

VU la citation en référé signifiée le 10 novembre 2021 ;

VU le dossier de pièces déposé pour les parties demanderesses ;

VU la requête en réouverture des débats reçue au greffe le 22 novembre 2021 ;

VU les observations des parties demanderesses reçues au greffe le 23 novembre 2021 ;

ENTENDU lors de l'audience du 16 novembre 2021, les conseils des parties demanderesses en leurs explications, la partie défenderesse n'ayant pas comparu ni été représentée.

A. LES PARTIES DEMANDERESSES, LE CADRE NORMATIF ET LA DEMANDE

1. L'ASBL NOTRE BON DROIT 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 » et dont l'objectif vise à défendre les intérêts des citoyens belges dans le cadre de la gestion de la pandémie liée au SARS-CoV-2 (COVID-19). Elle indique poursuivre aussi le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans ce même contexte de crise sanitaire.

Madame Nathalie [REDACTED] expose avoir un frère qui réside dans une maison de repos située à Ophain auquel elle rendait régulièrement visite jusqu'à l'entrée en vigueur du Covid Safe Ticket (ci-après CST). Non vaccinée, elle serait contrainte désormais, pour continuer de le visiter, de procéder à des tests anti-géniques plusieurs fois par semaine.

Madame [REDACTED] indique que sa mère réside dans un home à Seraing et se trouve par conséquent dans la même situation que [REDACTED].

Madame S[REDACTED] est la mère de 3 enfants : [REDACTED], [REDACTED] et [REDACTED]. Aucun d'entre eux n'étant vacciné, elle déplore qu'à moins de se soumettre à un test systématique, ni elle ni Victoria, sa fille aînée, ne peuvent se rendre dans un quelconque lieu soumis au CST. Quant aux autres enfants, Maximilien et surtout Chiara, ils se voient également refuser de se rendre dans ces établissements, n'ayant pas l'âge de sortir seuls. Chiara qui n'est soumise à aucune condition de passeport sanitaire, serait donc tout autant privée de la possibilité d'aller au musée, au cinéma, au parc d'attraction indoor, au restaurant, au centre sportif, etc., contrairement à des enfants dont les parents sont vaccinés. Ainsi, toutes les sorties individuelles ou en famille seraient désormais impossibles.

2. En ce qui concerne les normes applicables à l'usage du CST, les parties demanderesses exposent notamment ce qui suit :

2.1 la Loi 'relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique', dite Loi Pandémie, a été votée le 15 juillet 2021.

Elle a été sanctionnée par le Roi le 14 août 2021 et publiée au Moniteur belge le 20 août 2021. Pour pouvoir sortir ses effets, cette loi nécessite que la situation d'urgence épidémique soit déclarée par un arrêté royal qui doit être confirmé par le Parlement dans les 15 jours. Dans un premier temps, après l'entrée en vigueur de la Loi Pandémie, celle-ci n'avait pas été activée.

2.2 Le 14 juillet 2021, a été adopté un Accord de coopération entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Commission communautaire commune, la Région wallonne et la Commission communautaire française 'concernant le traitement des données liées au certificat COVID numérique de l'UE et au COVID Safe Ticket, le PLF 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 de coopération visait à mettre en place le 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). L'Accord de coopération précise expressément que :

« Il faut souligner 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 l'accès à certains lieux doit être subordonné à la présentation de preuves ou de certificats¹. 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 conservation raisonnables et d'une limitation d'utilisation quant à sa durée, le COVID Safe Ticket est un outil proportionné pour arrêter la propagation du coronavirus COVID-19 ».

2.3 En vue de pouvoir élargir le CST à d'autres secteurs, une première modification de l'Accord de coopération du 14 juillet 2021 a été adoptée par un accord de coopération du 27 septembre 2021². Selon l'exposé général de cet Accord de coopération modificatif (à propos du nouvel art. 2bis, § 3) :

« 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 et pour les secteurs complémentaires (notamment les articles 2bis, §§ 1 et 2, 13bis et 13ter du présent accord de coopération) ne seront plus d'application et seront suspendus. Afin de pouvoir fournir une approche adaptée à la situation épidémiologique du moment, il sera évalué si l'utilisation du COVID Safe Ticket doit être réintroduite pour l'ensemble (ou non) du territoire. Si nécessaire, il convient de préciser que cela n'est possible que pour une période allant jusqu'au 30 juin 2022. En ce sens, l'accord de coopération prévoira les dispositions suivantes : lorsqu'une situation d'urgence épidémique est déclarée et qu'il est ainsi décidé qu'une approche coordonnée de la crise sanitaire au niveau fédéral est nécessaire et, par conséquent, qu'une utilisation différenciée du COVID Safe Ticket

¹ Le tribunal souligne.

² M.B., 27 septembre 2021, p. 104676.

n'est plus appropriée, les mesures prises par les entités fédérées individuellement en ce qui concerne l'utilisation du COVID Safe Ticket cesseront de s'appliquer ou seront suspendues. Par conséquent, les entités fédérées ne pourront plus décider par décret ou ordonnance d'une utilisation différente du COVID Safe Ticket, car ces décrets et ordonnances ne pourront plus être appliqués et/ou seront suspendus dès l'annonce de la situation d'urgence épidémique. La poursuite de l'utilisation du COVID Safe Ticket pendant la situation d'urgence épidémique doit alors être prévue par les parties à l'accord de coopération :

- Par le biais d'un accord de coopération de rang législatif supplémentaire si les parties à l'accord de coopération souhaitent utiliser le COVID Safe Ticket pour les secteurs supplémentaires où le COVID Safe Ticket peut être utilisé ; ou
- Par le biais d'un arrêté conformément à l'article 4, § 1 de la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique ou par le biais d'un accord de coopération d'exécution concernant l'utilisation du COVID Safe Ticket pour les événements de masse, les projets pilotes et les salles de danse et discothèques ».

2.4 En Wallonie, l'élargissement de l'usage du CST dans les établissements relevant du secteur culturel, les établissements de l'Horeca, les dancings et discothèques, les centres de sport et de fitness, les foires commerciales et congrès et les établissements de soins résidentiels, a été décidé le 23 septembre 2021³. L'usage élargi du CST a été adopté par un Décret wallon du 21 octobre 2021 'relatif à l'usage du COVID Safe Ticket et à l'obligation du port du masque', publié le 29 octobre 2021 au Moniteur Belge. Il se fonde expressément sur l'Accord de coopération du 14 juillet 2021 tel que modifié (art. 2, 1° et 3°). Le Décret prévoit que l'usage du CST entre en vigueur, en Wallonie, le 1^{er} novembre 2021 et cesse d'être applicable au plus tard le 15 janvier 2022 (art. 7 du Décret précité).

2.5 Entretiens, un Comité de Concertation d'urgence s'est tenu le 19 octobre 2021. Lors de la conférence de presse qui l'a suivi, il a été annoncé que la Loi Pandémie allait être activée. Cette loi nécessite toutefois, comme déjà indiqué, que la situation d'urgence épidémique soit déclarée, sur base notamment des rapports d'un *Risk Assessment Group*, par un arrêté royal qui doit être confirmé par le Parlement dans les 15 jours. Cet arrêté déclarant la situation d'urgence épidémique ayant cependant un effet immédiat, des mesures de police administrative peuvent être immédiatement prises par un arrêté royal *ad hoc*, sans attendre la confirmation du Parlement.

Un arrêté royal « portant la déclaration de la situation d'urgence épidémique concernant la pandémie de coronavirus » et un 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 d'urgence épidémique déclarée concernant la pandémie de coronavirus COVID-19 », ont ainsi été adoptés le 28 octobre 2021.

3. Les parties demanderesses estiment que dès l'activation de la Loi pandémie, les modalités de l'usage du CST devaient être adoptées au niveau fédéral, dans le cadre précisément de la Loi Pandémie. Toujours selon les demanderesses, cette activation aurait

³ Communiqué du Gouvernement de Wallonie du 23 septembre 2021 - *Le Covid Safe Ticket sera d'application dans divers secteurs en Wallonie* (Publié le 23/09/2021 - <https://gouvernement.wallonie.be/home/presse/publications/gouvernement-de-wallonie-du-23-septembre-2021-publicationfull.html>).

donc dû avoir pour conséquence de mettre un terme aux mesures prises par les entités fédérées, conformément à ce que prévoyait initialement l'Accord de coopération.

Or, l'arrêté royal portant les mesures de police administrative du 28 octobre 2021 n'impose l'usage du CST que pour les événements de masse, les projets pilotes et les discothèques. Pour les autres secteurs, les Régions auraient ainsi conservé « la main » et les effets de leurs Décrets et Ordonnance persisteraient. Selon les demanderessees, un nouvel Accord de coopération de rang législatif aurait dû être adopté, conformément à l'article 2bis § 3 de l'Accord de coopération du 14 juillet 2021, tel que modifié le 27 septembre 2021, ce qui n'aurait pas été le cas. Au contraire, elles ajoutent que les parties à l'Accord de coopération du 14 juillet 2021 ont décidé, « faisant fi de cette disposition », de modifier à nouveau – pour la seconde fois en un mois - cet Accord de coopération.

4. Cette nouvelle modification est justifiée, selon l'exposé des motifs du projet de loi portant assentiment à l'accord de coopération législatif du 28 octobre 2021 visant à la modification d'accord de coopération du 14 juillet 2021⁴, comme suit :

« L'avenant de l'accord de coopération législatif prévoit les modifications nécessaires à l'accord de coopération du 14 juillet 2021 nécessaire afin de gérer la situation d'urgence attendue de manière ferme et correcte si la situation d'urgence épidémique est déclarée.

À cette fin on doit:

Prévoir que la réglementation concernant l'utilisation du COVID Safe Ticket pour réglementer l'accès aux événements de masse, aux expériences et projets pilotes et aux dancings /discothèques, tel qu'il était prévu dans l'accord de coopération législatif CST et valable jusqu'au 31 octobre 2021, peut également être appliqué après le 31 octobre 2021, lorsque la situation d'urgence épidémique est déclarée.

Adapter la réglementation concernant les secteurs additionnels, telle que prévue dans l'accord de coopération législatif CST lors de la déclaration de la situation d'urgence épidémique, afin que (i) d'une part les décrets/ordonnances déjà en vigueur ne soient plus suspendus ou inapplicables, mais puissent continuer à s'appliquer et (ii) d'autre part les entités fédérées puissent toujours faire usage de la possibilité de prévoir l'utilisation du COVID Safe Ticket pour les secteurs additionnels sur la base d'une approche différenciée par le biais d'un décret ou d'une ordonnance, tant que les mesures incluses dans les décrets, ordonnances ou instruments d'exécution ne sont pas en contradiction avec des mesures plus strictes qui seraient décidées par l'OCC et confirmées dans une arrêté conformément aux dispositions de la loi du 14 août 2021 (par exemple, un lockdown ou mesure de fermeture). »

Cette seconde modification est intervenue par le biais d'un Accord de coopération adopté le 28 octobre 2021 qui modifie comme suit le paragraphe § 3 de l'article 2bis de l'Accord de coopération du 14 juillet 2021, tel que modifié par celui du 27 septembre 2021 :

« Dès que et seulement tant 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

⁴ Doc. parl., Ch., n° 55-2288/001, p. 4.

police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique, (i) les articles 2bis, § 2, et 13ter, § 3 de cet accord de coopération sont suspendus sous les conditions prévues dans le présent paragraphe, et (ii) les entités fédérées ne peuvent plus prévoir l'utilisation du CST pour l'accès aux événements de masse, aux expériences et projets pilotes et aux discothèques et dancings maintenant que cela est réglementé par l'accord de coopération.

Les décrets, ordonnances et instruments d'exécution mis en œuvre sur base de ces articles 2bis, §§ 1 et 2, 13bis et 13ter par les entités fédérées, le cas échéant, ne s'appliquent plus, en ce qui concerne l'utilisation du CST pour l'accès aux événements de masse, aux expériences et projets pilotes et aux discothèques et dancings dès que et tant 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. Il en va de même pour les arrêtés ou actes pris par les bourgmestres et gouverneurs sur la base de l'article 13ter, § 3.

Les règles d'utilisation du CST dans les établissements et facilités énumérés à l'article 1, § 1, 21° de l'accord de coopération du 14 juillet 2021 et telles que prévues par un décret ou une ordonnance pris par les entités fédérées sur base de ces articles 2bis, §§ 1 et 2, 13bis et 13ter ne peuvent entrer en conflit avec les mesures prises conformément à la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique.

Dès que et tant qu'une situation d'urgence épidémique est déclarée, l'utilisation du CST pour l'accès aux événements de masse, aux expériences et projets pilotes et aux discothèques et dancings est expressément réglementée par l'accord de coopération, par le biais des dispositions de cet accord de coopération visant l'utilisation du CST pour l'accès aux événements de masse, aux expériences et projets pilotes et aux discothèques et dancings, et conformément à la réglementation qui est ou était valable jusqu'au 31 octobre 2021, étant entendu que :

- les modalités concrètes d'exécution doivent être déterminées pour autant que ce soit nécessaire par un arrêté d'exécution conformément à l'article 4, § 1er de la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique ou, le cas échéant, dans un accord de coopération d'exécution tel que visé à l'article 92bis, § 1, troisième alinéa, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ;
- par dérogation aux dispositions du premier et deuxième alinéas du présent paragraphe, le pouvoir des entités fédérées, conformément à l'article 13bis, § 2, 3°, de prendre ou de maintenir, en ce qui concerne l'utilisation du CST pour l'accès aux événements de masse et aux expériences et projets pilotes, des mesures plus strictes que celles prises en vertu de l'article 4, § 1 de la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative en cas de situation d'urgence épidémique, reste inchangée lorsque et tant que la situation d'urgence épidémique est déclarée ; et
- le pouvoir des bourgmestres et gouverneurs, chacun pour son territoire, de prendre des mesures concernant l'utilisation du CST pour l'accès aux événements de masse, aux expériences et projets pilotes et, qui sont plus strictes que celles prises sur base de l'article 4, § 1 de la loi du 14 août relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique, peuvent encore être

prises sur base et conformément aux modalités de l'article 13bis, § 3 de l'accord de coopération. En ce qui concerne le pouvoir des bourgmestres décrit ci-dessus, peut - par dérogation à ce qui est prévu à l'article 13bis, § 3 seulement être soutenue sur l'article 4, § 2 de la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique. En ce qui concerne le pouvoir des bourgmestres décrit ci-dessus, il ne peut être exercé qu'après avoir recueilli l'avis des Gouverneurs, compétents sur leur territoire

Dès qu'il sera mis fin à la situation d'urgence épidémique conformément aux dispositions de la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique, les dispositions des articles 2bis, § 2, 13ter seront à nouveau en vigueur et ces dispositions seront à nouveau pleinement d'application.

Les dispositions relatives à l'utilisation du CST pour l'accès aux événements de masse, aux expériences et projets pilotes et aux discothèques et dancings, telles que prévues dans les décrets, ordonnances et les instruments d'exécution pris par les entités fédérées sur base des articles 2bis, § 2 et 13ter, seront à nouveau en vigueur et ces dispositions seront à nouveau pleinement d'application, dès qu'il sera mis fin à la situation d'urgence épidémique. Il en va de même pour les arrêtés ou actes pris par les bourgmestres et gouverneurs sur la base de l'article 13ter, § 3. »

5. Une loi portant assentiment au niveau fédéral de l'Accord de coopération du 28 octobre 2021 a été votée le même jour et publiée au Moniteur belge le 29 octobre 2021. De même, le Décret wallon portant assentiment de l'Accord de coopération du 28 octobre 2021 a été voté le même jour et a été publié Moniteur belge le 29 octobre 2021.

A la date du 9 novembre 2021, soit à la veille de la signification de la citation introductive de la présente instance, l'application du CST en Wallonie est donc basée, selon les parties demandereses, sur :

- a) 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 d'urgence épidémique déclarée concernant la pandémie de coronavirus COVID-19 du 28 octobre 2021 ;
- b) Pour les secteurs élargis (Horeca, sportif, culturel, hôpitaux et maisons de repos) en Région wallonne :
- L'Accord de coopération du 14 juillet 2021 tel que modifié par les accords de coopération modificatifs des 27 septembre 2021 et 28 octobre 2021
 - le décret d'assentiment du 28 octobre 2021 de l'accord de coopération modificatif du même jour ;
 - Le Décret wallon du 21 octobre 2021⁵ relatif à l'usage du CST et à l'obligation du port du masque⁶, publié le 29 octobre 2021.

⁵ Qualifié « litigieux » par les parties demandereses.

⁶ Qui énonce notamment (art. 4) que « L'usage du COVID Safe Ticket se fait conformément à l'accord de

6. Les parties demandereses font encore observer que « tout cet arsenal législatif, pour un même dispositif, est assorti de sanctions pénales, lesquelles sont différentes et poursuivies devant des tribunaux différents en fonction de l'autorité dont la décision émane :

- Dans le cadre de la Loi pandémie : les tribunaux de police sont compétents, avec régime de sanctions distinct (amende, prison et possibilité de retenir des circonstances atténuantes) ;
- Dans le cadre du Décret : les tribunaux correctionnels sont compétents avec un régime de sanctions distinct (amende sans possibilité de retenir des circonstances atténuantes) ;
- Les gouverneurs peuvent encore prendre des mesures complémentaires sur base des articles 128 et 139 de la loi provinciale ».

7. Estimant en substance que l'exercice de bon nombre de leurs libertés fondamentales est empêché par l'usage du CST, de manière disproportionnée et en violation du droit européen, et donc de manière fautive par la Région wallonne, les parties demandereses ont lancé citation à son encontre par exploit signifié le 10 novembre 2021 pour demander à la juridiction des référés, sous couvert de l'urgence et au provisoire :

à titre principal :

- de constater la contrariété de l'Accord de coopération du 14 juillet 2021 tel que modifié par l'accord de coopération du 28 octobre 2021, et partant, du Décret portant assentiment à cet accord de coopération du 28 octobre 2021 au droit supranational de l'Union européenne, et notamment au RGPD, et, en conséquence, écarter ceux-ci ;
- de constater la contrariété du Décret wallon du 21 octobre 2021, relatif à l'usage du CST, au droit supranational de l'Union européenne et, en conséquence, écarter ceux-ci ;
- de condamner la Région Wallonne à prendre toutes les mesures qu'elle estimera appropriées pour mettre un terme à cette situation de contrariété apparente au droit supranational de l'Union européenne, dont le RGPD, et au préjudice subi par les Requérants, le cas échéant dans l'attente d'une décision au fond, ceci dans les 24 heures de la signification de l'Ordonnance à intervenir sous peine d'astreinte de 5.000 EUR par jour de retard ;

A titre subsidiaire :

- de constater que l'Accord de coopération du 14 juillet 2021 tel que modifié par l'Accord de coopération du 28 octobre 2021, et le Décret portant assentiment du 28 octobre 2021, et le Décret wallon du 21 octobre 2021, présentent de nombreuses illégalités apparentes en ce qu'ils contreviennent, notamment, au principe de légalité et de proportionnalité des mesures restrictives de liberté, aux avis du Conseil d'Etat, aux avis de l'Autorité de protection des données, au Décret du 6 novembre 2008, à la loi du 22 août 2002 sur les droits des patients et aux droits de l'enfant ;

coopération du 14 juillet 2021 et à l'accord de coopération d'exécution du 15 octobre 2021 ».

- en conséquence, de condamner la Région Wallonne à prendre toutes les mesures qu'elle estimera appropriées pour mettre un terme à cette situation d'illégalité apparente, le cas échéant dans l'attente d'une décision au fond, ceci dans les 24 heures de la signification de l'Ordonnance à intervenir sous peine d'astreinte de 5.000 EUR par jour de retard ;

B. DEFAUT DE LA REGION WALLONNE A L'AUDIENCE DU 16 NOVEMBRE 2021 ET DEMANDE EN RÉOUVERTURE DES DÉBATS

8. Il ressort de l'original de l'exploit de citation introductif d'instance versé au dossier de la procédure que la citation a été signifiée à la partie défenderesse le 10 novembre 2021, pour l'audience d'introduction de la chambre des référés du 16 novembre 2021.

La partie défenderesse n'était ni présente ni représentée à l'audience d'introduction, audience à laquelle les parties demanderesses ont requis, conformément à l'article 802 du Code judiciaire, que soit prononcée une ordonnance par défaut. Le défaut n'ayant pas été rabattu avant la fin de l'audience, la cause a effectivement été prise en délibéré.

Selon l'article 806 du Code judiciaire : « Dans le jugement par défaut, le juge fait droit aux demandes ou moyens de défense de la partie comparante, sauf dans la mesure où la procédure, ces demandes ou moyens sont contraires à l'ordre public, y compris les règles de droit que le juge peut, en vertu de la loi, appliquer d'office ».

9. Par requête déposée au greffe du tribunal le 22 novembre 2021, la Région wallonne a sollicité la réouverture des débats sur la base de l'article 772 du Code judiciaire et la requête a été notifiée aux parties demanderesses le 23 novembre 2021 lesquelles ont adressé au greffe leurs observations le même jour.

La Région wallonne l'admet dans sa requête : aux termes de l'article 772 du Code judiciaire, la réouverture des débats ne peut être demandée, en cas de découverte d'une pièce ou d'un fait nouveau et capital, que par une partie comparante, qualité qu'elle ne présente pas, en l'espèce, pour avoir fait défaut à l'audience d'introduction à laquelle les parties demanderesses ont requis, comme c'était leur droit, un jugement par défaut. Il n'est dès lors pas nécessaire d'avoir égard aux observations des parties demanderesses quant à l'absence de caractère nouveau et capital des faits et des pièces dont la Région wallonne entend se prévaloir, dès lors qu'en toute hypothèse sa demande en réouverture des débats est irrecevable.

10. Surabondamment, le tribunal observe néanmoins que la citation ayant été signifiée à la Région wallonne le mercredi 10 novembre, le délai de comparution réduit à deux jours en référé conformément à l'article 1035, al.2 du Code judiciaire, a commencé à courir le lendemain, soit le 11 novembre⁷ et s'est terminé le surlendemain, soit le vendredi 12 novembre, qui n'est pas un des « jours fériés légaux », au sens de l'article 53 du Code judiciaire, tels qu'énumérés à l'article 1^{er} de l'AR du 18 avril 1974 déterminant les modalités

⁷ Conformément à ce qu'énonce l'article 52 du Code judiciaire, le délai comprends tous les jours, même le samedi, le dimanche et les jours fériés légaux ».

générales d'exécution de la loi du 4 janvier 1974 relative aux jours fériés, étant précisé que le Code judiciaire ne connaît pas la notion de « jour de congé (pont) », invoquée par la Région à propos du 12 novembre 2021. L'échéance du délai ne devait donc pas être reportée au premier jour ouvrable suivant. S'agissant d'un délai d'attente qui s'est terminé le 12 novembre, l'audience d'introduction pouvait être fixée le premier jour utile après l'échéance du délai, soit à partir du 13 novembre. Dès lors que les cours et tribunaux ne siègent pas pendant les week-ends, la cause aurait pu, en théorie, être introduite dès le lundi 15 novembre. Car l'article 375 du Code de la fonction publique wallonne ne fait qu'ajouter quatre « jours de congé », dont le 15 novembre, aux jours fériés légaux fixés par l'AR précité. Cela ne fait dès lors pas du 15 novembre un jour férié légal au sens de l'article 53 du Code judiciaire.

La chambre des référés du tribunal de première instance de Namur, division Namur, ne tenant en principe audience que les mardis, la cause a été introduite à l'audience du mardi 16 novembre, soit trois jours au-delà de l'échéance du délai de comparution. Il est singulier que la Région wallonne, susceptible d'être à tout moment assignée en justice, le cas échéant en référé, n'ait pas arrêté les dispositions qui s'imposent dans l'hypothèse où un exploit introductif d'instance lui est signifié pendant une période où, pour diverses raisons, son fonctionnement est ralenti, par exemple au travers d'un service de garde chargé de réceptionner telle signification et de transmettre l'acte de procédure sans délai à la personne ou au service compétent pour y réserver les suites utiles qui s'imposent dans les délais fixés par la procédure.

La Région wallonne admet d'ailleurs dans sa requête que c'est précisément ce qui s'est passé : la citation introductive a été réceptionnée « au cabinet du Ministre Président le mercredi 10 novembre 2021 ». Elle « a été transmise à l'administration » par le cabinet, « mais pour une raison que la défenderesse ignore, (elle) n'a pas été adressée aux personnes qui assureraient la 'garde' ou la continuité du service public ». Dès l'instant où les mesures prises pour assurer en toutes circonstances le suivi des actions judiciaires introduites contre la Région wallonne n'ont en l'espèce pas rempli leur fonction, la Région wallonne doit assumer les conséquences de son défaut à l'audience d'introduction du 16 novembre.

C. NOTRE POUVOIR DE JURIDICTION

11. La question de l'étendue du pouvoir du juge judiciaire face aux décisions prises par une autorité publique, ou par une autorité administrative, doit concrètement se résoudre en deux temps :

- Il doit d'abord analyser le principe et l'étendue de sa juridiction ;
- Il doit ensuite identifier la nature du pouvoir exercé par l'autorité critiquée au travers de la décision qualifiée fautive dont il est saisi. S'agit-il d'un pouvoir exercé dans le cadre d'une compétence liée ou d'une compétence discrétionnaire ?

Il est généralement prétendu que les cours et tribunaux devraient s'interdire d'apprécier l'opportunité d'un acte relevant d'une compétence non liée sous peine de violer le principe de la séparation des pouvoirs (I. MATHY, « Étendue des pouvoirs du juge à l'égard d'une décision prise par une autorité administrative en matière de sécurité sociale », obs. sous l'arrêt

de la Cour d'arbitrage 2078/2004 du 21 décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 324 à 341).

L'ordre des questions a son importance car le juge « incompetent » n'exerce aucun pouvoir. Selon J. PUT, de nombreuses décisions judiciaires s'arrêtent à la constatation d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration pour exclure leur pouvoir de juridiction, alors que ce n'est pas par cette question que leur raisonnement devait débiter (*Administratieve sancties in het sociaal zekerteidsrecht*, Administrative Bibliotheek, De Keure, 1998, p. 448). Et le juge « compétent » confronté à une décision discrétionnaire a un « certain pouvoir » puisqu'il exerce à la fois un contrôle de légalité et un contrôle marginal sur la décision attaquée (M. DELANGE, « Mesure d'exclusion en matière de chômage », *C.D.S.*, 2002, p. 472).

Certes – et la réserve est rappelée de longue date – il ne peut apprécier l'opportunité de la décision, ni se substituer à l'administration ou à une quelconque autorité publique (Cass., 24 novembre 2005, n° C.04.0317.N ; Cass., 4 mars 2004, n° C.010346.N et Concl. avoc. gén. DUBRULLE ; Cass., 12 décembre 2003, n° C.00.0578.F ; Cass., 31 mai 2001, *Pas.*, 2001, I, 1002 ; M. DELANGE, « Les pouvoirs du juge dans le contentieux du chômage suivant le principe de la séparation des pouvoirs », *J.T.T.*, 1998, p. 178).

Quant au pouvoir des juridictions judiciaires, les articles 144 et 145 de la Constitution disposent respectivement : « les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux. Toutefois la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'État ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leur décisions » ; et « les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux sauf les exceptions établies par la loi ». Aux termes de la Constitution, les juridictions de l'ordre judiciaire ont donc non seulement une juridiction exclusive en matière de droits civils, mais également une juridiction de principe en matière de droits politiques.

12. Depuis l'arrêt *La Flandria* (Cass. 5 novembre 2020, *Pas.*, 1921, I, 192 et Concl. P. LECLERCQ), il est admis que le partage des attributions entre les ordres juridictionnels, judiciaire et administratif, n'est pas fondé sur la qualité des parties mais uniquement sur la nature du droit lésé tel qu'invoqué par le demandeur. La Cour de cassation a énoncé en cet arrêt de principe que la Constitution place « sous la protection du pouvoir judiciaire tous les droits civils, c'est-à-dire tous les droits privés consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent, et a confié aux cours et tribunaux la mission de réparer les atteintes à ces droits ». Selon la Cour, « dès lors qu'une personne, qui se dit titulaire d'un droit civil, allègue qu'une atteinte a été portée à ce droit et qu'elle demande la réparation du préjudice qu'elle a éprouvé, le pouvoir judiciaire peut et doit connaître de la contestation, et il est qualifié pour ordonner, le cas échéant, la réparation du préjudice, même au cas où la lésion serait causée par un acte illicite d'administration publique ». Cet attendu a été repris textuellement par la suite par la Cour qui a régulièrement rappelé depuis l'arrêt *La Flandria* que la « compétence » des cours et tribunaux est déterminée par le critère de l'objet réel du recours et qu'ils peuvent et doivent connaître de toutes demandes fondées sur la lésion d'un droit subjectif.

La notion de droit subjectif implique, d'une part l'existence d'une obligation déduite d'une règle de droit objectif qui s'impose à une personne ou une autorité ; d'autre part un intérêt propre ou personnel à la voir exécutée dans le chef de celui qui en revendique le respect (Cass., 19 avril 1934, *Pas.*, I, 249 ; Cass., 3 juillet 1943, *Pas.*, I, 291 ; Cass., 6 novembre 1952, *Pas.*, 1953, I, 140 ; Cass., 7 mars 1963, *Pas.*, I, 744 ; Cass., 31 mai 1999, *Pas.*, 1999, I,

766 et les références citées par P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, Bruylant 2010, pp. 1216 et s.). Ces deux conditions sont cumulatives : on ne pourrait reconnaître un droit subjectif dans le chef d'un demandeur qui invoquerait un intérêt ne correspondant pas à une obligation corrélatrice dans le chef du défendeur.

13. Certes, la Cour de cassation a aussi été amenée à considérer que pour pouvoir retenir l'existence d'un droit subjectif à l'égard de l'autorité administrative, il convient en outre d'observer que la compétence de cette autorité est « complètement liée » (Cass., 16 janvier 2006, *J.T.*, 2006, pp. 391 et 392), fidèle en cela aux conclusions fameuses du Procureur Général J. VELU en 1987 : « Pour que l'administré puisse se prévaloir à l'égard de l'autorité d'un droit subjectif, il faut que la compétence de celle-ci soit complètement liée, en ce sens que toutes les conditions à la réunion desquelles est subordonné l'exercice de la compétence, soient définies de manière objective par la règle de droit de sorte que l'autorité ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation ». (J. VELU, avis de l'Avocat général sous l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 1987, *A.P.T.*, 1987, pp. 292 et s. ; voir aussi B. HAUBERT, note sous Cass. 17 novembre 1994, *J.T.*, 1995, pp. 316 et 318). Cependant, l'article 159 de la Constitution enjoint aux cours et tribunaux de n'appliquer les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois. Cette disposition est applicable non seulement aux arrêtés et règlements généraux mais également aux décisions administratives individuelles (Cass., 9 janvier 1997, *Pas.*, 1997, I, 44).

C'est donc par un contrôle marginal que le juge judiciaire est en droit de vérifier si un individu subit une violation de ses droits par l'effet d'une décision administrative discrétionnaire en refusant tout effet à cette décision et en prescrivant à l'autorité administrative les mesures nécessaires à la protection ou à la conservation de ces droits.

14. L'enseignement de la Cour de cassation est également constant sur cet autre point : le pouvoir d'appréciation ou d'opportunité de l'Etat, de ses pouvoirs et de ses administrations ne les dispense pas de respecter les obligations sanctionnées par les articles 1382 et 1383 du Code civil. Et il n'appartient pas au pouvoir réglementaire d'arrêter librement et *souverainement* les modalités de l'exercice de ses fonctions, en dehors du respect de la loi et des obligations de prudence et de respect des droits. C'est donc *la manière* d'exercer une compétence discrétionnaire ou même souveraine qui peut être questionnée et soumise au contrôle du pouvoir judiciaire, si elle est fautive.

La Cour de cassation a également décidé que l'erreur de l'administration peut être déduite d'une action ou d'une omission contraire à une règle légale ou constitutionnelle imposant un certain comportement ou une abstention, mais aussi d'une norme de droit national ou d'un traité international ayant des effets dans l'ordre juridique interne imposant à l'autorité de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée (Cass. 14 janvier 2000, *Pas.*, I, 33 à propos d'un règlement contraire à l'article 30 du Traité de Rome ; Cass., 25 octobre 2004, *Pas.*, 2004, I, 1397, Cass. 21 décembre 2007, *J.T.*, 2008, 554 et note D. REYNDERS et Cass. 26 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, 832).

Dans l'appréciation du comportement de l'administration, et non de l'opportunité de sa décision, les cours et tribunaux doivent en outre tenir compte aussi, non seulement des règles décrites qui définissent ses pouvoirs mais aussi des principes généraux de bonne administration dont le Conseil d'Etat est le gardien du respect, ainsi les normes de prudence, de diligence et de transparence qui s'imposent à elles (Cass., 23 avril 1971, *R.W.*, 1970-1971, col. 1821 et 1822). Ainsi a-t-il été rappelé qu'une administration peut engager sa

responsabilité si elle n'agit pas dans un délai raisonnable pour l'exécution d'une de ses obligations (Cass., 27 octobre 2006, n° C.03.0584.N).

15. L'on sait que la Cour de cassation est allée jusqu'à appliquer ces principes à tous les cas de responsabilité de l'État du fait du pouvoir judiciaire et de l'exercice de la fonction juridictionnelle (notamment dans les deux célèbres arrêts des 5 juin et 27 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 52), jusqu'à la responsabilité de l'État du fait du pouvoir législatif (Cass., 1^{er} juin 2006, *J.T.*, 2006, p. 461 et 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, 594). Contre l'opinion traditionnelle selon laquelle l'exercice du pouvoir législatif est *souverain* et doit être « protégé » du contrôle judiciaire, elle précise en son arrêt du 28 septembre 2006 : « le principe de la 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 à autrui par sa faute ou celle de ses organes dans l'exercice de la fonction législative (...). En appréciant le caractère fautif du comportement dommageable du pouvoir législatif, ce tribunal ne s'immisce pas dans la fonction législative et dans le processus politique de l'élaboration des lois mais se conforme à la mission du pouvoir judiciaire de protéger les droits civils ».

En conclusion, le juge des référés ne s'immisce pas dans les attributions du pouvoir exécutif ni du pouvoir législatif lorsque, statuant au provisoire dans un cas où l'urgence est reconnue, il se déclare compétent pour leur ordonner les mesures et notamment les injonctions nécessaires aux fins de prévenir ou faire cesser une atteinte paraissant portée fautivement par l'un ou l'autre de ces pouvoirs à un droit subjectif d'une personne physique ou morale.

16. En l'espèce, les parties [redacted] invoquent l'atteinte disproportionnée qui est fautivement portée par le CST à leurs droits subjectifs, et notamment à leur liberté d'aller et de venir ou de rencontrer leurs proches, en sorte que le pouvoir de juridiction du tribunal ne fait pas difficulté.

D. RECEVABILITE DE L'ACTION DE L'ASBL NOTRE BON DROIT

17. Selon l'article 17, alinéa 2 du Code judiciaire, « L'action d'une personne morale, visant à protéger des droits de l'homme ou des libertés fondamentales reconnus dans la Constitution et dans les instruments internationaux qui lient la Belgique, est également recevable aux conditions suivantes :

- l'objet social de la personne morale est d'une nature particulière, distincte de la poursuite de l'intérêt général ;
- la personne morale poursuit cet objet social de manière durable et effective ;
- la personne morale agit en justice dans le cadre de cet objet social, en vue d'assurer la défense d'un intérêt en rapport avec cet objet ;
- seul un intérêt collectif est poursuivi par la personne morale à travers son action ».

Il est admis que l'intérêt collectif est « un intérêt spécifique qu'un certain groupe de personnes ont en commun ou qu'elles défendent ensemble, et qui va au-delà du simple

regroupement d'intérêts individuels »⁸. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, un recours introduit par une personne morale ayant notamment pour objet social la protection de droits fondamentaux, tels que le principe d'égalité, satisfait à ces conditions dès lors que les mesures contestées sont de nature à affecter négativement cet objet social⁹.

18. L'article 31 du Décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination dispose que peut ester en justice dans les litiges auxquels l'application du présent décret donnerait lieu, lorsqu'un préjudice est porté aux fins statutaires qu'ils se sont donné pour mission de poursuivre : « tout établissement d'utilité publique et toute personne morale se proposant par ses statuts de défendre les droits de l'homme ou de combattre la discrimination et remplissant les conditions prévues à l'article 17, alinéa 2, 1° à 3°, du Code judiciaire »¹⁰.

L'intérêt à agir de NOTRE BON DROIT satisfait aux conditions de l'article 17, alinéa 2, du Code judiciaire dès lors que l'usage du CST est susceptible de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux des citoyens (liberté d'aller et venir, liberté de réunion et d'association, droit au respect de la vie privée, droit à l'épanouissement culturel et social, droit au secret médical, violation des données personnelles, violation du principe d'égalité et de non-discrimination, etc.). Ces droits constituent des droits subjectifs en sorte que L'ASBL demanderesse présente ainsi un intérêt à agir au vu de son objet social tel que rappelé ci-dessus et dont la « nature » est distincte de la poursuite de l'intérêt général.

E. L'URGENCE, LE PROVISOIRE ET L'APPARENCE DES DROITS INVOQUÉS

19. L'article 584 du Code judiciaire dispose : « 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 (...). Le président est saisi par voie de référé (...) ». Il n'est plus discuté, à la suite des deux arrêts de la Cour de cassation du 11 mai 1990, que l'urgence est à la fois une condition de la compétence matérielle du juge des référés et une condition du fondement de la demande en référé.

En tant que condition de compétence, elle s'apprécie en fonction de l'objet de la demande tel qu'il est 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

⁸ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de justice, Auditions, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 54-3303/008, p. 107). L'on a voulu exclure les actions en défense d'intérêts individuels qui ne poursuivent pas une finalité collective.

⁹ C.C., n° 40/2009 du 11 mars 2009, point B.6.3. C. ROMAINVILLE et F. DE STEXHE précisent encore que la Cour Constitutionnelle « considère très souvent comme étant évidente la recevabilité de l'intérêt à agir d'associations dont l'objet social est défini par référence à la protection des droits et libertés de manière générale, par exemple la Ligue des droits humains (...) ».

¹⁰ L'on doit souligner que cette disposition a été dernièrement modifiée par l'article 20 du Décret du 2 mai 2019 modifiant le Décret du 6 novembre 2018, ce qui a notamment eu pour effet de supprimer la condition, anciennement applicable, selon laquelle la personne morale concernée devait jouir « de la personnalité juridique depuis au moins trois ans à la date des faits ».

référé 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. La Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt du 10 avril 2003 : « Attendu que lorsqu'il est saisi d'une demande présentée comme urgente dans l'acte introductif d'instance, le juge des référés est compétent pour en connaître ; que s'il ne reconnaît pas l'urgence de la demande, il la déclare non fondée » (RG n° C020229F).

L'urgence est acquise comme condition du fondement de la demande, selon la formule consacrée, « dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénient sérieux, rend une décision immédiate souhaitable » (Cass., 21 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, 908.). Pour le Commissaire royal à la réforme judiciaire, Ch. VAN REEPHINGEN, « on recourra au référé lorsque la procédure ordinaire serait impuissante à résoudre le différend en temps voulu. [...] le concept laisse au juge des référés un large pouvoir d'appréciation et son imprécision même, dans une juste mesure, la plus grande liberté » (Ch. VAN REEPHINGEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, éd. Mon. belge, 1964, p. 218). Doctrine et jurisprudence conviennent qu'il n'y a pas lieu à référé lorsque le demandeur a tardé à agir. Néanmoins, nonobstant cette inertie fautive, l'urgence pourra quand même être reconnue « si la situation existante est aggravée par des faits nouveaux ou par l'effet de sa simple durée » (P. MARCHAL, *Les référés*, Larcier, 1992, p. 50, n° 16., 27 janvier 2000, *J.T.*, 2001, pp. 28 et 29 ; Civ. Bruxelles, réf., 2 mars 2000, *J.T.*, 2002, pp. 113 et s).

Doctrine et jurisprudence conviennent aussi actuellement que la précision légale selon laquelle le juge des référés *statue au provisoire* a seulement pour conséquence que sa décision n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée à l'égard du juge du fond, qui ne sera ainsi pas lié par ce qu'aura décidé le juge des référés. Cette précision dans l'article 584, alinéa 2, du Code judiciaire n'a donc pas d'autre portée que d'annoncer en quelque sorte la règle qui est clairement inscrite à l'article 1039, alinéa 1er, du même code : « Les ordonnances sur référé ne portent préjudice au principal ».

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 »¹¹.

Face aux *apparences*, sans donc aborder le fond du droit, le juge des référés qui ne devra procéder qu'à un examen *prima facie* du problème qui lui est soumis, pourra sans préjuger de l'issue du litige, ordonner toutes les mesures destinées à régler provisoirement la situation des parties.

20. L'urgence comme condition de la recevabilité de la demande est rencontrée en l'espèce dès l'instant où elle a été expressément visée en termes de citation.

21. L'urgence comme condition de son fondement est établie également en l'espèce dès l'instant où l'usage du CST compromet, en temps de paix, l'exercice d'un grand nombre de libertés publiques consacrées constitutionnellement et par divers instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme dès lors que les citoyens sont désormais obligés, pour accéder à certains lieux tels que, notamment, les hôpitaux et les maisons de repos, les salles

¹¹ D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. Not.* Tome XIII, Livre 0, Larcier, 2019, p. 183.

de sport, les cinémas, ou les théâtres, de devoir présenter une « autorisation d'entrée » au moyen d'un certificat de vaccination, d'un certificat de rétablissement ou encore d'un certificat de test négatif. Les demanderesse précisent à raison que le CST s'inscrit dans la continuité de la politique de gestion de crise par les autorités depuis 18 mois, celles-ci n'ayant pas hésité à restreindre les libertés fondamentales, et surtout sans réelle limite de temps, les Arrêtés ministériels étant sans cesse renouvelés, sans que l'on puisse augurer de la fin de cette séquence objectivement liberticide. Car initialement, le CST n'était prévu que pour une durée de trois mois, soit jusqu'au 30 septembre 2021, et uniquement pour les événements de masse. Ce n'était que dans ce cadre que l'on estimait qu'il s'agissait d'une mesure proportionnée.

Actuellement, et en dépit d'un taux de vaccination global de 87% des plus de 18 ans et de plus de 80% en Wallonie, les autorités ont estimé devoir restreindre à nouveau les droits et libertés des citoyens, au motif unilatéralement prétendu que le CST serait la seule alternative à un nouveau *lockdown*.

22. L'urgence à remédier à cette situation généralement contraire à l'Etat de droit et préjudiciable aux citoyens ressort notamment du fait que :

- Le CST crée des discriminations, notamment entre les personnes vaccinées, celles qui ont un certificat de guérison et les personnes non-vaccinées, entraînant une exclusion principalement de ces dernières de la vie sociale et publique sur base de leur état de santé, sans même qu'elles enfreignent une quelconque obligation légale ;
- Le CST ne tient pas compte des personnes qui ne peuvent pas se faire vacciner en raison de leur handicap, de leur état de santé, de leur âge, de leur état de grossesse, ou encore ceux qui, en vertu de leurs convictions (religieuses, politiques, ou autres), choisissent en toute légalité de ne pas se faire vacciner, les forçant ainsi à payer le prix de leurs convictions ;
- Des établissements ou personnes privées sont autorisés à imposer le CST en dehors des critères légaux ;
- Le CST présente un réel risque « d'accoutumance » et emporte une forme de « gouvernance » non contrôlée juridiquement, soit une « normalisation » sociale des comportements qui portent en soi atteinte aux droits fondamentaux ;

L'usage du CST semble contrevenir ensuite au droit au secret médical et peut-être, surtout, au droit à la protection des données personnelles, comme on va le voir.

23. L'apparence de droit requise est également rencontrée en l'espèce où les parties demanderesse établissent *prima facie* que la Région wallonne a commis une faute de nature à engager sa responsabilité sur pied de l'article 1382 du Code civil notamment :

- En adoptant des actes contraires au droit supranational de l'Union européenne ;
- En adoptant un Décret portant assentiment à l'accord de coopération du 28 octobre 2021 alors que celui-ci viole l'article 36.4 du RGPD (voir *infra*);
- En adoptant le Décret du 21 octobre 2021 qui viole le principe de légalité compte tenu, entre autres, de l'absence de toute délégation donnée à l'Exécutif wallon, absence de délégation ayant pour conséquence que le texte décretaal aurait dû se suffire à lui-même et être suffisamment complet, clair et précis pour respecter le principe de légalité et permette aux citoyens d'envisager les conséquences notamment pénales de leurs

comportements à la seule lecture du Décret. Tel ne semble toutefois pas être le cas dès lors que la Région wallonne a dû recourir au procédé des « FAQ »¹², en mettant en ligne sur le site de l'AVIQ¹³, un document de 38 pages qui reprend pas moins de 118 questions dans le but de déterminer précisément les contours de l'usage du CST ; ce recours au procédé des « FAQ » semblant toutefois dénué de la moindre base légale ;

- En imposant l'usage du CST dans des conditions qui semblent disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi ;
- En ne prévoyant aucun critère épidémique dans le « Décret litigieux », ce qui contrevient au principe de légalité ;
- En ignorant les avis du Conseil d'Etat et de l'Autorité de protection des données ;
- En autorisant des pratiques discriminatoires ;

Prima facie et eu égard aux développements exposés en citation, ces moyens semblent sérieux et sont en conséquence de nature à justifier la mesure provisoire sollicitée.

24. Par ailleurs, le tribunal observe encore la disproportion apparente qui marque les restrictions portées aux droits fondamentaux par rapport aux objectifs poursuivis.

Le professeur de droit constitutionnel Marc VERDUSSEN enseigne en effet :

« les dérogations particulières aux droits fondamentaux sont soumises à une double limite : la réserve législative et le principe de proportionnalité. D'une part, seul le législateur peut déroger à un droit fondamental et il doit le faire par une loi qui jouit d'un degré suffisant de précision. D'autre part, la dérogation doit reposer sur une justification raisonnable, ce qui suppose qu'elle ne produise pas des effets à ce point démesurés – disproportionnés – que le droit fondamental serait frappé dans ce qu'il a de plus essentiel »¹⁴.

L'Autorité de protection des données, dans son avis du 12 octobre 2021 n°187/2021 sur l'avant-projet de Décret litigieux, précise :

« la présentation du CST (...) constitue une ingérence particulièrement importante dans le droit au respect de la vie privée et le droit à la protection des données à caractère personnel. Ces droits ne sont toutefois pas absolus et peuvent être limités si cela s'avère nécessaire dans une société démocratique pour atteindre un objectif d'intérêt général, c'est-à-dire qu'il faut démontrer que le recours au CST est une mesure pertinente, nécessaire et proportionnée à l'objectif qui est poursuivi ».

Pour qu'une restriction puisse être apportée aux droits et libertés fondamentaux, l'objectif

¹² Pour *frequently asked questions* ou, en français, par rétroacronymie, *faire aux questions*. Ce procédé consiste à établir un document faisant la synthèse des questions posées de manière récurrente sur un sujet donné, accompagnées des réponses correspondantes, que l'on rédige afin d'éviter que les mêmes questions soient toujours posées, et d'avoir à y répondre constamment.

¹³ <https://covid.aviq.be/fr/faq-covidsafeticket>.

¹⁴ M. VERDUSSEN, « Les droits fondamentaux des citoyens dans la Belgique fédérale », *Revista Catalana de Dret Public* - Vol. 2005, n° 31, pp. 173-199.

d'intérêt général qui sous-tend la restriction devrait donc être défini de manière suffisamment précise par le législateur. Cette description précise devrait, en outre, être accompagnée d'une analyse de l'aptitude de la mesure à atteindre les objectifs poursuivis et de la proportionnalité de cette mesure¹⁵. A cet égard, les autorités doivent pouvoir fournir des éléments précis permettant d'étayer leur argumentation ; des affirmations vagues, générales et non-étayées ne sont pas admises. Autrement dit, le principe de proportionnalité implique que, pour être acceptable dans une société démocratique, une mesure de limitation d'un droit fondamental doit être nécessaire au regard du but poursuivi par la limitation des moyens utilisés par l'autorité pour y parvenir. La proportionnalité apparaît comme un « mécanisme de pondération entre des principes juridiques de rang équivalent, simultanément applicables mais antinomiques »¹⁶. La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur cette question à de nombreuses reprises :

- « Pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, l'existence d'une mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue »¹⁷ ;
- « De l'avis de la Cour, pour satisfaire pleinement au principe de proportionnalité, les autorités auraient dû démontrer l'absence de telles mesures. »¹⁸

Si l'objectif de santé publique peut constituer un objectif légitime, il ne peut suffire en soi à justifier les atteintes aux droits fondamentaux. La proportionnalité nécessite a minima un double test¹⁹ :

- D'abord vérifier la nécessité de la mesure, autrement dit vérifier si la mesure permet d'atteindre l'objectif en jeu de manière efficace ;
- Ensuite s'assurer que la mesure constitue la voie la moins attentatoire aux droits fondamentaux.

Cet examen doit se faire *in concreto*, pour chaque limitation. Et il est à noter que l'objectif de santé publique ne se limite pas à la protection de la population contre une seule maladie déterminée, mais doit, conformément à la définition de l'OMS, assurer la couverture de tous les aspects de la santé d'une population.

Il n'apparaît pas, *prima facie*, que les mesures contestées par les demanderesse aient fait l'objet de ce double test, ni *a fortiori* que ce double test ait permis de conclure à la proportionnalité des mesures restrictives de droits fondamentaux mises en place au regard des objectifs poursuivis.

25. Le tribunal estime en outre que l'apparence de droit requise à l'appui des prétentions des demanderesse est aussi trouvée en ceci qu'en adoptant un Décret portant assentiment à l'Accord de coopération du 28 octobre 2021, la Région wallonne semble bien avoir commis

¹⁵ Arrêts de la Cour de justice du 11 septembre 2008, *Commission c Autriche*, C-161/07, n° 36 et 37, et du 16 février 2006, *Öberg*, C-185/04, n° 23.

¹⁶ S. PARSA et Y. POULLET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du confinement et du déconfinement : le tracing », in *La pandémie de Covid-19 face au droit*, Anthémis, 2020, p. 155.

¹⁷ Arrêt *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009, § 94.

¹⁸ Arrêt *Association Rhino et autres c. Suisse*, 11 octobre 2011, § 65.

¹⁹ S. PARSA et Y. POULLET, « Les droits fondamentaux... », *op. cit.*, p. 155.

une faute dans la mesure où cet Accord ne respecte pas le prescrit de l'article 36.4 du Règlement général sur la protection des données (RGPD) qui dispose que :

« Les États membres consultent l'autorité de contrôle dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement. »

L'autorité de contrôle dont il est question dans cette disposition est celle prévue aux articles 51 et suivants du RGPD. Or le considérant 96 du RGPD justifie cette disposition comme suit :

« Les États membres consultent l'autorité de contrôle dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement. »

Dans un avis du 4 août 2020, la Section de législation du Conseil d'Etat a rappelé ceci :

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

Dans un avis n° 64.751/4 du 13 décembre 2018, la Section de législation du Conseil d'Etat avait précisé :

« L'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/679 1, combiné avec l'article 2 de la loi du 30 juillet 2018, prévoit une obligation de consulter l'autorité de contrôle, dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement ».

Cette règle avait en outre été rappelée par la Section du contentieux administratif du Conseil d'Etat dans un arrêt n°249.405 du 6 janvier 2021 :

« L'article 36.4 du RGPD impose aux Etats membres de consulter l'autorité de contrôle lors de l'élaboration d'une proposition de mesure législative à adopter par un parlement national ou d'une mesure réglementaire relative à un traitement fondé sur une telle mesure. Le fait que cette obligation soit une obligation de consultation est confirmé par son explication dans le considérant 96 du préambule du RGPD ».

Or, il ne semble pas que l'Accord de coopération du 28 octobre 2021 ait été soumis, comme il convient, pour avis à l'Autorité de Protection des données en violation en conséquence du RGPD, norme de droit supérieure.

Dans son avis n° 70.384 du 27 octobre 2021 sur le projet de loi portant assentiment de l'accord de coopération du 28 octobre 2021 visant la modification de l'accord de coopération du 14 juillet 2021²⁰, la Section de législation du Conseil d'Etat avait pourtant insisté sur cette obligation :

« L'avis de l'autorité de protection des données sur l'accord de coopération modifié doit encore être obtenu. Le fait que, comme le fait valoir l'agent, il n'y ait pas d'amendements concernant le traitement des données personnelles sensibles n'y change rien, puisque le champ d'application de la réglementation existante du traitement des données personnelles est modifié par l'accord de coopération ».

La professeure Elise DEGRAVE, spécialiste de ces questions l'a, de son côté, déploré en ces termes :

« Le Parlement décide sciemment de violer le droit européen qui s'impose pourtant à la Belgique sans marge de manœuvre. L'article 36.4 du RGPD impose en effet l'obligation ferme de consulter l'APD, dès lors que l'on touche aux données. En décidant de se passer de son avis, le Parlement sombre dans le « pas vu pas pris », se comporte comme un cambrioleur qui désactive les alarmes avant de passer à l'acte et prive les citoyens de cette garantie. C'est grave. On peut douter que cela plaise à la Commission européenne qui a déjà la Belgique et ses traitements de données dans le radar. »²¹

Etant rappelé que l'article 36.4 du RGPD fait partie intégrante – avec la loi du 30 juillet 2018 –, du « bloc de constitutionnalité » avec l'article 22 de la Constitution selon lequel :

« Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi.
La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit ».

A nouveau selon la professeure Elise DEGRAVE :

« il s'agit de la méthode dite du 'tout indissociable' selon laquelle, lorsqu'une disposition conventionnelle trouve écho dans une ou plusieurs dispositions constitutionnelles, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause ». Lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition du Titre II, la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues »²².

Dès lors que le RGPD a un effet direct en droit belge, les parties demanderessees sont fondées à invoquer sa violation, violation qui constitue par répercussion une faute dans le chef de la

²⁰ *Doc. parl.*, Ch., n° 55-2288/002.

²¹ « L'activation de la loi pandémie sans passer par l'APD 'est illégale' », *Le Soir*, 29 octobre 2021.

²² E. DEGRAVE, *l'E-Gouvernement et la protection de la vie privée*, Larcier, p.162.

défenderesse. *Prima facie*, cette violation du RGPD est avérée et entraîne l'illégalité apparente de l'Accord de coopération du 28 octobre 2021.

En conséquence, en adoptant un Décret portant assentiment à cet Accord de coopération du 28 octobre 2021 qui semble illégal, la Région wallonne semble avoir commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, qui pourrait être de nature à engager sa responsabilité. Outre qu'elle ne s'est vraisemblablement pas comportée comme un législateur prudent et diligent dès lors que cette question a fait l'objet d'un débat public, notamment à la Chambre, lors duquel l'opposition a relevé cette illégalité. Elle ne pouvait donc l'ignorer²³.

26. Pour le surplus, dans le cadre spécifique des pouvoirs du tribunal siégeant en référé *par défaut*, tel qu'énoncé à l'article 806 du Code judiciaire, le tribunal observe que ni la procédure, ni les demandes et moyens des parties demanderesses n'apparaissent contraires à l'ordre public. Par ailleurs, aucune règle de droit que le juge peut, en vertu de la loi, appliquer d'office, n'apparaît en l'espèce de nature à contraindre le juge des référés à rejeter les demandes. Il doit dès lors, en application de l'article 806 du Code judiciaire, être fait droit à la demande.

Il convient en conséquence de prononcer la décision qui suit, étant toutefois précisé que le tribunal ne peut ordonner « d'écarter » généralement et abstraitement, comme postulé, le CST alors que son application n'est pas formellement requise devant lui dans un cas particulier.

Il sera fait droit à la demande d'astreinte telle que postulée, n'étant pas acquis avec la certitude requise que la défenderesse se pliera volontiers à notre décision. Son défaut à l'audience n'étant pas de nature à dissiper cette crainte. Il convient toutefois de lui accorder un délai raisonnable pour s'exécuter, tout en tenant compte de l'urgence établie.

PAR CES MOTIFS,

Les articles 1, 30, 34 à 38, 40 et 41 de la loi du 15 juin 1935 ont été observés ;

NOUS, Manuela CADELLI, Juge faisant fonction de Présidente du tribunal de première instance de Namur, division Namur,

Statuant par défaut, en référé et au provisoire,

Vu l'urgence,

Déclare la demande en réouverture des débats introduite par la partie défenderesse défaillante par requête déposée au greffe le 22 novembre 2021, irrecevable et l'écarte en conséquence des débats ;

Dit l'action introduite par les parties demanderesses recevable et leurs demandes fondées dans la mesure précisée ci-dessous ;

Constate la contrariété apparente de l'Accord de coopération du 14 juillet 2021 tel que modifié par l'accord de coopération du 28 octobre 2021, et partant, du Décret portant

²³ Voir not. Compte rendu intégral, séance plénière de la Chambre, 28 octobre 2021, *CRIV*, n° 55 PLEN 137, pp. 7 à 22.

assentiment à cet accord de coopération du 28 octobre 2021, au droit supranational de l'Union européenne, et singulièrement au RGPD ;

Constate la contrariété apparente du Décret wallon du 21 octobre 2021 relatif à l'usage du COVID Safe Ticket et à l'obligation du port du masque, au droit supranational de l'Union européenne et son apparente violation du principe de légalité ;

Constate que ces diverses normes semblent également contrevenir au principe de proportionnalité des mesures restrictives de liberté qu'elles renferment par rapport aux buts poursuivis ;

Condamne en conséquence la Région wallonne à prendre toutes les mesures qu'elle estimera appropriées pour mettre un terme à cette situation d'illégalité apparente de l'usage du CST en région wallonne, au préjudice des parties demanderesse, le cas échéant dans l'attente d'une décision au fond, sous peine d'une astreinte de 5.000 EUR par jour de retard qui deviendra exigible au-delà d'un délai de 7 jours à dater de la signification de la présente Ordonnance ;

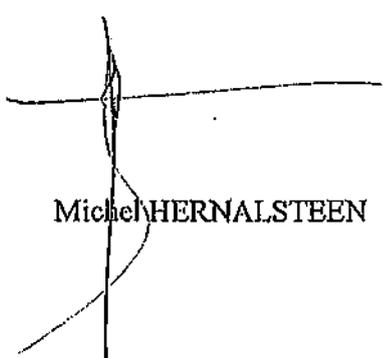
La condamne aux entiers dépens de l'instance en ce compris l'indemnité de procédure liquidée au montant de 1.520,00 EUR ;

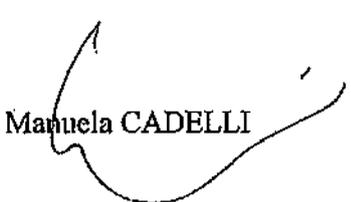
Pour autant que de besoin, déclare que conformément au prescrit de l'article 1039, alinéa 2, du Code judiciaire, la présente ordonnance est dès son prononcé de plein droit « exécutoire par provision, nonobstant opposition ou appel ».

Ainsi jugé et prononcé anticipativement en langue française à l'audience publique de la 9ème chambre civile - référés - du tribunal de première instance de NAMUR, division Namur, tenue le TRENTE NOVEMBRE DEUX MILLE VINGT ET UN, par Madame Manuela CADELLI, Juge faisant fonction de Présidente du tribunal de première instance de Namur, division Namur, siégeant en référé, assistée de Monsieur Michel HERNALSTEEN, greffier.

Le Greffier,

Le Juge,


Michel HERNALSTEEN


Manuela CADELLI