entrave sévère aux droits et libertés prescrits par des normes nationales et internationales afin de vérifier si le critère de proportionnalité est rencontré. Or, la RÉGION WALLONNE reste en défaut de justifier du sérieux avec laquelle la norme actuellement contestée a été préparée afin de justifier de la proportionnalité de la mesure prolongée. Deuxièmement, elle est envisagée par l'article 35 du Règlement général des données lequel dispose que « *lorsqu'un type de traitement, en particulier par le recours à de nouvelles technologies, et compte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement, est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable du traitement effectue, avant le traitement, une analyse de l'impact des opérations de traitement envisagées sur la protection des données à caractère personnel. (...)* ». Avant toute prolongation de la mesure de *Covid Safe Ticket*, une analyse d'impact relative à la protection des données s'imposait.

Il résulte de ces éléments, non formellement contredits par la RÉGION WALLONNE quant à l'absence ou à l'effet très limité de la vaccination contre la propagation du virus et à tout le moins le variant Omicron, que la distinction induite par le régime du *Covid Safe Ticket* entre les personnes vaccinées et non vaccinées n'apparaît plus, *prima facie*, raisonnablement justifiée en regard notamment des objectifs poursuivis par la RÉGION WALLONNE dont notamment la réduction de la propagation, dans certains lieux, du virus. La RÉGION WALLONNE ne peut justifier la discrimination opérée.

Il résulte encore de l'absence d'analyse du coût-bénéfice de la mesure prise au niveau de la prolongation du *Covid Safe Ticket* que la RÉGION WALLONNE reste en défaut de pouvoir justifier de la proportionnalité du maintien du régime du



Covid Safe Ticket dans des lieux spécifiques alors qu'il est de nature à restreindre les droits et libertés fondamentaux des parties intimées.

Au moment où la prolongation de la mesure du *Covid Safe Ticket* est décidée par la RÉGION WALLONNE en janvier 2022, l'évolution de la situation épidémiologique est à la baisse tout comme les hospitalisations (rapport Sciensano du 18 février 2022) alors que la RÉGION WALLONNE ne justifie pas du contraire et ne rencontre ainsi pas un autre de ses objectifs qui était d'éviter toute pression hospitalière.

Contrairement à ce qui est soutenu par la RÉGION WALLONNE rien, dans les éléments soumis à l'appréciation de la cour, ne permet de soutenir que le *Covid Safe Ticket* était la seule alternative à un nouveau lockdown. Cette affirmation n'est pas plus avant étayée. Or, on soulignera que le premier confinement avait été essentiellement justifié par le manque de matériel (masques, réactifs de laboratoire ...) (voy le Rapport du Risk Assessment Group (RAG) du 23 mars 2020 cité par les parties intimées : <https://covid-19.sciensano.be/sites/default/files/Covid19/20200323-SciensanoEpidemiological%20situation%26risk.pdf>) ; ce qui ne pouvait plus être le cas deux ans plus tard.

Au vu des considérations qui précèdent, et sans qu'il soit utile à la solution du litige d'examiner plus avant les griefs développés par les parties intimées, le *Covid Safe Ticket* tel que prolongé le 14 janvier 2022 ne constituait pas une mesure proportionnée au regard des objectifs poursuivis par la RÉGION WALLONNE. La proportionnalité est également absente dès lors que la RÉGION WALLONNE n'a pas procédé à une étude du coût-bénéfice, une étude d'impact d'une telle mesure.

La prolongation de cette mesure a été, par contre, une source indiscutable de restrictions considérables des droits et des libertés des citoyens telles les parties intimées ainsi qu'une mesure de discrimination non justifiée.

La RÉGION WALLONNE ne justifie pas, au moment où elle a décidé de prolonger la mesure, de la nécessité impérieuse de maintenir le régime attentatoire aux libertés et droits fondamentaux en regard des objectifs poursuivis. Dès lors, *prima facie*, en adoptant le décret litigieux prolongeant la mesure relative au *Covid Safe Ticket*, la RÉGION WALLONNE a commis une faute au sens de l'article 1382 de l'ancien Code civil.



L'atteinte portée ainsi aux droits et libertés fondamentaux apparents des parties intimées justifie le fondement de leur demande urgente de réparation. La mesure prise à cet égard par le premier juge rencontre la demande de réparation des parties intimées et respecte la séparation des pouvoirs dès lors que la RÉGION WALLONNE a été simplement invitée, dans un délai de 15 jours, et sous peine d'astreinte, à prendre les mesures qu'elle estimera adaptées pour réparer les effets de la situation dommageable.

La décision entreprise doit donc être confirmée en toutes ses dispositions.

Par ces motifs,

Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

La Cour, statuant contradictoirement, en référé,

Reçoit l'appel, le dit non fondé,

Confirme la décision entreprise en toutes ses dispositions,

Ce faisant,

Condamne la RÉGION WALLONNE aux dépens d'appel des parties intimées non liquidés à défaut d'état liquidatif ;


Constata que la RÉGION WALLONNE est exemptée du droit de mise au rôle d'appel en vertu des articles 161 et 279 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe



Ainsi jugé et délibéré par la DOUZIÈME A chambre de la cour d'appel de Liège, où siégeaient le conseiller faisant fonction de président Myriam WILMART et les conseillers Fanny CRABEELS et Laurence AREND-CHEVRON et prononcé en audience publique du 18 avril 2023 par le conseiller faisant fonction de président Myriam WILMART, avec l'assistance du greffier Jean-Louis LEMAIRE.



Jean-louis LEMAIRE



Myriam WILMART



Fanny CRABEELS



Laurence AREND-CHEVRON

