

Cette analyse n'est à ce stade pas réalisée par les parties. Les éléments fournis par les intimés devant la cour de céans quant à ce ne permettent pas de conclure au bien-fondé apparent de leur position.

Les intimées insistent encore sur le fait que le *Covid Safe Ticket* est discriminatoire entre secteurs dès lors que ce dernier n'est pas imposé à tous les secteurs.

Sur ce point, la partie appelante expose que la volonté est d'épargner de restrictions le plan privé, le plan religieux et le droit au travail. Ainsi, par exemple, elle justifie le fait que les restaurants soient soumis au *Covid Safe Ticket* alors que les restaurants d'entreprise ne le sont pas car cela reviendrait à imposer aux travailleurs de justifier d'un *Covid Safe Ticket* pour se rendre à leur travail. La différence de traitement trouve en apparence une justification. Il en est de même des autres différences soulevées par les parties intimées telle l'absence de *Covid Safe Ticket* qui n'est pas imposé en milieu scolaire alors qu'il l'est pour des activités comparables ailleurs, l'objectif étant selon la Région wallonne de maintenir exempt de restriction le milieu scolaire. Ces différences énoncées par les intimées trouvent, selon les explications fournies par la Région wallonne, une apparence de proportionnalité.

En conclusion, la cour admet que 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.

Sur la base de l'apparence des droits, au moment où la cour statue, il ne peut être conclu que la Région wallonne a commis une faute aquilienne en adoptant le *Covid Safe Ticket*.

La simple constatation de l'absence de demande d'avis de l'autorité de contrôle quant à l'accord de coopération du 28 octobre 2021 et la balance des intérêts en cause ne peut permettre de faire droit aux demandes des parties intimées.

(...)

Dispositif conforme aux motifs.

Siég. : Mmes **M. Wilmart**, **F. Crabeels** et **L. Arend-Chevron**. Greffier : Mme **A.-C. Gaillard**.
Plaid. : M^{es} **M. Uyttendaele**, **P. Minsier**, **A. Despontin** et **A. Lackner**.

J.L.M.B. 22/33

Observations

Le *Covid Safe Ticket* ébranlé, puis sauvé, demeure juridiquement fragile

1. Le 30 novembre 2021 fut prononcée l'une des décisions juridictionnelles les plus médiatisées parmi celles qui concernent la gestion de la pandémie de Covid-19. Le tribunal de première instance de Namur, division de Namur, siégeant en référé, a notamment jugé que la législation wallonne qui consacre le *Covid Safe Ticket*¹ (ci-

¹ Par « législation », on vise ici en particulier le décret du 21 octobre 2021 relatif à l'usage du *Covid Safe Ticket* et à l'obligation du port du masque (M.B., 29 octobre 2021), mais aussi l'accord de coopération du 14 juillet 2021 entre l'État 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'U.E. et au *Covid Safe Tic-*

après : C.S.T.) ne semblait pas compatible avec certaines dispositions du droit de l'Union européenne ainsi qu'avec les principes de légalité et de proportionnalité². La juge faisant fonction de présidente du tribunal a condamné 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 C.S.T. en Région wallonne, au préjudice des parties demanderesse, le cas échéant dans l'attente d'une décision de fond, sous peine d'une astreinte de 5.000 euros par jour de retard qui deviendra exigible au-delà d'un délai de sept jours à dater de la signification de (...) [l']ordonnance »³. Cette dernière s'inscrit dans une constellation de décisions – prononcées par des juridictions judiciaires⁴ et plus rarement par le Conseil d'État⁵ ou la Cour constitutionnelle⁶ – qui remettent en cause telle mesure adoptée au cours des deux premières années de la pandémie afin de lutter contre la propagation du *coronavirus*⁷. Cette ordonnance a cependant été réformée par la Cour d'appel de Liège dès le 7 janvier 2022, à l'occasion d'un arrêt qui est commenté dans les lignes qui suivent. L'épisode judiciaire qui est relaté ici n'est pas sans en rappeler un autre survenu au printemps 2021⁸.

Dans notre analyse, nous reviendrons d'abord brièvement sur le régime juridique du C.S.T. afin de présenter le contexte normatif et factuel dont étaient saisis les juges (n° 2). Nous discuterons ensuite de quelques questions choisies parmi les nombreuses qui sont abordées dans l'arrêt de la cour d'appel – qui est pour le reste largement reproduit ci-avant. L'analyse se focalisera en particulier sur le pouvoir de juridiction du juge des référés en l'espèce (n° 3), sur la conformité au règlement général sur la protection des données (ci-après : R.G.P.D.) de la procédure suivie pour adopter les mesures contestées (n° 4) et, finalement, sur la question cruciale du respect des droits fondamentaux (n° 5). Vu le nombre, l'importance et la complexité des questions juridiques rencontrées dans l'arrêt commenté, des études plus approfondies devront compléter l'analyse sommaire qui est livrée ici quelques jours après le prononcé de l'arrêt.

ket, le P.L.F. 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 (*M.B.*, 23 juillet 2021), tel que modifié par les accords de coopération du 27 septembre 2021 (*M.B.*, 1^{er} octobre 2021) et du 28 octobre 2021 (*M.B.*, 29 octobre 2021), ainsi que le décret wallon du 28 octobre 2021 portant assentiment à ce dernier accord de coopération (*M.B.*, 29 octobre 2021).

² Civ. Namur (référé), 9^e ch., 30 novembre 2021, 21/20/C, inédit.

³ *Ibid.*

⁴ Voy., par exemple, l'affaire évoquée dans la note n° 8.

⁵ Voy., not. C.E., 8 décembre 2020, n° 249.177, commenté par M. NIHOUL, S. WATTIER et Fr. XAVIER, « L'art de la juste mesure dans la lutte contre le *coronavirus* face à la dimension collective de la liberté de culte », *R.T.D.H.*, 2020, pp. 1029-1063, et M. SERVAIS, « Des mesures provisoires au secours de la liberté de culte ou de la santé publique ? », *A.P.*, 2021, pp. 511-517.

⁶ Voy. not. C.C., arrêt n° 76/2021 du 26 mai 2021.

⁷ Nous avons récemment proposé un exposé synthétique de la jurisprudence relative aux droits fondamentaux dans le contexte de la pandémie : L. LAPERCHE et Fr. BOUHON, « Droits fondamentaux et Covid-19 : quelques leçons d'une crise », in *Actualité choisie des droits fondamentaux*, Fr. Krenc, F. Bouhon et C. Deprez (dir.), Liège, Anthemis, 2021, pp. 211-262. Bien d'autres études traitent de cette jurisprudence qui s'enrichit de mois en mois. Voy. not. M. UYTENDAELE et S. PARSA (dir.), *La pandémie de Covid-19 face au droit*, Liège, Anthemis, 2021 ; N. THIRION, *Le confinement par les nuls. Démocratie, État de droit et crise sanitaire*, Louvain-la-Neuve. Presses Universitaires de Louvain, 2021 ; Fr. BOUHON, E. SLAUTSKY et S. WATTIER (dis.), *La réponse belge à la crise du Covid-19 au regard du droit public. Quelles leçons pour l'avenir ?*, Bruxelles, Larcier, 2022, à paraître.

⁸ C'était alors le tribunal de première instance de Bruxelles, siégeant lui aussi en référé, qui avait défrayé la chronique par une ordonnance remettant en cause la principale base juridique des mesures de lutte contre la pandémie alors en vigueur, avant de voir sa décision réformée, quelques mois plus tard, par la cour d'appel de Bruxelles Voy. Civ. fr. Bruxelles (référé), 31 mars 2021, et Bruxelles (référé), 7 juin 2021, *cette revue.*, 2021, p. 1209, avec note de P. HENRY, *A.P.T.*, 2021, p. 322, avec note de A. JOUSTEN et X. MINY.

2. Ce qu'on appelle en Belgique le *Covid Safe Ticket* (ou *Pass sanitaire*, selon l'expression plus répandue en France) puise ses racines dans deux règlements européens qui, juste avant l'été 2021, ont établi un cadre juridique pour la délivrance, la vérification et l'acceptation des certificats Covid-19 interopérables de vaccination, de test et de rétablissement⁹. Le document contient des informations sensibles sur l'état de santé de son titulaire, puisqu'il indique le nombre de doses de vaccins éventuellement reçues, les résultats des tests s'il en a effectué et, le cas échéant, sa rémission de la maladie¹⁰. Le certificat – présenté sur un smartphone ou imprimé sur une feuille de papier – constitue une preuve numérique : il comprend un Q.R. code qui, scanné à l'aide d'une application, permet de vérifier si son détenteur présente l'une des qualités requises pour accéder à divers lieux (être suffisamment vacciné, avoir effectué récemment un test négatif ou être rétabli de la Covid-19). L'interopérabilité du certificat implique la capacité des systèmes de vérification d'un État membre à utiliser des données encodées par un autre État membre¹¹.

En Belgique, l'utilisation du certificat n'a d'abord été imposée que pour les événements de masse et les projets pilotes¹², alors que, dans des États voisins comme la France et l'Allemagne, il était déjà requis dans de nombreux lieux, tels que les restaurants, dès l'été 2021¹³. C'est avec l'arrivée de l'automne et la perspective d'une quatrième vague de la pandémie que des mesures plus strictes ont été adoptées à cet égard en Belgique. Le mouvement a été initié en région bilingue de Bruxelles-Capitale par la Commission communautaire commune¹⁴ et suivi par les régions wallonne et flamande où le C.S.T. est devenu obligatoire dans de nombreux endroits à partir du 1^{er} novembre 2021¹⁵. En parallèle de ces évolutions, un accord de coopération initialement conclu le 14 juillet 2021 et portant notamment sur le C.S.T., a été modifié par de nouveaux accords de coopération intervenus les 27 septembre et 28 octobre 2021¹⁶. En particulier, la seconde modification visait à permettre aux entités fédérées (dont la Région wallonne pour ce qui nous intéresse) de pouvoir encore exiger que le C.S.T. soit utilisé dans divers secteurs malgré la mise en œuvre de la loi pandémie¹⁷ par l'arrêté royal du 28 octobre 2021¹⁸. En effet, selon le droit en vigueur avant la modification de cet accord de coopération, cette mise en œuvre impliquait l'incompétence des entités fédérées dans ce domaine.

En pratique, le recours élargi au C.S.T. engendre des contraintes significatives pour la plupart des individus. Il implique que ceux qui veulent se rendre dans les lieux visés par la mesure, tels que des restaurants, des bars, des salles de sport ou de

⁹ Vov. le règlement (UE) 2021/953 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2021 (*Journal officiel*, 15 juin 2021) et le règlement (UE) 2021/954 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2021 (*Journal officiel*, 14 juin 2021).

¹⁰ Article 2, 2., du règlement 2021/953 précité.

¹¹ Article 2, 7., du règlement 2021/953 précité.

¹² Article 33, 3°, de l'accord de coopération précité du 14 juillet 2021.

¹³ Ainsi, en France, le *pass sanitaire* a été exigé dès le 9 juin 2021 pour les événements accueillant plus de mille personnes. Son utilisation a été progressivement étendue. À partir du 9 août 2021, il a été imposé pour « les lieux de convivialité » qui comprennent notamment les restaurants et les bars.

¹⁴ Voy. l'ordonnance de la Commission communautaire commune du 14 octobre 2021 relative à l'extension du *Covid Safe Ticket* en cas de nécessité découlant d'une situation épidémiologique particulière (*M.B.*, 14 octobre 2021) et l'arrêté du Collège réuni de la Commission communautaire commune du 15 octobre 2021 portant exécution de l'ordonnance du 14 octobre 2021 relative à l'extension du *Covid Safe Ticket* en cas de nécessité découlant d'une situation épidémiologique particulière (*M.B.*, 15 octobre).

¹⁵ Voy. le décret wallon du 21 octobre 2021, précité, et le décret flamand du 29 octobre 2021 relatif au *Covid Safe Ticket* (*M.B.*, 29 octobre 2021).

¹⁶ Voy. la note 1.

¹⁷ La loi pandémie est le nom usuel de la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique (*M.B.*, 20 août 2021).

¹⁸ Arrêté royal déclarant la situation d'urgence épidémique (*M.B.*, 29 octobre 2021).

spectacle, des foires commerciales, *etc.*, doivent non seulement avoir satisfait à l'une des conditions précitées, mais doivent aussi en fournir la preuve auprès de diverses personnes, ce qui représente manifestement une ingérence dans leur liberté d'aller et venir comme dans leur droit à la vie privée. Dans le cas des personnes qui ne souhaitent pas être vaccinées et qui n'ont pas (ou plus) un certificat de rétablissement, il demeure possible d'effectuer un test, ce qui suppose cependant des contraintes pratiques qui – si elles ne sont pas démesurées – peuvent être lourdes et engendrer des dépenses non négligeables, surtout avec la répétition. Ce sont des difficultés de cet ordre qui sont à l'origine de la demande introduite par l'A.S.B.L. *Notre bon droit* et plusieurs particuliers devant le tribunal de première instance de Namur siégeant en référé. Ce dernier – comme on l'a déjà précisé – a accueilli les prétentions des demandeurs et exigé que la Région wallonne revoie son dispositif législatif.

3. En instance, le juge des référés s'est estimé compétent pour examiner les demandes des parties. Au terme d'un raisonnement détaillé, la juridiction considère qu'il lui revient le cas échéant d'ordonner des injonctions « nécessaires aux fins de prévenir ou faire cesser une atteinte paraissant portée fautivement » par le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif à un droit subjectif qu'une personne pourrait notamment tirer des dispositions qui consacrent les droits fondamentaux¹⁹.

Dans l'opinion publique, l'écho de la décision, porté par la presse et amplifié par les réseaux sociaux²⁰, a parfois laissé croire que les règles imposant l'usage du C.S.T. avaient été suspendues²¹. Une telle perspective aurait manifestement échappé à la compétence du juge des référés – et du pouvoir judiciaire plus largement – et n'aurait pu se concevoir que dans le cadre d'un arrêt d'annulation de la Cour constitutionnelle. L'ordonnance du tribunal a toutefois laissé l'état du droit wallon intact ; le régime du C.S.T. a d'ailleurs continué à être appliqué pendant les cinq semaines qui se sont écoulées jusqu'à l'arrêt de la cour d'appel de Liège. Les autorités compétentes ont été sommées de modifier le dispositif légal afin de le rendre compatible avec certaines normes supérieures²². Il est vrai que le fait d'avoir assorti l'injonction d'une astreinte a créé une pression sur ces autorités, mais il n'a pas anéanti pour autant les effets des normes qu'elles ont produites.

À cet égard, la cour d'appel de Liège a confirmé le pouvoir de juridiction du juge des référés. On relève en particulier que, selon la cour, en vue de protéger les droits fondamentaux et 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 »²³. La cour ajoute que « le contrôle est marginal mais il est réel »²⁴. La juridiction d'appel – comme le juge de première instance – appuie son raisonnement sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité de l'État pour les dommages causés par la faute des pouvoirs exécutifs ou législa-

¹⁹ Voy. les paragraphes 15 et 16 de l'ordonnance du 30 novembre 2021, précitée.

²⁰ Voy. not. D. PIRE, « C.S.T. illégal : une personne seule peut-elle paralyser un État ? », *Le Soir*, 2 décembre 2021 ; A. LECHIEN, « Action contre le *Covid Safe Ticket* : la Région wallonne conteste le caractère disproportionné de la mesure », www.rtb.be, 7 décembre 2021.

²¹ L'information erronée a été corrigée par certaines organisations spécialisées dans la vérification des informations, notamment pour éviter que des ressortissants étrangers ne se rendent en Belgique avec une connaissance faussée de la situation (voy. not. sur le site de l'A.F.P. : <https://factuel.afp.com/http%253A%252F%252Fdoc.afp.com%252F9UM9X2-6> – consulté le 11 janvier 2022).

²² La cour d'appel de Liège insiste d'ailleurs sur cette distinction dans l'arrêt commenté.

²³ Liège (12^e ch. civ.), 7 janvier 2022.

²⁴ *Ibid.*

tifs²⁵, ainsi que sur le principe de primauté du droit international directement applicable sur le droit interne²⁶. Il en ressort que « 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 le pied de l'article 1382 de l'ancien Code civil »²⁷.

La cour d'appel de Liège répond par ailleurs explicitement à la question de savoir si le rôle ainsi pris par le juge des référés n'empiète pas sur celui de la Cour constitutionnelle. Deux éléments essentiels nous semblent ressortir du raisonnement. D'une part, la cour d'appel de Liège rappelle la fonction assignée au pouvoir judiciaire, fondée sur l'article 144 de la Constitution et l'article 1382 de l'ancien Code civil, de veiller à la protection des droits civils des personnes et d'ordonner la réparation des dommages qui résultent des fautes commises à l'occasion de leur violation ; elle ajoute, par contraste, que « ces appréciations ne relèvent pas de la Cour constitutionnelle »²⁸. D'autre part, les juges liégeois estiment qu'en l'espèce rien ne les obligeait à poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle. Même si les règles internationales qui seraient éventuellement violées par les autorités comprennent des droits fondamentaux garantis de manière analogue par la Constitution – ce qui oblige en principe à saisir la Cour constitutionnelle²⁹ –, on se trouverait en l'espèce dans le champ d'une exception à la règle : lorsque la demande est urgente et que le prononcé au sujet de cette demande n'a qu'un caractère provisoire et pour autant que la Cour constitutionnelle soit déjà saisie d'une demande ou d'un recours ayant le même objet (ce qui est le cas en l'espèce³⁰), la juridiction n'est pas tenue de poser une question préjudicielle, même si un doute sérieux existe quant à la compatibilité d'une norme législative à la Constitution³¹.

Ce raisonnement tend à nous convaincre, même si on observe que, dans la pratique, le pouvoir ainsi reconnu au juge des référés produit des effets qui – tout en étant nettement distincts – se situent à la lisière de ceux que produiraient un arrêt de suspension de la Cour constitutionnelle. Dès lors, même si, sur le fond, l'arrêt de la cour d'appel de Liège réforme l'ordonnance du tribunal de Namur, il laisse la porte ouverte à d'autres recours relatifs aux mesures de lutte contre la pandémie, lesquels pourraient être utilement introduits devant les juges des référés et donner lieu à des décisions plus rapides que celles qu'on peut attendre de la Cour constitu-

²⁵ Sur ce thème, parmi une littérature foisonnante, on peut notamment se référer au numéro spécial du *J.T.*, publié à l'occasion du centenaire de l'arrêt *La Flandria* (*J.T.*, 2020, n° 36, pp. 729-784).

²⁶ La cour d'appel se réfère à cet égard à l'arrêt *Le Ski* de la Cour de cassation (27 mai 1971, *Pas.*, I, p. 866) et à l'arrêt *Simmenthal* de la Cour de justice des Communautés européennes (9 mars 1978, n° 106/77).

²⁷ Liège (12^e ch. civ.), 7 janvier 2022.

²⁸ *Ibid.* Pour une définition de la notion de droit subjectif, dont la protection relève des cours et tribunaux, voy. B. BLÉRO, *Du droit objectif aux droits politiques des administrés. Essai sur la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge de l'excès de pouvoir*, thèse (Université Libre de Bruxelles, 1998), inédit, p. 730. Sur la compétence du pouvoir judiciaire quand un droit subjectif est en jeu, voy. aussi, not., C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *Principes de droit constitutionnel belge*, 2^e édition, Bruxelles, La Chartre, 2021, pp. 658-660.

²⁹ Voy. l'article 26, paragraphe 4, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

³⁰ La cour d'appel de Liège ne livre pas les références à ces demandes ou recours. Il s'agit notamment des recours en annulation pendants devant la Cour constitutionnelle qui portent les numéros de rôle 7658, 7666, 7670, 7679, 7680 et 7685. On ajoute que, par son arrêt n° 10/2022, prononcé le 20 janvier 2022, soit moins de deux semaines après l'arrêt commenté, la Cour constitutionnelle a rejeté plusieurs demandes de suspensions portant sur la législation relative au C.S.T. Elle a en particulier jugé que les demandeurs étaient certes affectés par des désagréments, mais qu'ils ne démontraient pas que l'application immédiate des dispositions attaquées risquait de leur causer un préjudice grave et difficilement réparable.

³¹ Ceci s'appuie à bon escient sur l'article 26, paragraphe 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle auquel renvoie l'article 26, paragraphe 4, alinéa 2, 1^o, de la même loi. Sur la portée de l'exception, on consultera not. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 223-226 ; G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 255-256.

tionnelle³². Ceci s'inscrit dans une tendance, décrite par certains auteurs, au développement d'un pouvoir du juge à ordonner la réparation par le biais d'injonctions des fautes commises par la puissance publique dans sa fonction de légiférer ou de réglementer³³. On doit cependant ajouter à cela que le pouvoir du juge des référés, si réel qu'il soit, même face à des droits « obscurs ou peu évidents »³⁴, se doit d'être calibré. L'office du juge des référés est en effet guidé par une règle de proportionnalité ou de mise en balance des intérêts en présence : les mesures prononcées « varient en fonction des circonstances de la cause de telle sorte qu'à une apparence de droit relativement faible doit correspondre une protection relativement faible, voire nulle »³⁵.

4. Après avoir précisé la portée de son office juridictionnel et reconnu la recevabilité des demandes, y compris celle de l'A.S.B.L. *Notre bon droit*, ainsi que leur caractère urgent au sens de l'article 584 du Code judiciaire³⁶, la cour d'appel de Liège examine les droits apparents des parties. Elle porte notamment son attention sur la conformité de l'accord de coopération du 28 octobre 2021 (qui a modifié celui du 14 juillet) au R.G.P.D.

C'est en particulier le respect de l'article 36-4 du R.G.P.D. qui est questionné. Celui-ci impose aux autorités des États membres de l'Union européenne de consulter l'autorité de contrôle dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par le parlement national. Après avoir rappelé, sur la base de la jurisprudence et de la légisprudence du Conseil d'État, que l'obligation de solliciter l'avis de l'Autorité de protection des données (ci-après A.P.D.) ne connaît pas d'exception, la cour d'appel juge que le fait d'avoir conclu l'accord de coopération du 28 octobre 2021 pour permettre aux entités fédérées de maintenir l'exigence du C.S.T. dans divers secteurs sans demander cet avis n'est pas compatible avec les exigences du R.G.P.D. L'argument avancé par la Région wallonne selon lequel les règles de base du traitement de données à caractère personnel n'auraient pas été modifiées par le nouvel accord de coopération est écarté par la cour d'appel, laquelle insiste sur le fait que toute modification de l'accord nécessite un nouvel avis de l'A.P.D., notamment parce que l'admissibilité de règles qui pèsent aussi lourdement sur les droits et libertés des individus évolue avec l'écoulement du temps.

Alors que la cour d'appel considère que la Région wallonne, en donnant son assentiment à la modification de l'accord de coopération dans ce contexte, a commis une faute *prima facie*, elle s'abstient *in fine* de s'appuyer sur ce constat pour adresser une injonction d'agir à son égard. Juste avant de formuler son dispositif, la cour juge – en une courte phrase dont les effets semblent décisifs sur le contenu de la décision – que « la simple constatation de l'absence de demande d'avis de l'autorité de contrôle quant à l'accord de coopération du 28 octobre 2021 et la balance des intérêts en cause ne peut permettre de faire droit aux demandes des intimées »³⁷. Le fait que la faute constatée, qui a pourtant des effets au moins potentiels sur les

³² En ce sens, voy. not. N. THIRION, L. KALENGA et Fr. SCHMITZ, « Chers parlementaires, lisez attentivement l'arrêt de la cour d'appel de Liège sur le *pass sanitaire* », *La Libre Belgique*, 13 janvier 2022.

³³ Voy. spécialement S. VAN DROOGHENBROECK, « Flandria, Anca, Ferrara ... Urgenda ? Entre réparation et prévention, de l'indemnisation à l'injonction », *J.T.*, 2020, pp. 750-754.

³⁴ D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, tome XIII, livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 183.

³⁵ G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, tome 2 (Procédure civile), volume 1, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 218.

³⁶ À ce sujet on relève que la cour d'appel de Liège opère une distinction entre la notion d'extrême urgence, telle qu'elle peut être employée devant le Conseil d'État, et celle d'urgence au sens de l'article 584 du Code judiciaire.

³⁷ Liège (12^e ch. civ.), 7 janvier 2022.

droits fondamentaux des demandeurs, n'amène pas la cour d'appel à prononcer des injonctions à l'égard de la Région wallonne peut surprendre à première vue. Il se comprend toutefois à l'aune du principe de proportionnalité spécifique à la procédure en référé – dont nous avons rappelé la portée *supra*³⁸ et qui est ici évoqué à travers la notion de « mise en balance ». Même si cela ne ressort pas explicitement de l'arrêt, la juridiction a vraisemblablement estimé que les enjeux de la crise sanitaire, qui incluent en particulier la volonté de protéger le droit à la vie et le droit à la santé, devaient l'emporter, dans le cadre de son examen des droits apparents, sur le besoin de réparer le dommage causé par l'absence de sollicitation de l'avis de l'A.P.D.³⁹. Nous nous demandons, à cet égard, si les juges liégeois n'auraient pas pu appuyer leur raisonnement sur les autres éléments du triptyque de la responsabilité aquilienne, dès lors que leur intervention reposait sur l'article 1382 de l'ancien Code civil⁴⁰ : une fois la faute reconnue, il demeurerait envisageable – si pas nécessaire – de discuter de l'existence d'un lien causal avec un dommage précis à éventuellement réparer. Pour expliquer sa décision de ne pas formuler d'injonction à l'égard de la Région wallonne, la cour n'aurait-elle pas pu – par exemple – chercher à montrer que l'absence fautive de demande d'avis ne constituait pas une cause nette des dommages prétendument subis par les parties ?

5. Quoi qu'il en soit, cette solution – qui s'avère conciliante pour la Région wallonne – ne paraît concevable que dans la mesure où la cour d'appel considère par ailleurs que le C.S.T. ne constitue pas en soi une mesure disproportionnée aux objectifs qu'elle cherche à atteindre, ce qui la rendrait incompatible avec certains droits fondamentaux. C'est sur ce point que l'arrêt commenté s'écarte le plus significativement de l'ordonnance du tribunal namurois, prononcée en première instance. Le raisonnement des juges liégeois à ce sujet peut être reconstitué en trois étapes.

Dans un premier temps⁴¹, la cour d'appel affirme que le C.S.T. est « une entrave à un exercice normal et habituel » de nombreux droits et libertés fondamentaux qu'elle énumère. La cour associe à ce constat l'existence, *prima facie*, d'une violation « indiscutable ». Dans le même sens, il est affirmé qu'« il ne fait aucun doute que le décret du 21 octobre 2021 [relatif à l'usage du *Covid Safe Ticket*] est contraire, notamment, à la Convention européenne des droits de l'homme ». Il nous semble que la juridiction d'appel confond ici *violation* et *ingérence* dans un droit fondamental. Elle veut vraisemblablement signifier que la mesure contestée affecte incontestablement de nombreux droits fondamentaux, ce à quoi nous adhérons sans réserve. En revanche, considérer que ces droits – qui ne sont pas absolus – sont violés implique d'autres opérations intellectuelles qui n'ont pas encore été menées par la cour à ce stade de son raisonnement : en plus de constater l'existence d'une ingérence, il convient de démontrer que celle-ci n'est pas justifiée, par exemple en démontrant l'absence de proportionnalité de la mesure.

Cet aspect de la question est précisément abordé dans la deuxième étape du raisonnement. La cour d'appel recherche les objectifs que les autorités ambitionnent d'atteindre à travers le système du C.S.T. Il s'agit principalement de réduire la pro-

³⁸ N° 3, *in fine*.

³⁹ Ceci d'autant plus que la demande de réparation, qui implique une injonction de faire, s'inscrit dans la catégorie des mesures d'anticipation, lesquelles sont les plus lourdes qui peuvent être prononcées par un juge des référés, par opposition aux mesures d'instruction ou aux mesures de stabilisation (voy. les catégories présentées in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, tome 2 (Procédure civile), volume 1, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 219-223.

⁴⁰ Voy. *supra*, n° 2.

⁴¹ Voy. principalement le point h., ii., de son arrêt reproduit ci-avant. Les deux autres temps du raisonnement sont concentrés dans le point h., viii., du même arrêt.

pagation du virus, d'éviter une saturation des hôpitaux et de relancer l'économie en évitant de nouvelles fermetures. Les deux premiers objectifs visent indirectement à protéger le droit à la vie et le droit à la santé, qui sont aussi des droits fondamentaux, dont la pleine réalisation entre en conflit avec d'autres droits, en raison des restrictions engendrées par les mesures de lutte contre la pandémie, telle que le C.S.T. Selon la cour d'appel, le système applicable au moment où elle se prononce – c'est-à-dire un régime où le C.S.T. est requis dans un nombre limité de lieux et où sa validité dépend non seulement de la vaccination, mais aussi du *testing* ou de la rémission – ne crée pas de différences de traitement disproportionnées au sein de la population. Mêlant un examen général de proportionnalité à un contrôle plus spécifique à l'aune du principe d'égalité et de non-discrimination, la cour juge admissible la différence de traitement, basée sur un risque de contagiosité, entre les personnes vaccinées et celles qui ne le sont pas. On peut regretter que la cour base l'essentiel de son évaluation à ce sujet sur une seule étude datée d'avril 2021⁴², soit d'un moment où les connaissances sur la contagiosité des vaccinés n'étaient pas les mêmes qu'aujourd'hui et alors que cette question demeure controversée⁴³. Dans le dispositif de l'arrêt, ce constat de proportionnalité se traduit par la décision de débouter les parties intimées de leur demande et de mettre à néant l'ordonnance rendue en première instance. Dès lors, la Région wallonne n'est plus appelée à revoir immédiatement sa législation. Cette analyse suppose que l'on reconnaisse une importante marge d'appréciation aux autorités pour rechercher un équilibre entre les divers droits qui sont en jeu ; à cet égard, la cour d'appel évoque une « marge d'appréciation discrétionnaire », ce qui ne semble pas dénué de fondement quand on s'appuie sur une étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁴.

Enfin, la troisième dimension du raisonnement constitue un approfondissement de la deuxième. La cour d'appel de Liège insiste sur le fait que sa conclusion relative à la proportionnalité dépend de certains éléments supplémentaires qu'elle envisage successivement. Ainsi, le C.S.T. est admissible parce qu'il est temporaire et appliqué à un moment où l'épidémie atteint une forte intensité, mais aussi parce qu'il n'est exigé que pour des activités circonscrites⁴⁵. Ceci laisse entendre que si la Cour venait à être saisie d'une demande relative au C.S.T. dans un autre contexte – une situation épidémique plus favorable ou une extension de la liste des lieux où le C.S.T. est exigé – elle pourrait se montrer plus sévère à l'égard des autorités. Le même pronostic pourrait aussi être formulé, sans audace démesurée, à propos de l'hypothèse

⁴² Il s'agit de l'étude suivante : *European Centre for Disease Prevention and Control, Interim guidance on the benefits of full vaccination against Covid-19 for transmission risks and implications for non-pharmaceutical interventions*, Stockholm, E.C.D.C., 2021 (l'étude est disponible en ligne sur le site de l'E.C.D.C.).

⁴³ Voy. not. les deux études scientifiques suivantes, qui ont été publiées au cours des derniers mois de 2021 dans des revues médicales de premier plan et qui remettent en question le fait que les personnes non-vaccinées seraient plus contagieuses que les personnes vaccinées : P.P. SALVATORE *et alii*, « Transmission potential of vaccinated and unvaccinated persons infected with the Sars-CoV-2 Delta in a federal prison, July-August 2021 », *MedRxiv* (preprint), 2021 ; G. KAMPF, « Covid-19 : Stigmatising the unvaccinated is not justified », *The Lancet*, 2021, p. 1871. Ceci ne remet en revanche pas en cause le fait que les vaccinés seraient mieux protégés contre les formes graves de la maladie et moins susceptibles de contribuer à l'engorgement des hôpitaux.

⁴⁴ Sur la délicate conciliation entre le droit à la vie et les autres droits fondamentaux dans le contexte pandémique, à l'aune de la jurisprudence de Strasbourg en particulier, nous nous permettons de renvoyer à Fr. BOUHON et M. FRANSSSEN, « Devoir et pouvoir de protéger la vie en temps de pandémie : essai d'analyse transversale au regard des droits fondamentaux », *op. cit.*, Fr. Bouhon, E. Slautsky et S. Wattier (dir.).

⁴⁵ La cour aborde aussi la question de savoir s'il n'existe pas de discrimination qui résulterait du fait que certains secteurs sont épargnés, alors que d'autres sont soumis au C.S.T. À cet égard, elle considère que les explications fournies par la Région wallonne offrent une apparence de proportionnalité. Ainsi, le fait que le C.S.T. n'est pas réclamé dans les restaurants d'entreprises, alors qu'il l'est dans les restaurants ordinaires, constitue une différence de traitement qui peut être justifiée par la volonté de ne pas exiger le C.S.T. sur le lieu de travail.

où le régime évoluerait vers un système de « pass vaccinal », dans le cadre duquel l'accès à certains lieux serait réservé aux seuls vaccinés, et plus aux personnes guéries ou munies d'un test négatif récent⁴⁶.

6. Les décisions juridictionnelles évoquées dans le présent commentaire – l'ordonnance du tribunal de première instance de Namur et l'arrêt de la cour d'appel de Liège – ne sont pas aussi diamétralement opposées l'une à l'autre que ce qu'une lecture trop rapide ou l'écho médiatique pourraient laisser supposer. D'une part, l'ordonnance du 30 novembre 2021 a engendré une pression significative sur les autorités à propos du C.S.T., mais elle n'a pas suspendu les règles qui le fondent. D'autre part, l'arrêt du 7 janvier 2022 a certes fait baisser la tension en anéantissant l'ordonnance du juge de première instance, de sorte qu'il n'existe plus d'obligation d'aménager immédiatement le régime juridique du C.S.T., mais il ne doit pas être compris comme une approbation définitive. Par divers éléments de sa motivation, la cour d'appel de Liège invite les autorités à demeurer très attentives aux choix qu'elles posent au sujet d'un système qu'elle qualifie de « délicat précédent » en conflit avec les libertés⁴⁷. Comme nous l'avons montré, elle confirme une large ouverture de l'office juridictionnel du juge des référés, notamment face aux mesures de lutte contre la pandémie, constate l'existence d'une violation du R.G.P.D. et affuble le régime juridique du C.S.T. d'une certaine précarité au-delà de l'instant où elle se prononce à son sujet.

Frédéric BOUHON
Professeur à l'ULiège

⁴⁶ Cette perspective est en débat au moment d'écrire ces lignes. On peut notamment lire dans la presse que le commissaire *corona* soutient le projet d'un *pass vaccinal* : B. DEMONTY et D. COPPI, « Le commissariat *corona* freine sur la vaccination obligatoire, mais accepte un *pass vaccinal* », *Le Soir*, 13 janvier 2022. On peut d'ailleurs se demander – mais cela irait au-delà du commentaire que nous proposons – si l'instauration d'un *pass vaccinal* ne créerait pas des contraintes plus lourdes, pour les personnes qui veulent éviter le vaccin, qu'une obligation vaccinale formelle dont le non-respect serait sanctionné par une amende, à moins que celle-ci ne soit fixée à un montant prohibitif.

⁴⁷ Liège (12^e ch. civ.), 7 janvier 2022.