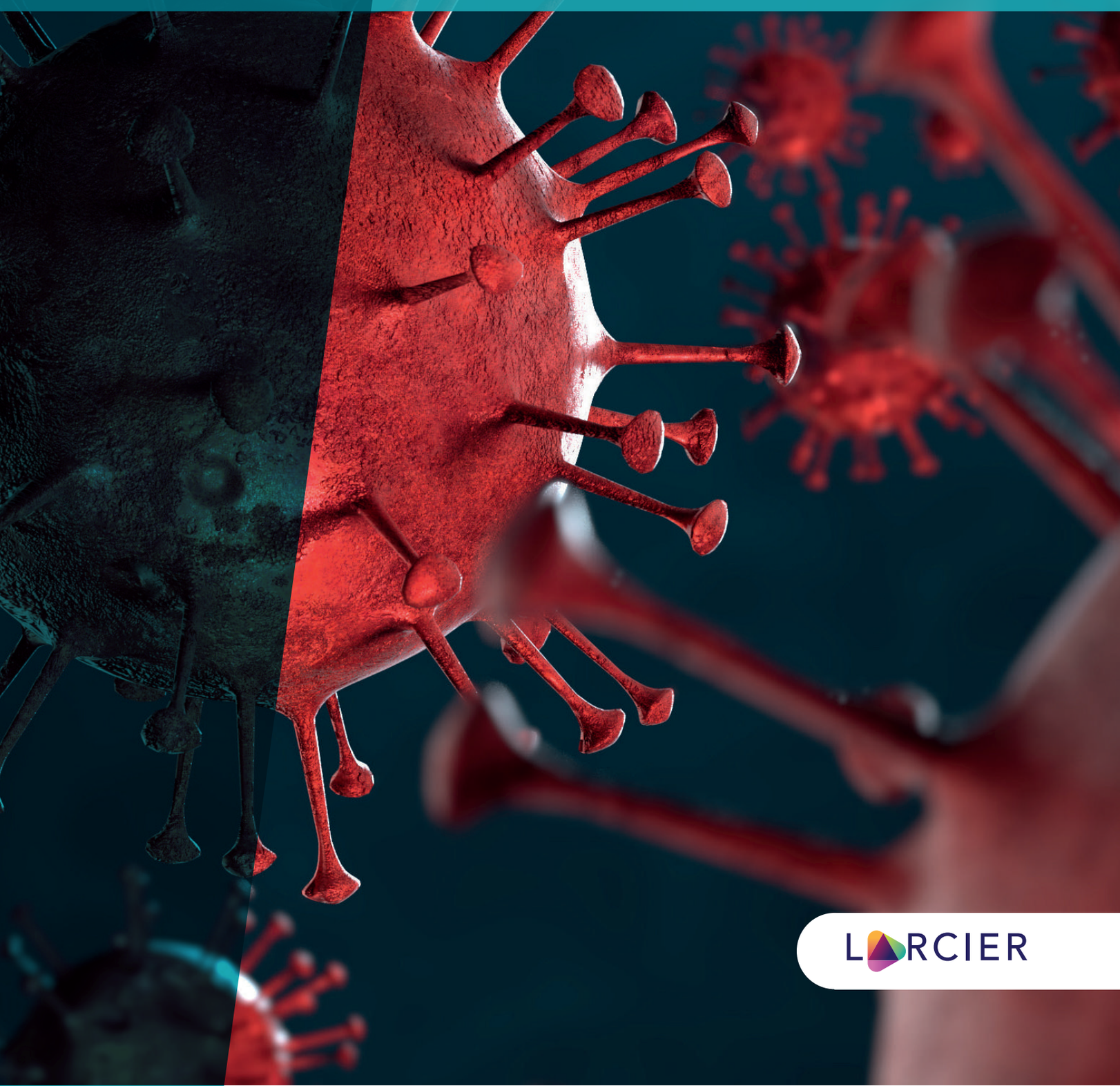
Livre blanc

Journal des tribunaux et Covid-19

Panorama du droit privé et public en temps de pandémie



LARCIER

TABLE DES MATIÈRES

Introduction 3

DROIT CIVIL – JUDICIAIRE

La force majeure à l'heure du coronavirus 5
Coronavirus et copropriété 13
La procédure civile en période de Covid-19 : commentaires et analyses de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020 20
Justices de paix et Covid-19 41
Impact des mesures de confinement sur les contentieux soumis aux tribunaux de la famille 44

DROIT PÉNAL

La prison face au Covid-19 : des mesures déséquilibrées au détriment des personnes détenues et/ou condamnées 51
Régime disciplinaire et distanciation sociale - La loi de principe à l'épreuve de l'urgence sanitaire 68

DROIT ÉCONOMIQUE ET COMMERCIAL

Un moratoire pour les entreprises pendant la durée de la crise du Covid-19 72
Le droit du tourisme à l'aune du Covid-19 87
Les personnes morales au temps du Covid-19 91
Exposé succinct des mesures bancaires prises afin de lutter contre les effets économiques de la crise du coronavirus 99

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF

L'incidence de l'épidémie de Covid-19 sur l'exécution des marchés de construction 107
Les pouvoirs du gouvernement fédéral en période de crise : le gouvernement Wilmès face à l'épidémie de Covid-19 132
Les procédures au Conseil d'État en période de Covid-19 140
Les marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise sanitaire de Covid-19 144

DROIT FISCAL

Droit fiscal et Covid-19 149

Parce que l'homme a la mémoire courte et qu'il avait oublié jusqu'à l'existence des épidémies et pandémies qui ont jalonné l'histoire de l'humanité (sans remonter à la peste noire, songeons à la grippe dite espagnole et aux multiples épidémies du XX^{e} siècle), nous avons été totalement pris au dépourvu par la survenance du coronavirus, qui s'est distingué de ses prédécesseurs par la vitesse de sa diffusion à travers toute la planète.

Si la pandémie constitue un défi majeur pour les soins de santé, c'est aussi une redoutable épreuve pour l'économie, comme pour nos droits. Depuis le mois de mars, les règles de la vie en société ont été bousculées par une série de mesures auxquelles personne n'échappe dans sa vie privée ou professionnelle.

Il sera temps, le moment venu, d'étudier les causes de notre impréparation à un événement dont tout dictait qu'il surviendrait un jour, comme de porter un jugement sur l'opportunité et l'efficacité des mesures prises dans l'extrême urgence. Sur leur légalité aussi car, même dans des temps d'exception, l'adage nécessité fait loi n'est pas le sésame qui peut tout justifier. Tous, décideurs politiques, magistrats et avocats, nous devons garder la boussole solidement orientée dans une direction essentielle : la protection de l'État de droit. Faute de quoi, nous ajouterions du malheur au malheur. Et ceci devrait aussi être l'occasion de « ranimer » notre système judiciaire, déjà en si piteux état, que l'on a décidé bien vite de mettre en état de coma artificiel. Là aussi, il faut déconfiner.

Ce livre blanc, issu d'un numéro spécial du *Journal des tribunaux*, aborde une série de thèmes liés à la pandémie relevant tant du droit privé que du droit public, à commencer par la notion générale et importante de la force majeure. Le lecteur trouvera également des analyses à la fois descriptives et critiques sur les différents sujets proposés, depuis la mise en œuvre des pouvoirs spéciaux jusqu'au sort des voyages annulés, en passant par les règles de la procédure civile, pénale, administrative ou encore fiscale, les marchés publics, la condition pénitentiaire, la copropriété, la construction, sans omettre le thème brûlant de l'insolvabilité.

Grâces en soient rendues à tous les auteurs, spécialistes éminents, qui ont accepté d'écrire dans l'urgence.

© **Georges-Albert DAL**
Rédacteur en chef du Journal des tribunaux

DROIT CIVIL – JUDICIAIRE

LA FORCE MAJEURE À L'HEURE DU CORONAVIRUS

On va répétant qu'il y aura un avant et un après coronavirus, dans bien des domaines de la vie sociale, économique et judiciaire. Même sans disposer d'aucun recul à l'heure où ces lignes sont écrites (avril 2020), cela paraît être l'évidence tant la crise sera profonde et durable dans ses conséquences. En droit, s'il est bien une notion qui en fera les frais ou qui en recueillera les honneurs, c'est la force majeure : force majeure dans la maladie elle-même, dans les multiples interdictions professionnelles qui en résultent, dans les situations d'insolvabilité que ces interdictions entraînent bien souvent, dans les multiples événements funestes qui sont la cause ou la conséquence de ce qui précède (perte de travail, de clientèle, manque de personnel…). Nul doute qu'aussi bien devant les tribunaux que dans des réclamations et des négociations, ces divers aspects de la force majeure seront invoqués, contestés, discutés au cours des semaines et des mois à venir, sans parler des initiatives prises ou annoncées par les pouvoirs publics pour légiférer dans ce domaine. Etait-ce prémonitoire ? Il y a un an, un « point sur » la force majeure lui a été consacré dans ces colonnes[1], in tempore non suspecto en quelque sorte, avec pour objectif de rappeler l'essentiel du droit commun : le champ d'application de la force majeure et les notions qui lui sont voisines, ses conditions d'application, ses effets. Il nous paraît utile d'y revenir aujourd'hui avec un objectif plus « ciblé », consistant à mettre l'accent sur les questions que la crise du coronavirus pourrait susciter.

C'est donc à la fois une synthèse et une actualisation de notre propos que nous livrons ici, toujours sans perdre de vue les bornes suivantes qui en balisent les contours :

1. La notion de force majeure trouve à s'appliquer dans quantité de domaine du droit différents, aussi bien en dehors du droit des obligations (droit pénal, droit fiscal, etc.) que dans le domaine des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Et dans la plupart de ces domaines, il y a d'une part le droit commun et d'autre part des réglementations spécifiques, qui complètent celui-ci ou qui y dérogent[2]. Le présent exposé porte essentiellement sur le droit commun des obligations contractuelles.

2. On a évoqué les initiatives législatives, présentes et à venir, qui font suite à la crise du coronavirus. Les unes portent sur la notion même de force majeure (articles 1147 et 1148 du Code civil), les autres apporteront des précisions ou des dérogations dans des domaines plus spécifiques. À l'heure où sont écrites ces lignes, un avant-projet d'arrêté royal de pouvoirs spéciaux dispose que la menace du virus Covid 19 et la prise de mesures à son encontre seront d'office, temporairement, considérées comme constituant un cas de force majeure. L'avenir de ce projet parait cependant incertain. Le *Journal des tribunaux* s'efforcera de suivre au plus près l'actualité dans ce domaine, à mesure que les textes nouveaux seront connus.

3. On sait qu'indépendamment des textes de loi, les pouvoirs publics et autres organismes concernés (banques, assurances) interviendront de diverses manières, plus matérielles, pour pallier les conséquences de la crise (aides financières, et notamment financement des activités annulées, moratoires…). Ces initiatives, dont on ne peut que se réjouir, sortent également du cadre de notre propos.

1 F. GLANSDORFF, « La force majeure », *J.T.*, 2019, p. 355.
2 Par exemple la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

1 DÉFINITION DE LA FORCE MAJEURE

En l'absence de définition donnée par le Code civil, la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour définir la force majeure comme étant un « événement à caractère insurmontable, et selon certains imprévisible, indépendamment de toute faute du débiteur, qui empêche ce dernier d'exécuter ses obligations ou de se conformer aux normes exclusives de faute, tout en restant dans les limites de la diligence que l'on peut attendre de lui »[3].

On s'accorde à dire que force majeure et cas fortuit sont synonymes, de même que la cause étrangère libératoire, bien que cette dernière soit d'une acception plus large[4]. Ces termes similaires marquent en réalité la limite de ce qui peut être raisonnablement exigé du débiteur.

2 CONDITIONS DE LA FORCE MAJEURE

A. Le principe : l'impossibilité d'exécution

En principe, l'obstacle doit placer le débiteur contractuel « dans l'impossibilité d'exécuter les obligations découlant du contrat, et le défendeur à l'action en responsabilité civile extracontractuelle dans l'impossibilité d'agir autrement qu'il ne l'a fait »[5]. Il ne suffit donc pas que les événements aient rendu l'exécution plus difficile ou plus onéreuse, l'impossibilité d'exécution devant s'apprécier in abstracto, c'est-à-dire au regard de tout autre débiteur qui se trouverait placé dans les mêmes circonstances.

Il faut aussi, pour qu'on puisse parler d'impossibilité, qu'aucune solution de remplacement ne soit raisonnablement envisageable (par exemple, se faire livrer auprès d'un autre fournisseur que celui qui est empêché).

B. Les assouplissements

On considère cependant, dans la jurisprudence et la doctrine actuelles, que l'impossibilité d'exécution doit s'apprécier de manière raisonnable et humaine, non plus in abstracto mais en fonction de l'économie de l'obligation en cause et du degré de diligence incombant à celui dont la responsabilité est recherchée. La mesure de la force majeure tient désormais à « l'impossibilité réelle normale » d'exécution, et non à l'impossibilité théorique absolue[6].

Dans les circonstances actuelles, il est intéressant d'observer que certains vont assez loin en ce sens, se rapprochant ainsi des trois autres causes d'exonération ou d'assouplissement que sont l'abus de droit, l'imprévision et la caducité.

• L'abus de droit, par exemple lorsque l'exécution de l'obligation est encore possible mais qu'il serait déraisonnable de l'exiger, compte tenu des circonstances[7].

3 P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, T. II, vol. 2, coll. De Page, n° 966.
4 Voy. les réf. citées par F. GLANSDORFF, *op. cit.*, note 3.
5 P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 968.
6 P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.* ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier 2010, n° 562 ; P.- A. FORIERS et G. DE LEVAL, « Force majeure et contrats », *in Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, la charte 2004, p. 250 n° 11 ; J.- F. GERMAIN et Y. NINANE, « Force majeure et imprévision en matière contractuelle », *in Droit des obligations*, Limal, Anthemis 2011, p. 86 ; J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? - Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *R.G.D.C.*, 2013, n^{os} 13 et s. ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun ? », *in Le droit commun des contrats - Questions choisies*, Bruylant 2016, p. 117, n° 57.
7 J.-F. GERMAIN, « Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution », *in Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant 2014, p. 157 ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 119, n° 59.

L'obligation d'exécution de bonne foi participe de la même idée.

• L'imprévision[8] : elle est définie par la Cour de cassation comme étant une « théorie qui tend à faire admettre qu'en toute matière, la partie lésée par un contrat peut être déliée de ses engagements lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment où le contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie, qu'il soit certain qu'elle n'aurait pas consenti à assumer l'aggravation des charges qui en résulte »[9].

Il ne s'agit donc pas d'une impossibilité d'exécution, comme lorsqu'il y a force majeure, mais d'un déséquilibre des prestations qui aggrave les charges d'une des parties. Citons à cet égard deux espèces, qui ont pu faire dire qu'une interprétation extensive de la force majeure menait à une acception implicite de la théorie de l'imprévision :

• un arrêt de la cour d'appel de Gand du 2 avril 2012 qui a considéré que des travaux routiers rendant très difficile, mais pas impossible, l'accès à un show-room permettaient à l'entreprise concernée de se défaire d'une convention de participation à une exposition, qu'elle avait conclue : selon la cour, l'impossibilité d'assurer une circulation normale des clients lors de l'exposition était constitutive de force majeure[10] ;

• un jugement du juge de paix du deuxième canton de Tournai du 8 mai 2007, qui a considéré que « l'étudiant qui a pris en location un logement à proximité de l'établissement d'enseignement qu'il souhaitait fréquenter mais qui lui a ultérieurement notifié que, faute de places, son inscription ne pouvait plus être acceptée, peut se prévaloir d'une cause étrangère libératoire »[11].

• La caducité : on a parlé de caducité par perte de l'objet de l'obligation lorsque celle-ci a perdu sa raison d'être au regard des mobiles qui avaient déterminé les parties à contracter, ce qui rend impossible l'exécution de l'obligation en nature. Contrairement à la force majeure, la caducité suppose, entre autres conditions[12], une impossibilité définitive d'exécution, étant entendu que pour qu'il puisse être question d'impossibilité seulement temporaire d'exécution, « c'est à la condition que cette obligation puisse encore utilement être exécutée après le délai convenu »[13]. Cette notion appelle évidemment de plus amples développements. On en trouvera des exemples dans la doctrine[14].

C. L'interdiction des pouvoirs publics

L'ordre ou la permission de la loi ou de l'autorité légitime constitue ce qu'on appelle le « fait du prince ». Il s'agit d'une cause d'exonération évidente, du moins lorsque l'ordre « constitue un obstacle insurmontable à l'exécution de l'obligation et qu'aucune faute du débiteur n'est intervenue dans la genèse des circonstances

8 Sur cette notion voisine de la force majeure, voy. F. GLANSDORFF, *op. cit.*, n° 5 ; E. VANSTECHELMAN, « Les sanctions qui affectent la formation et l'exécution du contrat : questions choisies », *in Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis 2019, p. 365.
9 Cass., 30 octobre 1924, *Pas.*, 1924, I, 565.
10 Voy. à ce sujet S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 119, n° 59.
11 *J.T.*, 2008, p. 162 ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *loc. cit.*
12 E. VANSTECHELMAN, *op. cit.*, p. 356.
13 P-A. FORIERS, « Caducité par perte de l'objet de l'obligation et disparition de sa raison d'être », note sous Cass., 2 février 2018, *R.G.D.C.*, 2018, p. 519 ; voy. aussi P. WÉRY, *op. cit.*, n° 576, et J. VAN ZUYLEN, « L'obligation de somme peut-elle être atteinte par la force majeure ? - Une question de genre ! », note sous Cass., 28 juin 2018, *R.G.D.C.*, 2020, p. 34.
14 E. VANSTECHELMAN, *loc. cit.*, et R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », *in Le droit commun des contrats. Questions choisies*, Bruxelles, Bruylant 2016, pp. 129 et s.

réalisant cet obstacle »[15].

On se réfère ici bien entendu aux arrêtés ministériels d'interdiction pris en mars 2020, ainsi qu'aux autres dispositions qui suivront vraisemblablement.

D. *Quid* du paiement d'une somme d'argent ?

La Cour de cassation, hélas pour bien des débiteurs, l'a encore rappelé récemment : « L'insolvabilité, même si elle résulte de circonstances externes qui sont constitutives de force majeure pour le débiteur, n'a pas pour effet de libérer celui-ci de son obligation de somme »[16]. Ceci essentiellement parce que l'argent est une chose fongible par excellence, donc une chose de genre, et que les choses de genre ne périssent pas[17]. On considère dès lors, en toute rigueur, que « le débiteur d'une obligation pécuniaire ne sera pas libéré si la maladie l'empêche de travailler et de gagner ce qui est nécessaire pour payer ses dettes (...) L'argent est une chose de genre et ... les genres ne périssent pas »[18].

C'est notamment le cas du paiement d'un loyer. Heureusement, cette règle connaît certains assouplissements, et l'on peut penser que la jurisprudence consécutive à la crise du coronavirus y contribuera. Exemple d'assouplissement, que J. Van Zuylen a mis en lumière dans sa note précitée : un arrêt de la Cour de cassation de France du 10 février 1998 a admis la force majeure dans le chef d'une étudiante qui, en raison de son état de santé, ne pouvait plus suivre les cours auxquels elle venait de s'inscrire. À l'école qui lui réclamait un complément de frais de scolarité, l'étudiante a victorieusement répondu que sa maladie, irrésistible, constituait un événement de force majeure qui la libérait de son obligation de paiement, alors même que celle-ci ne paraissait nullement impossible à exécuter[19].

Il faut aussi distinguer deux hypothèses : celle où le débiteur d'une obligation de somme a pu profiter de la contre-prestation convenue (par exemple, pour un locataire, l'occupation effective des lieux), ce qui inclinera à moins d'indulgence à son égard, et l'hypothèse inverse. Ainsi J. Van Zuylen cite-t-il un arrêt de la cour d'appel de Gand du 5 septembre 2013 qui libère de son obligation l'acquéreur d'un fonds de commerce, qui venait de subir une récidive d'un cancer de la peau, la cour se ralliant ainsi « à une appréciation souple de la force majeure (en admettant) que la maladie constitue un événement imprévisible et inévitable, donc non imputable au débiteur, qui rend impossible l'exécution des obligations de ce dernier ». Selon l'auteur, la cour a vraisemblablement été sensible au fait que la maladie du débiteur l'empêcherait d'exploiter le fonds de commerce et de profiter ainsi de la contre-prestation convenue[20].

E. Absence de faute - Imprévisibilité

L'absence de faute du débiteur est une autre condition essentielle de la force majeure. Suivant une formule maintes fois répétée, celle-ci ne peut résulter que d'un événement indépendant de la volonté humaine et que cette volonté n'a pu ni prévoir ni conjurer[21].

---

15 P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 976 ; voy. aussi le n° 977.
16 Cass., 28 juin 2018, *R.G.D.C.*, 2020, p. 26, note J. VAN ZUYLEN précitée.
17 *Genera non pereunt.*
18 Cité par J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2020, n° 5.
19 Voy. aussi F. GLANSDORFF, *op. cit.*, note 36 et la réf. à P.-A. FORIERS et G. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 265, n° 30, ainsi que J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, pp. 100 et s.
20 J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2020, p. 34 et la note 66. De même, à propos de l'arrêt de la Cour de cassation de France du 10 février 1998, l'on pourrait soutenir « que la maladie de l'étudiante a rendu impossible l'exécution de son obligation d'assister aux cours » (*op. cit.*, p. 36, n° 14).
21 P. WÉRY, *op. cit.*, n° 564 ; Cass., 4 juin 2015, *Pas.*, 2015, 1460 ; Cass., 8 septembre 2017, *J.L.M.B.*, 2018 p. 521.

« Prévoir » : le caractère imprévisible de l'événement serait-il une condition de la force majeure ? Oui pour certains, et la Cour de cassation l'a encore récemment réaffirmé[22], non pour d'autres qui considèrent qu'il y a des événements qui sont prévisibles mais qui n'en sont pas moins inévitables et donc constitutifs de force majeure, par exemple lorsqu'ils surviennent en temps de guerre ou lorsqu'ils sont constitutifs de « périls de mer »[23]. L'imprévisibilité se confond en réalité avec les deux conditions de base de la force majeure, à savoir son caractère insurmontable et l'absence de faute du débiteur[24].

Se pose alors la question de la charge de la preuve de l'absence de faute : suffit-il que le débiteur prouve qu'il a pris toutes les précautions nécessaires (pour éviter par exemple un vol, un incendie, la survenance d'un obstacle) ou doit-il faire la démonstration d'un cas fortuit effectif (la réalité du vol, de l'événement déclencheur de l'incendie…), ce qui sera nettement plus difficile ? La question se pose en effet, et elle a été discutée[25], mais il est peu probable qu'elle suscite de longs débats dans le cadre de la crise du coronavirus, compte tenu de la soudaineté et de l'ampleur de l'événement. Il paraît cependant évident que si le créancier de l'obligation peut prouver que le débiteur a été contaminé au covid-19 après avoir participé à une réunion festive ou autre — bref, qu'il a méconnu les interdictions et précautions récemment imposées — la force majeure n'aura pas beaucoup de chances d'être retenue. On fait également abstraction d'une éventuelle responsabilité des pouvoirs publics du fait des mesures préventives qui auraient pu être prises en temps utile (approvisionnement en masques, respirateurs, etc.).

F. Clauses contractuelles et dispositions légales

La matière ne touchant pas à l'ordre public et ne faisant pas l'objet de dispositions impératives[26], tout au moins en droit commun[27], rien n'interdit aux parties de modaliser les conditions ou les effets de la survenance d'un cas de force majeure. Ainsi, dans le sens de la sévérité, rien n'empêche le débiteur de renoncer à invoquer quelque cas de force majeure que ce soit, ou de s'obliger à indemniser le créancier même en cas de force majeure, ce qui revient à faire peser sur lui une forme de responsabilité objective[28]. À l'inverse, au bénéfice du débiteur, il pourrait être prévu que la pandémie constitue un cas de force majeure. L'obligation de renégocier le contrat, sur laquelle nous reviendrons, pourrait aussi utilement être stipulée, en cas de survenance d'un élément constitutif de force majeure.

22 Cass., 19 décembre 2017, *Pas.*, 2017, 2475.
23 P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 970 ; F. GLANSDORFF, *op. cit.*, note 52 et les réf.
24 P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 970.
25 Voy. F. GLANSDORFF, *op. cit.*, n° 12.
26 À ce propos, voy. les dispositions rappelées par P. WÉRY, *op. cit.*, n° 567 *in fine*.
27 Dans les relations entre consommateurs et professionnels, il faudrait évidemment tenir compte de l'interdiction des clauses abusives (livre VI du Code de droit économique) (voy. aussi J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 34).
28 P.-A. FORIERS et G. DE LEVAL, *op. cit.*, p.253 ; P. WÉRY, *loc. cit.* ; J.- F. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, pp. 110 et 116 et s., où les auteurs donnent divers exemples de clauses contractuelles, les unes définissant la notion même de force majeure, les autres imposant la procédure à suivre en cas de survenance d'un cas de force majeure.

3 CONSÉQUENCES DE LA FORCE MAJEURE

A. Le principe : libération du débiteur

Lorsque la force majeure est établie, le débiteur est libéré des obligations qui sont affectées par l'événement, ainsi que des obligations qui en dépendraient ou qui en seraient l'accessoire (le respect d'une clause pénale, par exemple). Si le contrat est synallagmatique, les deux débiteurs sont libérés, comme on le rappellera ci-après. Il peut y avoir des obligations directement entravées par l'événement, et d'autres qui le sont de manière indirecte, par répercussion[29]. Logiquement, l'exonération devrait s'étendre à ces dernières, ce que la jurisprudence consécutive à la crise permettra sans doute de confirmer.

Si l'impossibilité d'exécution n'est que partielle, le créancier peut exiger l'exécution de l'autre partie, pour autant que cette exécution présente encore une quelconque utilité[30].

B. Impossibilité temporaire

La crise du coronavirus donne lieu à un certain nombre de cas de force majeure où l'impossibilité d'exécution n'est que temporaire, du moins espérons-le.

Dans un arrêt de principe du 13 janvier 1956, rapporté par Wéry[31], la Cour de cassation a consacré l'effet suspensif de la force majeure temporaire dans les termes suivants : « La force majeure, qui empêche une partie de remplir ses obligations, suspend l'exécution de tous les engagements nés d'un contrat synallagmatique, lorsque cet empêchement n'est que temporaire et que le contrat peut encore être utilement exécuté après le délai convenu ; (...), pourtant, (...) si la force majeure persiste, de sorte que cette dernière condition n'est plus remplie, le contrat est dissout de plein droit ».

Cela étant, dans le cadre de la crise en particulier, il ne sera pas toujours facile de déterminer le caractère provisoire ou définitif de la force majeure, la durée de la crise étant inconnue en tout cas à l'heure où ces lignes sont écrites. Faut-il attendre un rétablissement prochain de la situation, ou faut-il considérer le contrat comme dissout dès à présent ? Qu'en est-il de la mise au chômage temporaire de certains travailleurs alors que l'emploi n'est pas définitivement compromis malgré la diminution de la clientèle ? L'anticipation ne sera pas toujours aisée. Elle devra être faite de manière prudente et raisonnable, en se gardant, plus tard, de juger a posteriori les décisions qui auront été prises à un moment où l'avenir était encore inconnu.

C. Contrats unilatéraux

La survenance d'un cas de force majeure entraîne leur extinction, sous réserve de quelques nuances[32]. C'est le cas, par exemple, du mandataire bénévole[33] qui se trouve empêché de s'acquitter de sa mission par suite de la maladie, ou encore de l'emprunteur qui se trouve dans l'impossibilité de restituer l'objet prêté. L'un et l'autre bénéficient de l'exonération.

29 Ainsi a-t-on souligné, à propos de la crise du coronavirus, l'effet « boule de neige » de l'annulation de divers événements (organisateurs, traiteurs, techniciens, etc.). C'est aussi le cas du fournisseur qui n'est plus en mesure de livrer parce que lui-même n'est plus approvisionné, ou qu'il n'a plus de personnel...
30 P.-A. FORIERS et G. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 261, n° 27 et p. 266, n° 33 ; J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, p. 113.
31 *Op. cit.*, n° 577.
32 P. WÉRY, *op. cit.*, n° 572 ; P.- A. FORIERS et G. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 268, n° 36 ; J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, p. 110.
33 Si le mandat est rémunéré, il devient synallagmatique et l'on se reporte à l'hypothèse suivante.

D. Contrats synallagmatiques

La situation est plus complexe.

a) Le principe : il s'agit de déterminer si les obligations de l'autre partie, non affectées par l'impossibilité d'exécution, sont maintenues et doivent être exécutées. En d'autres termes, laquelle des deux parties supportera, sans indemnité, les conséquences dommageables de l'impossibilité d'exécution ? En règle et en application de la théorie des risques, on considère que corrélativement, l'autre partie se trouve également libérée de ses propres obligations, et que le contrat est dissout. La suspension du contrat peut aussi n'être que temporaire, lorsque l'impossibilité d'exécution n'est pas définitive. La dissolution peut également n'être que partielle[34].

Telle est la solution consacrée par le Code civil pour certains contrats, comme le bail[35] et le contrat d'entreprise[36].

b) Cas particulier des contrats translatifs de propriété (vente et certains contrats d'entreprise) : le risque de perte de la chose par cas fortuit à charge de l'acheteur s'il est déjà devenu propriétaire de la chose vendue, ce qui est le cas solo consensu lorsqu'il s'agit d'un corps certain[37].

c) L'obligation frappée d'impossibilité d'exécution porte sur une somme d'argent (par exemple le paiement d'un loyer) : cette hypothèse a été rencontrée plus haut. L'insolvabilité et, a fortiori, de simples difficultés de paiement ne constituent pas un cas de force majeure et n'exonèrent pas le débiteur. Le contrat n'est ni dissout, ni suspendu. Cela étant, on a vu que la règle était sujette à d'importants assouplissements — auxquels la crise contribuera vraisemblablement — que ce soit par l'adoption d'une théorie extensive de la force majeure ou du cas fortuit ou du cas fortuit[38], ou par le recours à des notions voisines telles que l'abus de droit, l'imprévision ou la caducité[39]. Ou encore, plus simplement mais d'une manière moins radicale, par le recours à l'article 1244 du Code civil qui autorise le juge à accorder des termes et délais au débiteur malheureux et de bonne foi.

d) Cas particuliers où l'autre partie reste tenue : c'est notamment le cas de l'employeur qui reste légalement tenu de rémunérer le travailleur quand bien même celui-ci est dans l'impossibilité de prester ses obligations[40].

E. Synthèse quant au sort du contrat

En synthèse, lorsqu'un cas de force majeure survient, le contrat peut connaître des sorts divers. Il peut être dissout (en tout ou en partie), suspendu ou modifié. Reprenons ces trois hypothèses :

34 P. WÉRY, *op. cit.*, n° 574.

35 Résiliation du bail ou réduction du loyer si, par un cas fortuit, le bailleur n'est plus en mesure de fournir la jouissance de l'immeuble loué (article 1722). Tel peut être le cas d'un bail commercial si, du fait de la crise, le commerce exploité a fait l'objet d'une interdiction temporaire. Sur cette problématique, voy. l'exposé circonstancié de M. HIGNY dans ces colonnes, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immeuble face au coronavirus », *J.T.*, 2020, p. 265.

36 « L'ouvrier n'a point de salaire à réclamer » en cas de perte de la chose avant la réception de l'ouvrage (article 1790). Tel est le cas en matière d'entreprise en général, qu'elle soit de construction ou de services (par exemple un artiste empêché de donner une représentation, l'organisateur de celle-ci étant contraint de l'annuler).

37 Sur cette problématique, voy. P. WÉRY, *op. cit.*, n^{os} 573 et s. ; P.- A. FORIERS et G. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 269, n^{os} 37 et s. ; J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, pp. 111 et s.

38 Par exemple dans l'application de l'article 1722 du Code civil relatif au bail (*cfr* l'étude précitée de M. HIGNY).

39 *Cfr supra* et *infra*.

40 M. ANTOINE et M. DE FAUCONVAL, « Du droit civil au droit social : de l'influence à l'affranchissement », *in De quoi le contrat est-il le nom*, Limal, Anthemis, 2017, p. 143 ; G. GAILLET, « Incendie, force majeure et contrat de travail », note sous C.T. Liège, 30 août 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 750.

• contrat dissout : c'est le cas lorsque la force majeure empêche l'exécution du contrat de manière définitive, ou encore, on l'a vu, lorsque le contrat est déclaré caduc par disparition de son objet, de sa raison d'être ; en principe, la dissolution n'opère que pour l'avenir, sans effet rétroactif ;

• contrat suspendu : c'est l'hypothèse de la force majeure due à une impossibilité d'exécution temporaire ;

• contrat modifié : c'est l'hypothèse où les conditions du contrat sont revues en fonction des circonstances. Cette révision peut évidemment être volontairement décidée par les parties[41], mais on a aussi constaté l'émergence d'une véritable obligation de renégociation des conditions du contrat en cas de bouleversement de l'économie contractuelle[42]. Notre conclusion est à la fois une constatation de cette réalité et un encouragement à persévérer dans cette direction. Certaines décisions n'ont pas hésité à appliquer de cette manière la théorie de l'imprévision (*cfr supra*) sous le couvert de la force majeure et par une application très extensive de ce concept L'abus de droit, également évoqué plus haut, peut conduire à une solution équivalente, consistant à ramener le droit à son usage normal[43].

François GLANSDORFF
Avocat au barreau de Bruxelles,
Professeur honoraire de l'ULB

© Extrait du Journal des tribunaux n° 6814 du 9 mai 2020, p. 326-329.

41 Ainsi, dans le cadre d'un bail, la renégociation pourrait porter non seulement sur le montant du loyer, mais aussi sur son mode de calcul (par exemple lier le montant du loyer au chiffre d'affaires, s'il s'agit d'un bail commercial), ou sur une nouvelle répartition des travaux à prendre en charge, etc.

42 F. GLANSDORFF, *op. cit.*, n° 5, avec la référence à D. PHILIPPE, «À propos du déséquilibre du contrat et de l'obligation de renégociation», note sous Mons, 30 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1083.

43 F. GLANSDORFF, *op. cit.*, n° 9, avec la référence à S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 119, n^{os} 59- 60, ainsi qu'à P.-A. Foriers qui considère à juste titre qu' «il n'y aurait aucune objection à admettre qu'en présence d'un bouleversement de l'économie contractuelle, soit abusif le fait de refuser une renégociation du contrat en cause» (*La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation,* Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 111-112).

CORONAVIRUS ET COPROPRIÉTÉ

1 LES TEXTES PERTINENTS

Textes. — Les mesures particulières en matière de copropriété adoptées en raison de la crise gisent à l'arrêté royal n° 4 portant des dispositions diverses en matière de copropriété et de droit des sociétés et des associations dans le cadre de la lutte contre la pandémie Covid-19. Cet arrêté date du 9 avril 2020 et a été publié à sa date au *Moniteur belge*[1]. Il a déjà été modifié par un arrêté royal du 28 avril 2020 prolongeant certaines mesures prises par l'arrêté royal n° 4 du 9 avril 2020[2].

Le chapitre 1er de cet arrêté, dans sa version consolidée, porte sur les copropriétés et se lit comme suit :

« Section 1re. — Période durant laquelle les mesures du présent chapitre sont d'application »

» Art. 1er : Les dispositions prévues dans le présent chapitre sont d'application durant la période du 10 mars 2020 jusqu'au [30 juin 2020] inclus. Le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, adapter la date finale de cette période.»

» Section 2. — Report des assemblées générales et conséquences

» Art. 2 : Toutes les assemblées générales des copropriétaires visées aux articles 577-3 et suivants du Code civil qui, en raison des mesures de sécurité liées au pandémie (sic) Covid-19, ne peuvent avoir lieu durant la période visée à l'article 1er, doivent être tenues endéans un délai de cinq mois après l'expiration de cette période, sans préjudice de la possibilité prévue à l'article 577-6, § 11, du Code civil.

» En cas de report de l'assemblée générale, la durée des mandats des syndics et des membres des conseils de copropriété nommés par décision de l'assemblée générale qui expirent durant la période visée à l'article 1er, est prolongée de plein droit jusqu'à la première assemblée générale qui sera tenue après cette période.

» En cas de report de l'assemblée générale, durant la période visée à l'article 1er, et jusqu'à la première assemblée générale qui sera tenue après cette période, le contrat entre le syndic et l'association des copropriétaires est prolongé de plein droit. Le syndic exerce ses compétences conformément aux décisions de la dernière assemblée générale et en conformité avec le budget approuvé lors de cette assemblée.

» En cas de report de l'assemblée générale, la durée de validité des missions et délégations de compétences confiées par l'assemblée générale au conseil de copropriété est prolongée jusqu'à la première assemblée générale des copropriétaires qui suit.

» Section 3. — Entrée en vigueur

» Art. 3 : Le présent chapitre produit ses effets le 10 mars 2020 »

Le contentieux des associations de copropriétaires est également concerné par l'arrêté royal n° 2 concernant la prolongation des délais de prescription et autres

1 *M.B.*, 9 avril 2020, p. 25768.
2 Publié à sa date au *M.B.*, 2e éd., p. 29446.

délais pour ester en justice et la procédure écrite devant les tribunaux[3], lequel a été modifié par un arrêté royal du 28 avril 2020[4].

2 ANALYSE

A. Le choix de la période

La période. — L'article 1er de l'AR n° 4 vise la période d'application. Celle-ci débute le 10 mars 2020 car, à lire le rapport au Roi[5], il s'agit du jour où « le gouvernement a annoncé les premières mesures de sécurité qui limitent la liberté de circulation des citoyens ». En sus, le ministre écrit que « Malgré le renforcement des mesures par la suite, ces limitations ont déjà eu un impact, en particulier pour les citoyens vulnérables, telles que les personnes âgées. En effet, la courbe d'âge des copropriétaires est variée mais généralement assez élevée ». Cette dernière remarque peut surprendre. Notons ici que si les premières mesures ont été annoncées le 10 mars, le confinement a été drastiquement renforcé à partir du 18 mars.

Effet rétroactif. — L'article 3 de l'arrêté du 9 avril 2020 fixe son entrée en vigueur au 10 mars 2020, soit avec un effet rétroactif, ce qui ne sera évidemment pas sans conséquence. Quant à la date finale, elle était initialement le 3 mai inclus et pouvait être adaptée par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, ce qui fut fait le 28 avril 2020. Elle est ainsi portée, pour l'heure[6], au 30 juin 2020.

B. Les assemblées générales

Notion. — L'article 2 vise *toutes les assemblées générales des copropriétaires visées aux articles 577-3 et suivants du Code civil*. Il s'agit donc des assemblées générales ordinaires et extraordinaires, que celles-ci soient convoquées à l'initiative du syndic[7], par le syndic à la demande des copropriétaires[8], par un copropriétaire lui-même[9], voire par le juge[10].

Délai de 5 mois. — Les assemblées générales, qui n'auront pu avoir lieu durant cette période, devront donc se tenir dans un délai de 5 mois à dater de la fin de la période de confinement (soit, à ce jour, avant le 30 novembre 2020). Il nous est revenu que le projet initial prévoyait un délai de 3 mois, lequel était peut-être peu opportun en raison de la proximité des vacances d'été, dans la mesure où de nombreux statuts prévoient que l'assemblée générale ne peut pas se tenir en juillet et août. Il faut aussi garder à l'esprit que les syndics professionnels seront confrontés, durant cette période de rattrapage, à l'organisation de nombreuses assemblées générales, de sorte qu'un délai plus long leur permettra de mieux organiser la tenue de ces multiples réunions.

L'assemblée générale ne pourra donc pas se tenir avant la fin de la période de confinement, mais elle pourrait être convoquée durant cette période. Ainsi, un syndic pressé pourrait convoquer une assemblée générale durant la période de confinement pour une date postérieure à celle-ci. Il s'agit donc, en d'autres termes,

3 Également du 9 avril 2020 et publié à sa date au *M.B.*, p. 25727.
4 Publié à sa date, *M.B.*, 2e éd., p. 29444.
5 Publié au *Moniteur belge* avant l'arrêté.
6 Cet article a été finalisé le 29 avril 2020. L'auteur en profite pour remercier Me Mostin pour la pertinence de ses réflexions partagées, spécialement lors de son exposé du 17 avril 2020.
7 Sur la base de l'article 577-6, § 2, alinéa 1er, du Code civil.
8 Sur la base de l'article 577-6, § 2, alinéa 2, du Code civil.
9 Sur la base de l'article 577-6, § 2, alinéa 3, du Code civil.
10 Sur la base de l'article 577-9, § 3, du Code civil.

de la date de l'assemblée générale, et non de la date de la convocation, qui doit intervenir durant ces cinq mois.

Enfin, soulignons que le non-respect de ce délai de cinq mois n'est pas sanctionné, comme ne l'est d'ailleurs pas spécialement le délai dans lequel doit se tenir, en droit commun, l'assemblée générale ordinaire. Cela étant dit, comme il sera exposé *infra,* certains mandats sont prolongés de plein droit jusqu'à la prochaine assemblée générale, qui doit se tenir dans ce délai, de sorte qu'un dépassement du délai pourrait avoir des conséquences à cet égard.

Interdiction ? — Le texte ne constitue pas une interdiction, en soi, de tenir une assemblée générale. Le texte vise les assemblées qui, en raison de la crise, ne peuvent se tenir. Il faut donc se référer aux dispositions générales relatives aux rassemblements pour apprécier si une assemblée générale peut se tenir. Ainsi, on pourrait concevoir que dans une petite copropriété, par le biais de procurations afin de limiter la présence physique des copropriétaires, une assemblée générale ait lieu dans le respect des règles de distanciation sociale. La validité de cette assemblée générale pourrait toutefois se poser, spécialement pour les copropriétaires qui ne se seront pas rendus à celle-ci, par crainte du virus. L'hypothèse est certes aujourd'hui rare, mais les règles de confinement vont sans doute s'assouplir, de sorte que cette possibilité sera de moins en moins improbable. Dans l'attente, il faut toutefois déconseiller la tenue d'assemblée générale pour éviter ces difficultés.

Assemblées générales *régulières.* — Une autre question qui émerge est celle de la validité des assemblées générales qui se sont tenues entre le 10 mars 2020, date d'entrée en vigueur avec effet rétroactif de l'arrêté royal, et le 9 avril 2020, date de l'arrêté.

Le rapport au Roi est éclairant en ce qu'il précise que « les assemblées générales qui, depuis le 10 mars, ont encore été organisées régulièrement, gardent donc leur validité. Le présent arrêté ne vise nullement à mettre à néant les décisions de ces assemblées générales ». L'avis du Conseil d'État abonde dans le même sens[11] : « Une telle mesure ne peut aboutir à obliger les copropriétés ayant régulièrement tenu leur assemblée générale entre le 10 mars 2020 et la publication de l'arrêté en projet à tenir une nouvelle assemblée générale. Une telle rétroactivité porterait gravement atteinte à la sécurité juridique et serait, en outre, contreproductive au regard des objectifs poursuivis par l'auteur du projet en obligeant les intéressés à se réunir à nouveau ».

Il est donc clair que l'arrêté ne porte pas atteinte à la validité des assemblées générales régulièrement tenues depuis le 10 mars 2020. Nous voyons surgir deux cas de figure et deux difficultés.

Une première assemblée se tient régulièrement si, entre autres conditions[12], le double quorum requis à l'article 577-6, § 5, alinéa 2, du Code civil a été respecté. Dans ce cas, les décisions de cette assemblée générale sont acquises. Une interrogation sourd cependant : le copropriétaire absent à cette assemblée générale pourra-t-il en postuler l'annulation en raison de la pandémie ? S'il ne pourra se prévaloir de cet arrêté n° 4 pour postuler la nullité de cette assemblée générale, il nous paraît que les mesures de confinement pourront plaider pour une annulation des décisions prises en son absence, sous réserve du respect des autres conditions propres à ce recours.

11 Cet avis est publié au *Moniteur belge*, avant l'arrêté.
12 Touchant au respect du délai de convocation, à la forme de l'ordre du jour, etc.

La même question se pose avec d'autant plus d'acuité s'agissant d'une seconde assemblée générale, au sens de l'article 577-6, § 5, alinéa 3, du Code civil. En pareil cas, l'assemblée générale peut valablement délibérer, quels que soient le nombre des membres présents ou représentés et les quotes-parts de copropriété dont ils sont titulaires. À lire les commentaires de l'arrêté royal, cette assemblée générale, tenue jusqu'au 9 avril 2020, reste valable, même si la grande majorité des copropriétaires devaient ne pas y avoir pris part en raison du confinement. Cette validité nous parait donc encore plus discutable et contestable par le biais d'un recours en annulation que les absents pourraient sérieusement intenter, arguant du caractère abusif tiré par certains de la situation sanitaire.

Assemblées générales *irrégulières*. — Il faut à présent s'interroger sur le sort des assemblées générales qui, durant cette période, n'ont pu se tenir régulièrement. À notre estime, l'arrêté royal n°4 prive de tout effet ces assemblées générales, de sorte qu'elles doivent être réputées ne pas avoir eu lieu.

En conséquence, s'il s'agissait d'une première assemblée générale, qui n'a pas pu se tenir parce que le double quorum n'a pas été atteint, ou tout simplement parce que le syndic a pris l'initiative d'annuler la convocation, ce dernier devra la reconvoquer pour une date postérieure à la fin du confinement, comme si la première tentative n'avait pas existé. S'agissant d'une nouvelle première assemblée générale, il ne sera pas tenu d'envoyer le même ordre du jour que celui envoyé précédemment. L'ordre du jour pourra être actualisé, par exemple parce que d'autres besoins sont apparus dans l'intervalle et nécessitent d'être discutés.

S'il s'agissait d'une seconde assemblée générale, au sens de l'article 577-6, § 5, du Code civil, qui n'a pas pu se tenir en raison des règles de confinement et fait donc l'objet d'un report, elle devra être à nouveau convoquée à une nouvelle date fixée après le confinement. Dans ce cas, le syndic sera tenu de conserver, dans sa convocation, l'ordre du jour de la première assemblée générale.

Assemblée générale future. — *Quid* enfin des assemblées générales qui sont ou seront fixées à une date postérieure au 9 avril ? Comme dit plus haut, le texte ne les interdit pas, en soi. Il convient d'avoir égard aux règles générales relatives aux rassemblements, ce qui rend les hypothèses peu plausibles, mais pas impossibles.

Sous réserve du respect de ces règles, s'agissant d'une première assemblée générale, si le double quorum n'est pas atteint, la prudence commande de considérer qu'il s'agit d'un coup dans l'eau. Cette première tentative sera réputée ne jamais avoir eu lieu, comme décrit ci-avant.

Sous réserve du respect des règles de confinement, s'il s'agit d'une seconde assemblée générale, elle pourrait valablement délibérer, même en présence d'un seul copropriétaire. Mais cette validité serait certainement jugée abusive par les copropriétaires empêchés. Le syndic serait donc peu avisé de convoquer ou de maintenir une telle assemblée générale d'ici le 30 juin 2020.

Récapitulatif des scénarios. — Les six scénarios envisageables sont les suivants :

• première assemblée générale dont le quorum n'est pas atteint, tenue avant ou après le 9 avril : elle est réputée ne pas avoir eu lieu. Elle devra être reconvoquée, sans être une seconde assemblée générale, pour une date postérieure à la fin du confinement, avec un ordre du jour éventuellement modifié,

• première assemblée générale tenue entre le 10 mars et le 9 avril dont le quorum a été atteint : elle reste valide, sous réserve d'un recours d'un copropriétaire absent,

• première assemblée générale tenue après le 9 avril jusqu'à la fin de la période de confinement et dont le quorum a été atteint : elle ne sera valide que si elle respecte les règles de confinement, et toujours sous réserve d'un recours d'un copropriétaire absent. Cette hypothèse parait très rare et est bien entendu déconseillée.

• seconde assemblée générale tenue entre le 10 mars et le 9 avril : valide, sous réserve d'un recours d'un copropriétaire absent,

• seconde assemblée générale tenue après le 9 avril jusqu'à la fin de la période de confinement : elle ne sera valide que si elle respecte les règles de confinement, sous réserve d'un recours d'un copropriétaire absent qui pourrait valablement souligner le caractère abusif généré par la situation. Cette hypothèse est à déconseiller fortement.

Assemblée générale par vidéoconférence. — L'article 2 impose le report des assemblées générales, sans préjudice de la possibilité prévue à l'article 577-6, § 11, du Code civil. Cette disposition prévoit la possibilité de tenir une assemblée générale par écrit, pour autant que les décisions soient prises à l'unanimité et ne requièrent pas passation d'un acte authentique.

Aux termes de l'arrêté n° 4, cette faculté demeure et demeure comme telle. Son champ d'application ne se voit pas élargi en raison de la crise. Cette question s'est posée et il y a été répondu négativement : « L'organisation de l'assemblée via une conférence téléphonique ou vidéo peut faire partie de cette procédure écrite. L'unanimité, requise par la loi, est maintenue dans ce cas. Il ne serait, en effet, pas justifié que, pendant cette période de crise, les copropriétaires qui ne disposent pas d'un appui technique soient systématiquement exclus de toute participation à une assemblée générale » précise le rapport au Roi.

En d'autres termes, des copropriétaires peuvent tenir une assemblée générale par Skype (ou Zoom, etc.) mais seulement pour autant que tous les copropriétaires y participent et que les décisions adoptées le soient par tous et par écrit. Ce type d'assemblée ne peut se concevoir que pour les associations comptant peu de copropriétaires et pour des décisions ne suscitant guère de débats[13].

C. Le syndic

Mandat et contrat. — L'article 2 prévoit, en son alinéa 2, qu'en cas de report de l'assemblée générale, le mandat du syndic qui expire durant cette période, est prolongé de plein droit jusqu'à la première assemblée générale qui se tiendra après cette période, soit dans le délai de 5 mois.

L'alinéa 3 de ce même article prévoit que le contrat liant le syndic à l'association des copropriétaires est également prolongé de plein droit jusqu'à cette assemblée générale. Même si ce n'est pas précisé, il doit également s'agir des contrats qui expirent durant cette période, ou cette prolongation de plein droit ne se justifie évidemment pas. Rappelons que le contrat de syndic est de trois ans maximum[14], de sorte qu'il n'est pas systématiquement discuté lors de l'assemblée générale.

Quid du changement de syndic qui aurait été décidé à une assemblée générale

13 C. MOSTIN, *Le syndic de copropriété*, Kluwer, 2012, p. 87 ; M. WAHL, *La droit de la copropriété*, Kluwer, 2014, p. 102.
14 Article 577-8 § 1er, alinéa 4, du Code civil.

précédente et qui doit opérer durant cette période de confinement ? Est-il reporté à la prochaine assemblée générale ? Tel ne semble pas être le cas, dans la mesure où la décision est acquise et ne dépend pas de l'assemblée générale à venir[15]. Il n'y a donc pas, dans ce cas de figure, de vide juridique que l'arrêté royal viendrait combler.

Mission. — L'article 2, alinéa 3, de l'arrêté prévoit que durant la prolongation de son mandat, le syndic exerce ses compétences conformément aux décisions de la dernière assemblée générale et en conformité avec le budget approuvé par cette assemblée.

La première précision nous paraît superflue : la mission du syndic ne se trouve pas modifiée par la crise. Le rapport au Roi énonce que « Le syndic reste donc habilité, durant cette période, à remplir toutes ses tâches en tant que syndic. Il doit respecter autant que possible les consignes de sécurité en vigueur. Il pourra toutefois encore toujours se déplacer, par exemple pour faire exécuter des travaux urgents, si nécessaire. Toutes les dispositions contractuelles, en ce compris la rémunération qui devra être déterminée de manière proportionnelle, restent d'application »[16].

Quant au budget, si le report de l'assemblée générale a pour effet d'entamer un nouvel exercice, le syndic devra exécuter ses missions sur la base du dernier budget voté. Ce dernier sera « provisoirement réputé être égal au budget pour le fonds de roulement de l'exercice précédent »[17]. Le syndic sera aussi habilité à réclamer les appels de fonds sur la base de ce budget et pourra le cas échéant agir en justice en vue de leur recouvrement.

Révocation et syndic provisoire. — La rapport au Roi prescrit que toutes les dispositions impératives de la loi restent d'application. Il en est ainsi, entre autres, de la faculté de révoquer le syndic ou de solliciter en justice la désignation d'un syndic provisoire. Rappelons que seule l'assemblée générale peut révoquer le syndic[18], ce qui rend la chose peu aisée en cette période. Ensuite, en l'absence de syndic, une requête en désignation d'un syndic provisoire peut être déposée au greffe[19]. Si les juridictions tournent au ralenti, les procédures unilatérales fonctionnent, cette hypothèse est donc envisageable.

D. Les autres prolongations

Le conseil de copropriété. — L'article 2, alinéa 2, de cet arrêté royal n° 4 prévoit également la prolongation des mandats des membres du conseil de copropriété qui expirent durant la période de confinement. Cette précision n'avait pas lieu d'être à notre estime. En effet, les membres du conseil de copropriété sont élus par l'assemblée générale pour un mandat *qui dure jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire*[20]. Le mandat des membres du conseil de copropriété ne peut donc expirer durant la période de confinement, mais s'étend jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivante en toute hypothèse.

La délégation de compétence. — L'assemblée générale peut, à la majorité des deux-tiers, confier une mission ou une délégation de compétence au conseil de

15 C. MOSTIN, *L'incidence des mesures prises par l'arrêté royal n° 4 du 9 avril 2020 sur la gestion des associations de copropriétaires*, Coronavirus, Tribune n° 171, Avocats.be.
16 Rapport au Roi.
17 Rapport au Roi.
18 Article 577-7, § 6, du Code civil.
19 Sur la base de l'article 577-8, § 1er, alinéa 1er, du Code civil.
20 Article 577-8/1, § 3, du Code civil.

copropriété, pour une durée d'une année seulement[21]. Le dernier alinéa de l'article 2 de l'arrêté royal prescrit que cette durée est également prolongée jusqu'à la prochaine assemblée générale. S'agissant en l'espèce d'une durée précise (un an maximum), cette précision était opportune. «À défaut, un vide risque de se produire. Si ce n'était pas le cas, la continuité des associations dans lesquelles une délégation de compétence a été donnée à ce conseil de copropriété pourrait être menacée»[22].

3 QUANT AUX PROCÉDURES

Arrêté royal n° 2. — Cet arrêté porte sur *la prolongation des délais de prescription et autres délais pour ester en justice*. Dans la mesure où il concerne aussi la copropriété, nous souhaitons en dire un mot.

L'article 1er de cet arrêté n° 2, tel que modifié par l'arrêté du 28 avril 2020, prévoit que *les délais de prescription et les autres délais pour introduire une demande en justice* auprès d'une juridiction civile qui expire à partir du 9 avril 2020 jusqu'au 17 mai 2020 inclus, *sont prolongés de plein droit d'une durée d'un mois à l'issue de cette période prolongée le cas échéant*. Cette date du 17 mai est en effet encore susceptible d'être reportée.

Délai de prescription. — Les délais de prescription relatifs aux charges de copropriété, par exemple, sont donc suspendus à partir du 9 avril 2020 et jusqu'au 17 juin 2020 (à ce jour, cette date pouvant encore être reportée).

Action en annulation.— L'article 577-9, § 2 du Code civil, autorise tout copropriétaire à solliciter du juge de paix l'annulation d'une décision d'assemblée générale. Cette action doit être intentée dans un délai de quatre mois à dater de l'assemblée générale litigieuse.

Ce délai n'est pas un délai de prescription, mais un délai préfix, prévu à peine de forclusion[23]. L'article 1er susvisé vise toutefois également les autres délais pour agir en justice, de sorte que l'action en annulation nous parait entrer dans le champ d'application de cette disposition.

En conséquence, l'action en annulation d'une AG qui devait être intentée pour le 9 avril au plus tard, peut encore être diligentée durant un mois à compter du 17 mai, soit jusqu'au 17 juin. Il sera donc toujours possible d'attaquer en annulation, le 17 juin prochain, des décisions d'assemblée générale tenue depuis le lundi 9 décembre 2019 inclus[24].

Vincent DEFRAITEUR
Avocat au barreau de Bruxelles,
Assistant en droit des biens à l'ULB
et à Saint-Louis - Bruxelles

© Extrait du Journal des tribunaux n° 6814 du 9 mai 2020, p. 358-360.

21 Article 577-8/1, § 4, du Code civil.
22 Rapport au Roi.
23 C. MOSTIN, Le *syndic de copropriété*, Kluwer, 2013, p. 15.
24 Le calcul du délai s'effectue conformément au Code judiciaire, soit à partir du lendemain du jour de l'événement (soit, en l'espèce, l'assemblée générale) et le délai établi en mois se compte de quantième à veille de quantième. L'AG du 9 décembre 2019 devait donc être attaquée, au plus tard, le 9 avril 2020.

LA PROCÉDURE CIVILE EN PÉRIODE DE COVID-19

Commentaires et analyses de l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020

La loi du 27 mars 2020[1], dite loi « de pouvoirs spéciaux », a habilité le gouvernement à prendre des mesures de lutte contre la propagation du virus COVID-19, notamment en matière de Justice. À ce jour, plusieurs arrêtés royaux ont été adoptés dans le cadre de cette habilitation, dont l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020 « concernant la prorogation des délais de prescription et les autres délais pour ester en justice ainsi que la prorogation des délais de procédure et la procédure écrite devant les tribunaux » (désigné ci-après : « l'arrêté royal n° 2 »)[2].

Alors en projet, cet arrêté royal a essuyé de vives critiques, dont les nôtres[3]. L'heure n'est plus à la polémique[4]. Tentons d'appréhender les rouages de ce régime de crise[5] de manière rigoureuse, pragmatique et constructive.

1 À QUELLES PROCÉDURES S'APPLIQUE L'ARRÊTÉ ROYAL N° 2 ?

Les règles prévues par l'arrêté royal n° 2 s'appliquent exclusivement aux affaires portées devant les cours et tribunaux en matière civile et commerciale, à l'exclusion donc :

- des procédures devant le Conseil d'État ;
- des procédures devant les juridictions administratives ;
- des procédures devant le Conseil du contentieux des étrangers ;
- des procédures pénales (sauf en ce qui concerne les intérêts civils) ;
- des procédures disciplinaires.

2 QUELS SONT LES OBJECTIFS VISÉS PAR L'ARRÊTÉ ROYAL N° 2 ?

L'arrêté royal n° 2 poursuit essentiellement deux objectifs : proroger les délais qui arrivent à échéance en cours de confinement et régler le sort des procédures fixées pour plaidoiries durant cette même période.

La prorogation des délais vise à neutraliser tout débat quant à la question de savoir si la crise sanitaire que nous traversons peut, selon les cas, constituer ou

1 *M.B.*, 30 mars, p. 22054.
2 *M.B.*, 9 avril, p. 25727. L'arrêté royal n° 3, daté du même jour, est relatif à la procédure pénale et à l'exécution des peines, tandis que l'arrêté n° 4, daté du même jour également, porte sur la matière de la copropriété ainsi que de celle du droit des sociétés et des associations.
3 F. GEORGES, A. HOC, R. JAFFERALI, D. MOUGENOT et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La suspension généralisée des délais de procédure : un danger pour la démocratie », *La Libre Belgique*, 27 mars 2020, https:// www.lalibre.be/debats/opinions/lasuspension- generalisee-des-delaisde- procedure-un-danger-pour-la-democratie-5e7e15b79978e228414236fa.
4 Dans le même sens que notre approche, B. MAES, C. IDOMON et M. BAETENS-SPETSCHINSKY, « L'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020. Commentaire », *J.J.P.*, 2020, pp. 170- 179. Comp. la résistance développée par P. THIRIAR, « L'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 2 », https://mediaexp1. licdn.com/dms/document/C4D1FAQEjnxBBQFJM4g/feedsharedocument- pdf-analyzed/ 0?e=1587366000&v=beta& t=NjNP6Cx6x9S_uV-GG7jsDpplAkQvAe1M5vJFBqHpHOc (20 avril 2020).
5 Pour un premier survol des réactions adoptées par nos législateurs voisins, voy. par exemple (au sujet des ordonnances françaises nos 2020-304 et 2020-306), P. GIRAUD, « Restez confinés, les délais sont prolongés », *Gaz. Pal.*, 7 avril 2020, n° 14, pp. 1 et s., ainsi, pour les Pays-Bas, que B.T.M. VAN DER WIEL et L.V. VAN GARDINGEN, « De coronacrisis en termijnen in de civiele rechtspleging », https:// www.houthoff.com//media/Houthoff/ Publications/bvanderwiel/Decoronacrisis- en-termijnen-in-de-civiele-rechtspleging-BvdWiel- LvGardingen.pdf?la=en&hash=D77 A638DEFC5FE8A4582B5A71C12D5A70D4E4038&hash=D77A638DEFC5FE8A4582B5A71C12D5A70D4E 4038 (9 avril 2020).

non un cas de force majeure[6], et plus encore à éviter que les délais n'expirent brutalement à la fin du confinement, c'est-à dire dès l'instant où la force majeure cesserait d'exister.

Le sort des audiences déjà fixées pour plaidoiries en cours de confinement suppose également d'être réglé, puisqu'il convient de concilier la nécessaire continuité de la justice et le respect des mesures dites de « distanciation sociale » imposées par la crise sanitaire. Pour répondre à cette double exigence, le gouvernement a fait le choix de principe de généraliser la procédure écrite pendant la durée du confinement, sans égard aux spécificités des contentieux et des juridictions qui en connaissent.

3 QUELS SONT LES DÉLAIS QUI BÉNÉFICIENT DE LA PROROGATION ?

L'article 1er, § 1er, de l'arrêté royal n° 2 désigne « les délais de prescription et les autres délais pour introduire une demande en justice auprès d'une juridiction civile qui expirent à partir de la date de publication de cet arrêté jusqu'au 3 mai inclus ».

Sont donc visés les délais de prescription extinctive, dont l'interruption est régie par l'article 2244 du Code civil. Le régime de crise s'étend aux délais dits « préfix », comme le délai prévu pour l'action en révision d'un loyer (article 6, alinéa 3, L. 1951 sur les baux commerciaux), le délai de dix ans pour engager la responsabilité de l'entrepreneur ou de l'architecte du fait des vices de la construction ou des vices du sol (articles 1792 et 2270 C. civ.), ou le délai de deux ans pour agir en rescision de la vente pour lésion (article 1676 C. civ.), parmi de nombreux autres exemples[7].

L'article 1, § 2, de l'arrêté royal n° 2 vise par ailleurs « les délais de procédure ou pour exercer une voie de recours » expirant entre le 9 avril 2020 et le 3 mai 2020 inclus et « dont l'expiration entraîne ou pourrait entraîner la déchéance ou toute autre sanction si l'acte n'est pas accompli en temps utile ».

Il s'agit ici tant des délais pour introduire un recours, au sens de l'article 21 du Code judiciaire, tels que le délai d'appel, d'opposition, de pourvoi en cassation, de tierce opposition (etc.), que des autres délais de procédure, tels les délais de mise en état, dont le non-respect entraîne une sanction, quelle qu'elle soit (voy. *infra*, question n° 4).

Dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un délai de prescription ou d'un délai préfix, d'une part, ou d'un délai de recours ou de procédure, d'autre part, la prorogation ne bénéficie qu'aux délais qui expirent entre le 9 avril 2020 (date de publication de l'arrêté royal n° 2) et le 3 mai 2020 inclus (date déjà reportée au 17 mai 2020 pour les délais visés au § 1 de l'article 1, suite à un arrêté royal du 28 avril 2020, voy. *infra,* question 5).

Ne sont donc pas concernés les délais qui auraient expiré avant le 9 avril — quand bien même le confinement avait déjà été décrété à cette date — ni les délais qui arriveraient normalement à échéance juste après la fin du confinement. En ces hypothèses, l'invocation de la force majeure reste cependant possible, selon les conditions du droit commun.

6 Contra, à tort selon nous, P. THIRIAR, « L'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 2 », *op. cit.*, n° 2 *in fine* et n° 3, qui soutient que les prolongations de délais instaurées par l'arrêté royal ne s'appliquerait pas aux situations de vraie force majeure. Imagine-t-on un instant qu'un justiciable s'évertue à prouver un fait qui est déjà irréfragablement présumé ?

7 A. DECROËS, « Les délais préfix (ou de forclusion) », *J.T.*, 2007, pp. 871-874 ; *adde* M.-P. NOËL, « Les délais préfix », *in La prescription extinctive*, Bruxelles-Paris, Bruylant- L.G.D.J., 2010, p. 130.

4 QU'ENTEND-ON PAR « DÉLAI DE PROCÉDURE DONT L'EXPIRATION ENTRAÎNE OU POURRAIT ENTRAÎNER LA DÉCHÉANCE OU TOUTE AUTRE SANCTION » ?

L'article 1er, § 2, de l'arrêté royal n° 2 vise les délais de procédure « dont l'expiration entraîne ou pourrait entraîner la déchéance ou toute autre sanction si l'acte n'est pas accompli en temps utile ». La formule est englobante et comprend donc tant les délais prévus à peine de déchéance (article 860, alinéas 2 et 3, C. jud.) que les délais autrement sanctionnés, qu'il s'agisse de la nullité (article 860, alinéa 1x, C. jud.), de l'écartement d'office (articles 740 et s. C. jud.) ou encore de certaines formes d' « irrecevabilité » prétorienne.

Les délais sanctionnés à peine de déchéance sont essentiellement les délais de recours (article 860, alinéa 2, C. jud.), même si d'autres délais peuvent être comminés de la même sanction (article 860, alinéa 3), en particulier en matière de saisies[8]. Ils sont donc également visés.

Bien que cela soit beaucoup plus rare, l'échéance du terme d'un délai de procédure peut parfois être sanctionnée par la nullité de l'acte accompli tardivement, notamment, et à nouveau, en matière de saisies[9]. Ces délais sont également visés par l'article 1er, § 2, de l'arrêté royal n° 2.

Plus fréquente est la sanction consistant en l'écartement d'office des conclusions et pièces déposées tardivement (articles 740 et 748, § 1er, C. jud.). Ces délais sont également visés par la prorogation : il peut en résulter un « effet accordéon » sur les délais subséquents, ce dont l'arrêté royal tient compte (voy. *infra*, question n° 6).

Enfin, d'autres délais ne sont, en théorie, assortis par la loi d'aucune sanction directe : c'est ce qu'on appelle des « délais d'ordre », comme par exemple le délai imparti à l'expert pour rendre son rapport (article 972, § 2). Toutefois, la jurisprudence a parfois considéré que certains actes accomplis hors délais, bien que non sanctionnés par la loi, devaient toutefois être considérés comme « irrecevables ». Ainsi par exemple de la requête en enquête contraire qui serait introduite plus de trente jours après l'envoi du procès-verbal d'enquête directe (article 921, alinéa 2, C. jud.), qui, selon un enseignement chahuté de la Cour de cassation, serait irrecevable[10]. Ainsi encore, selon une jurisprudence cette fois bien établie[11], de la requête en octroi de nouveaux délais pour conclure introduite moins de trente jours avant l'audience fixée pour plaidoiries (article 748, § 2, C. jud.). Quoiqu'ils le soient de façon prétorienne, les délais en question sont bien assortis d'une sanction, et tombent donc également sous le champ d'application de l'article 1, § 2, de l'arrêté royal n° 2.

En bref, chaque fois que le juge, l'expert ou le notaire en matière de liquidation-partage (art. 1220, C., jud.)[12], apercevra une sanction (légale ou prétorienne) attachée au non-respect d'un délai de procédure échu durant la période de confinement, il devra y appliquer le régime de crise.

---

8 Voy. notamment les articles 1408, § 3, du Code judiciaire ; 1411*quater*, § 2, 4) et 5), du Code judiciaire ; 1412*bis*, § 4, C. jud. ; 1437 C. jud. ; 1526*bis* du Code judiciaire ; 1555 du Code judiciaire ; 1557 du Code judiciaire ; 1583 du Code judiciaire ; 1622 du Code judiciaire ; 1661 du Code judiciaire.

9 Voy. notamment les articles 1411*quater*, § 2, 1) et 2) ; 1550 du Code judiciaire ; 1566 du Code judiciaire ; 1582, C. jud. ; 1662 du Code judiciaire.

10 Cass., 8 février 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 674. Rappr. Gent, 7 mars 2016, *R.W.*, 2017-2018, p. 985 (à propos du délai de 8 jours pour récuser l'expert, article 970, alinéa 2, C. jud.).

11 P. MOREAU, « L'instruction contradictoire », *in* G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. II, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 387, et les références citées en note (1588). *Contra*, l'opinion isolée de P. THIRIAR, « L'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 2 », *op. cit.*, n° 3.

12 Voy. notamment l'article 976, alinéas 1er et 2, du Code judiciaire, qui confie à l'expert le soin de fixer un délai d'au moins quinze jours aux parties pour formuler leurs observations quant à son avis provisoire, et lui imposant de ne pas tenir compte des observations formulées tardivement.

5 DE COMBIEN DE TEMPS SONT PROROGÉS LES DÉLAIS VISÉS PAR L'ARRÊTÉ ROYAL N° 2 ?

L'article 1er, § 1er de l'arrêté royal n° 2 prévoit que les délais de prescription et les délais préfix auxquels il s'applique sont prorogés de plein droit d'une durée d'un mois à compter du (« après le ») 3 mai 2020 (date qui était la date provisoire de la fin du confinement), soit jusqu'au 3 juin 2020 inclus.

L'article 1er, § 2, prévoit une règle identique pour les délais de recours et les délais de procédure tombant sous le champ d'application de l'arrêté royal (voy. *supra,* questions nos 3 et 4), lesquels sont également prorogés de plein droit d'une durée d'un mois à compter du 3 mai 2020 (date provisoire de la fin du confinement), soit, à l'heure actuelle, jusqu'au 3 juin 2020 inclus. S'agissant des délais de procédure, cette prolongation peut entraîner un « effet accordéon » sur les délais subséquents, ce dont l'arrêté royal tient compte (voy. *infra*, question n° 6).

L'article 1er, § 1er, de l'arrêté royal n° 2 prévoit explicitement que la date de fin de la période de prorogation est susceptible d'être adaptée par le Roi. Par un arrêté royal du 28 avril 2020 (*M.B.*, 28 avril 2020, p. 29444), cette éventualité a été mise en œuvre, le Roi ayant décidé que, dans l'article 1er, § 1er, de l'arrêté royal n° 2, les mots « 3 mai 2020 » sont remplacés par les mots « 17 mai 2020 », mais « exclusivement pour ce qui concerne l'application du § 1er ». Cette dernière restriction indique que seule l'application du § 1er de l'article 1er de l'arrêté royal n° 2 est impactée par le rallongement du délai, à l'exclusion du § 2 de l'article 1er, quand bien même ce dernier renvoie à la « période visée au paragraphe 1er ». Si le Roi avait voulu que la prorogation porte également sur les délais visés au § 2, il n'aurait pas introduit une telle réserve. Il en découle que le rallongement de la période de prorogation au 17 mai 2020 ne vise que les délais de prescription et les autres délais pour introduire une demande en justice. Cette conclusion est, du reste, explicitement confirmée par le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 28 avril 2020.

6 COMMENT SERONT RÉÉCHELONNÉS LES DÉLAIS DE MISE EN ÉTAT QUI SUIVENT CEUX PROROGÉS DE PLEIN DROIT DURANT LA PÉRIODE DE CONFINEMENT ?

L'article 1er, § 2, alinéa 2 de l'arrêté royal n° 2 prévoit que, si un délai est prorogé de plein droit conformément au § 1er, l'échéance des délais qui suivent est également adaptée de plein droit et est donc postposée d'une durée équivalente, selon une forme d' « effet accordéon ».

Ces délais subséquents ne sont donc pas prolongés ; ils sont déplacés d'une durée strictement équivalente à celle de la prolongation du premier délai. Cette disposition s'applique aux délais de mise en état, ou, pour le dire autrement, aux délais pour conclure et communiquer les pièces visés à l'article 747 du Code judiciaire.

Concrètement, cela signifie que, même si un délai de conclusions expire après la fin du confinement (soit, à l'heure actuelle, après le 3 mai 2020), l'échéance en sera reportée pour une durée équivalente à celle dont a bénéficié le précédent délai pour conclure et dont l'échéance — survenue entre le 9 avril et le 3 mai 2020 — a de plein droit été reportée jusqu'au 3 juin 2020.

Prenons un premier exemple : Primus devait conclure initialement pour le 20 avril 2020, et Secundus pour le 20 mai 2020. Primus bénéficiera, de plein droit, d'un report de son délai pour conclure au 3 juin inclus. Au total, il aura donc bénéficié de 44 jours supplémentaires par rapport à son délai initial. Il serait absurde d'exiger de Secundus qu'il conclue, comme initialement prévu, pour le 20 mai : bien que son

délai pour conclure n'expire pas pendant la période de confinement, il bénéficiera donc d'un report d'une durée strictement équivalente à celle dont a bénéficié Primus, soit 44 jours, à compter de son délai initial du 20 mai. Secundus aura donc jusqu'au 3 juillet 2020 inclus pour conclure.

Prenons garde cependant de conclure trop hâtivement qu'il suffira, en réalité, de reporter de quantième à quantième les délais pour conclure — à la manière de ce qui se fait habituellement pour calculer les délais de recours.

Il faut en effet garder à l'esprit non seulement que les délais se comptent ici en jours, et non en mois (l'article 54 du Code judiciaire est donc, de facto, inapplicable), mais qu'au surplus, les règles de computation classiques prévues aux articles 52, alinéa 1er, 53, 54 et 55[13] du Code judiciaire continuent à s'appliquer comme le prévoit d'ailleurs l'article 1er, § 2, alinéa 4, de l'arrêté royal n° 2. Cela vaut en particulier pour les articles 52 et 53, qui disposent que, pour les délais calculés en jours, le délai commence à courir à partir du lendemain du point de départ et court jusqu'au jour d'échéance inclus, le cas échéant reporté jusqu'au plus prochain jour ouvrable.

7 QU'ADVIENT-IL DES AUDIENCES FIXÉES MOINS D'UN MOIS APRÈS LE DERNIER DÉLAI POUR CONCLURE ?

En temps normal, un délai de trente jours au moins doit en principe s'écouler entre le dernier délai pour conclure et l'audience de plaidoiries, même si les parties sont autorisées à accepter un délai plus court par souci de célérité. Cette exigence vise à préserver l'effet utile de l'article 748, § 2, du Code judiciaire, qui réserve la possibilité, pour la partie qui ne disposerait en principe plus du droit de conclure, de solliciter du tribunal de nouveaux délais pour conclure en raison de la découverte d'un fait nouveau et pertinent, pour autant qu'elle en formule la demande au plus tard trente jours avant l'audience de plaidoiries.

En raison de la prorogation des délais prévue par l'arrêté royal n° 2, il sera cependant fréquent que le dernier délai pour conclure expire moins de trente jours avant la date d'audience initialement prévue. En pareille hypothèse, et dans le même souci de conserver à la partie qui le souhaiterait la faculté de solliciter de nouveaux délais pour conclure, l'article 1er, § 2, alinéa 3, de l'arrêté royal n° 2 prévoit que l'audience initialement prévue sera remise de plein droit « à la première audience disponible » après l'expiration d'un délai d'un mois à compter du dernier délai pour conclure, tel que recalculé. Ce système, même s'il se comprend bien, ne sera pas sans poser un véritable défi logistique aux greffes (voy. *infra*, question n° 10). Sans compter, bien sûr, que l'euphémisme de la « première audience disponible » équivaudra, en certains endroits de la carte judiciaire, aux calendes grecques…

Imaginons que Primus devait déposer ses conclusions de synthèse pour le 20 avril, et Secundus pour le 4 mai. Après prorogation des délais, les nouveaux délais pour conclure deviennent respectivement le 3 juin pour Primus, et le 17 juin pour Secundus. Si l'audience de plaidoiries était initialement prévue le mercredi 24 juin, celle-ci sera remise de plein droit à la première audience disponible après

13 L'application de cet article 55 suscite la discussion (*cfr* B. MAES, C. IDOMON et M. BAETENSSPETSCHINSKY, « L'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020. Commentaire », *J.J.P.*, 2020, pp. 170-179). Deux choses paraissent certaines. Tout d'abord, l'article 55 ne s'applique, selon ses propres termes, que lorsque la loi prévoit expressément son application (exemple : les délais de recours ; contre-exemple : les délais de conclusions). Il est ensuite certain que l'article 55 s'applique en tout cas à la computation de la prolongation elle-même. Pour le surplus, les délais sujets à éventuelle prorogation sont calculés conformément au droit commun, c'est-à-dire les articles 52 et suivants.

l'expiration d'un délai d'un mois à compter du 17 juin, soit au plus tôt le 17 juillet. Compte tenu des vacances judiciaires, qui débuteront le 1er juillet pour se terminer le 31 août 2020, la première date utile pour la remise de l'audience de plaidoirie sera, dans notre exemple, le 1er septembre 2020.

8 LES PARTIES PEUVENT-ELLES MALGRÉ TOUT MAINTENIR LES DÉLAIS DE MISE EN ÉTAT INITIAUX ET/OU LA DATE D'AUDIENCE INITIALE ?

La prorogation de plein droit des délais pour conclure tend à fournir une protection « forfaitaire » à la partie qui éprouverait des difficultés en raison de la crise sanitaire, sans exiger d'elle qu'elle doive rapporter la preuve de l'existence d'un cas de force majeure, ni exiger des juges, et encore moins des experts judiciaires (voy. *supra*, question n° 4), qu'ils arbitrent les nombreuses contestations qui pourraient surgir à cette occasion, ce qui ne manquerait pas d'être chronophage et d'alimenter l'insécurité juridique[14].

Rien n'empêche toutefois les parties de maintenir le calendrier de mise en état initial, si telle est leur volonté commune[15]. Les délais qui jalonnent la mise en état ne relèvent en effet pas de l'ordre public, le principe dispositif étant maître en la matière. C'est ce qui explique notamment que le juge ne puisse pas écarter d'office les conclusions ou pièces déposées tardivement si l'autre partie marque son accord avec le maintien de celles-ci. C'est ce qui explique aussi que l'article 747, §1er autorise expressément les parties à « convenir entre elles de délais pour conclure à l'audience introductive et à chaque audience ultérieure » et, de manière plus frappante encore, que l'article 747, § 4, tel que modifié par la loi « Pot-pourri VI », prévoie « la possibilité pour les parties de modifier de commun accord les délais pour conclure convenus entre eux [sic] ou le calendrier de procédure arrêté par le juge ». L'arrêté royal ne prévoit aucune dérogation explicite à ces principes, et le rapport au Roi laisse même entendre qu'ils trouvent ici à s'appliquer[16].

Le même raisonnement vaut pour l'audience de plaidoiries : les parties pourraient se mettre d'accord pour conserver la date initialement fixée, même si celle-ci, par le jeu de la prorogation des délais, tombe finalement moins d'un mois avant le dernier délai pour conclure (voy. *supra,* question n° 7). En bien des cas, pareils accords permettront d'éviter que la mise en état ne soit paralysée pendant la durée du confinement, et surtout que l'audience de plaidoiries ne soit reportée à longue échéance après la fin de celle-ci.

Pareils accords supposent néanmoins d'être dûment portés à la connaissance du tribunal : aussi est-il au premier chef de la responsabilité des parties — même si le siège ou le greffe peut les y inviter — d'avertir celui-ci de leur volonté commune de maintenir les délais initiaux et/ou la date d'audience initiale, dans l'hypothèse où elle tomberait moins d'un mois après le dernier délai reporté.

Dans le même ordre d'idées que ces accords, on pourrait également concevoir que la partie jouissant du dernier délai de conclusions amenant au report de l'audience renonce unilatéralement à son dernier tour aux fins, précisément, de préserver le délai de 30 jours précédant l'audience, et surtout de maintenir

14 Rapport au Roi, *M.B.*, 9 avril 2020, p. 25727.
15 Dans notre sens, voy. également, P.THIRIAR, « L'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 2 », *op. cit.*, n° 4.
16 *Ibidem,* p. 25729, et en particulier les passages suivants : « Cela n'empêche bien entendu pas qu'une fois la crise derrière nous, les personnes concernées, notamment les avocats, peuvent se mettre d'accord sur les nouvelles échéances et dès lors convenir à l'amiable d'un calendrier contraignant "recalculé" (...) D'autre part, il va de soi que l'intention est de respecter le plus que possible les délais impartis. Pour arriver à cela, il est fait appel au professionnalisme de chacun ».

la tenue de cette audience. Cette partie avertira de sa décision le greffe et son adversaire, et ce dernier serait particulièrement déloyal de solliciter le report de la fixation initiale.

Toujours dans le même registre — celui de la loyauté procédurale — on se demande si le bénéfice du mécanisme du report de l'audience qui se retrouve fixée moins d'un mois après l'expiration du dernier délai n'est pas illégitime dans le chef de parties qui, *in tempore non suspecto,* ont renoncé au bénéfice de l'article 748, § 2, du Code judiciaire[17]. Dans ce cas, fréquent en pratique, la loyauté ne commanderait- elle pas que les parties prennent conjointement l'initiative de contacter le greffe aux fins de signaler leur intention commune de maintenir la fixation initiale ?

9 LE TRIBUNAL PEUT-IL AUTORISER LE MAINTIEN DES DÉLAIS INITIAUX EN CAS D'URGENCE ?

Comme on l'a dit (voy. *supra,* question n° 8), les parties peuvent convenir de maintenir les délais initiaux et donc de renoncer à la prorogation des délais prévue par l'arrêté royal n° 2. Cette option suppose néanmoins, on y insiste, qu'un accord entre parties intervienne sur ce point. Pareil accord ne sera pas toujours envisageable puisque, d'une manière générale, une partie (le plus souvent, le demandeur originaire) aura plutôt intérêt à ce que l'affaire soit jugée rapidement, tandis que l'autre (le plus souvent, le défendeur originaire), visera plutôt l'objectif inverse et verra donc d'un bon oeil que les délais de mise en état soient prorogés de plein droit. Pareille paralysie devient cependant intolérable lorsque la cause est urgente.

C'est la raison pour laquelle l'article 1er, § 3, de l'arrêté royal n° 2 autorise le tribunal à exclure la prorogation des délais de mise en état lorsqu'une partie lui en fait la demande motivée, en alléguant l' « urgence » et un « péril dans le retard ». Cette demande doit en principe être formulée par écrit auprès du tribunal et communiquée en même temps aux autres parties. Aucune forme particulière n'est exigée, si bien qu'une simple lettre, voire un simple courrier électronique (pourvu qu'on se ménage la preuve de son envoi et de sa réception), feront l'affaire.

Les autres parties disposent alors — à compter de la réception du courrier précité — d'un délai de 8 jours pour faire valoir leurs observations écrites (à nouveau soit par pli simple, soit par courrier électronique), après quoi le tribunal statue immédiatement sur pièces et informe les parties par simple lettre : ici, cette exigence de forme est requise même si, pour des raisons de célérité, rien n'empêche le tribunal de doubler son courrier postal d'un courrier électronique[18]. De manière sibylline, l'article 1er, § 3, laisse cependant entendre que la demande pourrait également être formulée « oralement à l'audience »[19]. L'on n'aperçoit pas, à vrai dire, à quelle audience il est ici fait référence, puisque la disposition règle précisément l'hypothèse où l'affaire serait en cours de mise en état pendant la durée du confinement. Cela pourrait être une audience fixée pour régler une demande provisoire, sur la base de l'article 19, alinéa 3, que l'une des parties

17 Et que cette renonciation a été actée, ce qui permet d'en rapporter la preuve.
18 Statuant sur pareille demande, le juge dispose selon nous — à l'instar du juge statuant sur l'article 747, § 2 — d'une large marge d'appréciation, son choix ne se limitant pas à une simple alternative entre le maintien des délais initiaux ou la prorogation du premier d'entre eux jusqu'au 3 juin inclus : il pourrait aussi opter pour une solution intermédiaire en fixant un calendrier aux échéances plus resserrées, en fonction de l'urgence et de ses disponibilités.
19 Cette audience pourrait éventuellement se tenir par vidéoconférence, dont l'arrêté royal consacre la légalité.

pourrait utiliser pour tenter de régler l'incident relatif à la mise en état[20]. Toujours est-il que l'arrêté royal n° 2 dispense dans ce cas le juge de communiquer sa décision par pli simple, l'autorisant implicitement à prononcer sa décision «sur les bancs», soit directement à l'issue de cette (improbable) audience. On peut faire ici une analogie avec les décisions fondées sur l'article 735 du Code judiciaire par lesquelles le juge accepte ou non, de manière informelle, la prise de l'affaire en débats succincts.

Qu'elle soit formulée par écrit ou oralement, l'arrêté royal n° 2 précise que cette décision n'est en toute hypothèse pas susceptible de recours, ce qui cohérent avec le régime des autres décisions relatives aux délais de mise en état, qui sont considérées comme de simples mesures d'ordre.

10 COMMENT REFIXER LES AUDIENCES DE MANIÈRE RATIONNELLE?

L'exigence de maintenir, en principe, un délai d'au moins un mois entre le dernier délai pour conclure (tel que prorogé) et l'audience de plaidoiries va immanquablement entraîner la nécessité de refixer de très nombreuses affaires. L'ampleur de la tâche qui incombera aux greffes relève de la gageure, d'autant que ceux-ci tournent aujourd'hui en effectifs réduits, précisément en raison du confinement.

Sans que cette solution ne constitue la panacée, l'on pourrait conseiller aux greffes de travailler «à rebours» pour relever ce véritable défi logistique. Concrètement, cela signifie qu'il faudrait d'abord identifier les audiences initialement prévues les plus éloignées qui devront être reportées, pour ensuite reporter aux dates ainsi libérées les audiences initialement prévues les mois qui précèdent — ce qui évite, autant que faire se peut, une remise à (très) longue échéance. Par ailleurs, si des audiences blanches devaient persister malgré ce fastidieux travail de reprogrammation, rien n'empêcherait d'y «recaser» par anticipation des affaires en état fixées à date plus lointaine[21].

11 QU'ADVIENT-IL DES AUDIENCES FIXÉES DURANT LA PÉRIODE DE CONFINEMENT?

L'article 2, § 1er, de l'arrêté royal n° 2 prévoit que toutes les causes qui sont fixées pour être entendues à une audience qui a lieu à partir du 11 avril (*de facto*, 14 avril en raison du week-end pascal) jusqu'au 3 juin inclus, et pour lesquelles les parties ont remis des conclusions, sont de plein droit prises en délibéré sans plaidoiries, sur la seule base des conclusions et pièces communiquées. Cette date a déjà été reportée au 17 juin 2020, en application de l'arrêté royal du 28 avril 2020 précité (voy. *supra,* question 5).

Cela signifie que, pour les affaires tombant sous le champ d'application de cette règle (voy. *infra,* question n° 12), le juge rendra en principe sa décision sur la base du seul dossier de procédure et sans entendre les explications orales des parties, selon une formule sui generis qui s'inspire de la procédure écrite prévue à l'article 755 du Code judiciaire, dont elle n'épouse pas parfaitement le régime.

Il y a lieu en effet de rappeler que le recours à la «vraie» procédure écrite n'est possible que de l'accord unanime des parties, qui s'entendent dès le départ pour

20 Encore faudrait-il que cette audience se tienne effectivement, pour qu'une partie puisse y formuler une demande verbale. Elle pourrait toutefois avoir lieu par vidéoconférence.
21 Cass., 3 septembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2192.

ne pas plaider[22] — ce qui n'est pas le cas de la procédure instaurée par l'arrêté royal n° 2. Dans le cadre de la «vraie» procédure écrite, l'affaire est donc prise directement en délibéré à l'issue de la mise en état, sans qu'aucune audience ne soit fixée. Dans l'hypothèse visée par l'arrêté royal n° 2 , une audience a bien été fixée pour plaider mais c'est le contexte — accidentel — de la pandémie qui contraint à rechercher une autre solution pour permettre la prise en délibéré sans obliger les parties à enfreindre les règles du confinement en se rendant au prétoire. Il s'agit donc bien ici d'une prise en délibéré sans débats, plutôt que d'une véritable procédure écrite. Le régime de l'arrêté royal n° 2 est donc hybride : il emprunte partiellement aux règles de l'article 755 et en ajoute d'autres, qui sont propres au contexte particulier de cette période. Mais assez curieusement, l'arrêté royal n° 2, sur une suggestion absconse du Conseil d'État, précise que les parties peuvent «à tout moment» opter pour la procédure écrite prévue à l'article 755 (article 2, § 2, alinéa 1). On ne comprend pas bien l'utilité de cette allusion, le recours à la procédure écrite classique supposant un choix des parties qui aurait dû intervenir bien plus tôt dans la procédure. Il reste que cette cohabitation baroque de deux régimes de procédure écrite appellera ponctuellement l'explicitation de variantes, notamment quant au régime de l'avis du ministère public (voy. *infra,* questions n^{os} 20-21).

12 QUELLES SONT LES AFFAIRES POUR LESQUELLES L'AUDIENCE DE PLAIDOIRIES EST EN PRINCIPE SUPPRIMÉE ?

La suppression des plaidoiries n'aura lieu que si certaines conditions sont réunies. La principale est évidemment que l'audience en question ait été fixée entre le 11 avril et le 17 juin 2020 : ne sont donc pas concernées les audiences qui auraient été fixées après cette date, lesquelles seront donc maintenues sous leur forme classique mais devront le cas échéant être reportées en raison de la prorogation des délais de mise en état (voy. *supra*, question n° 7).

La suppression des plaidoiries suppose en outre que toutes les parties aient conclu, quand bien même elles auraient «mal» conclu, en remettant des conclusions irrégulières (article 744 C. jud.), ou auraient conclu tardivement (article 747 et 748 C. jud.).

En revanche, et a contrario, ne sont pas visées par l'arrêté royal n° 2 les audiences d'introduction ni les audiences de règlement de la mise en état (audiences dites en «date-relais»). En principe, ces audiences ne tombent pas sous le coup de la procédure décrite plus loin. En pratique, de nombreux cours et tribunaux ont cependant décidé d'initiative de reporter ces audiences à une date ultérieure post-confinement, voire *sine die* (renvoi au rôle).

Quoique l'arrêté royal ne le prévoie pas expressément, il devrait toujours rester loisible aux parties de recourir aux articles 729 et/ou 747, § 1er, alinéa 1er et/ou 747, § 2, alinéa 1er, du Code judiciaire autorisant la confection purement écrite de la mise en état, quelle que soit la forme de celle-ci.

Etant donné que les audiences d'introduction ne sont pas frappées par l'arrêté royal n° 2, à défaut de remise de conclusions par toutes les parties, il ne saurait y être question de prendre défaut sur la seule base de la citation, sans aucun débat[23]. Il faut en outre tenir compte du fait que le défaut peut s'expliquer par

22 Pour plus de détails, et une actualisation à l'aune de la crise Covid-19, voy. A. HOC, D. MOUGENOT et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Les ressources de la procédure écrite dans la crise Covid 19», *J.T.*, 2020, pp. 250 et s.
23 Dans notre sens, voy. également P. THIRIAR, «L'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 2», *op. cit.*, n° 5.

la crainte du défendeur de quitter son domicile en période de confinement. Les dossiers dans lesquels le défendeur ne comparait pas devront donc être reportés, avec ou sans date[24], lorsque l'audience d'introduction est fixée durant la période de confinement. Confronté à un demandeur peu scrupuleux, le juge ne perdra pas de vue qu'il peut faire usage de l'article 803, alinéas 1 ou 2, du Code judiciaire.

Pour la même raison qu'en cas de défaut, un dossier qui a fait l'objet d'une mise en état conforme à l'article 747 mais dans lequel une ou plusieurs parties n'ont pas conclu ne peut pas être traité selon la procédure de l'arrêté royal n° 2. Le juge ne pourrait donc pas imposer la prise en délibéré sans débats. Il ne pourra pas non plus se faire autoriser à le faire, si certaines parties ne répondent pas aux courriers. En revanche, à l'audience fixée, pour autant que celle-ci ait été maintenue dans le respect des consignes sanitaires et si l'une des parties comparait physiquement, elle pourra demander au juge de prendre l'affaire en délibéré sur la base de l'article 747, § 4. Il appartiendra alors au juge de décider s'il peut le faire, en fonction du contexte de l'affaire, sans porter atteinte aux droits de la défense du défaillant. Mieux vaut, dans cette hypothèse que les parties aient été averties du maintien de l'audience.

De manière plus subtile, sont aussi théoriquement maintenues les audiences pour lesquelles certaines parties ont remis un autre acte de procédure que des conclusions (acte de reprise d'instance, requête en remplacement d'un expert, etc.).

Le fait que la mise en état implique un justiciable sans avocat n'exclut pas automatiquement l'application de l'arrêté royal n° 2. En pratique, il est clair que la très grande majorité des mises en état classiques (avec rédaction de conclusions) concerne des affaires dans lesquelles seuls des avocats interviennent. Mais il peut arriver qu'un justiciable non assisté d'un avocat prépare lui-même ses conclusions. Aussi maladroits seront ces écrits, ils n'en constitueront pas moins des conclusions[25] et l'arrêté royal n° 2 sera donc applicable. Cette situation est évidemment dangereuse pour le justiciable, qui ignore tout du régime et des conséquences de cet arrêté royal. Les juges devront donc être attentifs à la défense des intérêts de cette partie dans la décision qu'ils prendront sur le mode de traitement de l'affaire (voy. *infra*, question n° 13). Beaucoup veilleront sans doute à privilégier des audiences plus classiques dans ce cas de figure, a fortiori dans les cas révélant la présence de conclusions sujettes à écartement. Dans cette dernière hypothèse, en effet, la plaidoirie n'est rien moins qu'un droit[26], consacré par l'article 756*bis* du Code judiciaire, découlant lui-même de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

13 LE JUGE PEUT-IL AUTORISER LE MAINTIEN DES PLAIDOIRIES ?

La suppression pure et simple de l'audience de plaidoiries peut être considérée comme excessive dans un certain nombre d'hypothèses, en particulier dans divers types de contentieux, tel le contentieux familial, où la dimension factuelle et les aspects humains rendent le recours à une procédure purement écrite plus difficilement concevable. Plutôt que de maintenir par principe l'audience de plaidoiries pour certains types de contentieux — comme cela avait un temps

24 Le renvoi au rôle peut être plus confortable pour le tribunal, dans la mesure où il permet au greffe des rôles de répartir les affaires de manière équilibrée, lors de la fin du confinement, de façon à éviter la surcharge de certaines audiences.
25 Nonobstant leur irrégularité, que le juge n'a pas à apprécier à ce stade (*supra*, cette même question).
26 Dans notre sens, voy. également P.THIRIAR, «L'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 2», *op. cit.*, n° 5.

été envisagé[27] — l'arrêté royal n° 2 a néanmoins privilégié un régime dérogatoire applicable de façon générale et dont le mécanisme, relativement complexe, est détaillé à l'article 2, § 2, et dépend essentiellement de l'attitude adoptée par les parties.

Les parties peuvent tout d'abord s'accorder pour demander le report pour pouvoir plaider l'affaire. Dans ce cas, le juge n'a en principe pas le choix : conformément à l'article 2, § 2, alinéa 4, l'affaire sera remise à une date déterminée (nouvelle fixation), ou à une date indéterminée (renvoi au rôle). Cette option emporte le risque que l'affaire ne soit refixée qu'à longue (voire très longue) échéance. Cela étant, si toutes les parties et le juge (avec l'autorisation de son chef de corps) l'acceptent et que la disposition des lieux permette le respect des règles de distanciation, rien n'empêche que l'affaire soit retenue à la date initialement fixée, avec une plaidoirie classique. Songeons aussi que l'audience pourrait être maintenue par le recours à la vidéoconférence (voy. *infra*, question n° 18).

À l'inverse, il est également possible que les parties ne soient pas toutes d'accord quant à la renonciation aux plaidoiries : en cette hypothèse, l'article 2, § 2, alinéa 2, impose à la partie qui s'oppose à la prise en délibéré sans débat d'en informer le juge par écrit et de façon motivée au plus tard une semaine avant l'audience fixée. Ce délai d'une semaine est un délai d'ordre, non sanctionné. En pratique donc, une partie peut toujours faire part de ses observations, même hors délai, pour autant que le juge n'ait pas encore réglé le sort de l'affaire.

L'alinéa 3 précise la forme que peut prendre cet écrit : il peut s'agir soit d'un écrit sous forme électronique déposé sur la plateforme « e- Deposit », soit d'un écrit sous pli simple, envoyé par la poste ou déposé au greffe. Quoique le texte ne le précise pas, le mail peut aussi être utilisé, vu l'absence de formalisme et de sanction de cette communication. Le juge statue ensuite sur pièces par une décision non susceptible de recours (article 2, § 2, alinéa 6), exprimant un choix entre trois grandes options (article 2, § 2, alinéa 5)[28] :

• soit il décide de s'en tenir au principe mis en place par l'arrêté royal n° 2, et se contente donc de statuer sur la base du seul dossier de procédure, sans audience de plaidoiries ;

• soit il décide de tenir l'audience par vidéoconférence[29] (voy. *infra*, question n° 18) ;

• soit il remet l'affaire à date déterminée (nouvelle fixation) ou à date indéterminée (renvoi au rôle).

Dans la pratique, les tribunaux rencontreront aussi l'hypothèse dans laquelle les parties ne réagiront pas du tout et seront alors censées accepter tacitement la suppression de plein droit de l'audience de plaidoiries. Même si l'arrêté royal n° 2 ne l'impose pas, il est conseillé, dans ce cas, que le tribunal écrive aux parties pour leur confirmer la prise en délibéré de l'affaire sans débats et les invite à déposer leur dossier, si ce n'est pas encore fait. On ne peut en effet exclure que cette absence de réaction soit le fruit d'une distraction[30].

27 Rapport au Roi, précité, p. 25730.
28 Cette décision peut elle-même intervenir au terme d'une audience par vidéoconférence, dont l'arrêté royal consacre la légalité.
29 Ou même de manière physique, ce qui est implicitement admis par le texte, dans le respect des consignes sanitaires et de l'accord des parties.
30 Qui pourrait s'avérer d'autant plus fâcheuse, que le dépôt des dossiers doit intervenir dans un délai prescrit à peine d'écartement (voy. *infra*, question n° 14).

Nonobstant le silence unanime (et donc l'acceptation) des parties, le juge peut tout de même décider[31], pour des motifs qui sont propres à l'affaire, de s'écarter de cette solution de principe et privilégier, par une décision non susceptible de recours (article 2, § 2, alinéa 6), l'une des deux autres options que nous venons de voir, c'est-à-dire la vidéoconférence ou le report de l'affaire (article 2, § 2, alinéa 5).

Ce n'est que dans l'hypothèse où les parties auraient expressément et unanimement sollicité la prise en délibéré sans plaidoiries que le juge perdra cette latitude et devra alors se conformer au choix des parties : c'est ce que prévoit en substance l'article 2, § 2, alinéa 1er de l'arrêté royal n° 2, par une référence (à vrai dire dispensable ; voy. *supra*, question n° 11) à l'article 755 du Code judiciaire, relatif à la procédure écrite « de droit commun », qui s'impose au juge lorsqu'elle est sollicitée conjointement par les parties.

14 QUAND ET COMMENT COMMUNIQUER SES PIÈCES SI L'AUDIENCE DE PLAIDOIRIES EST SUPPRIMÉE ?

En temps normal, les pièces doivent en principe être déposées au greffe quinze jours au moins avant l'audience de plaidoiries (article 756 C. jud.). Toutefois, ce délai n'étant pas sanctionné, il est très fréquent que le dossier de pièces ne soit déposé qu'à l'issue de l'audience de plaidoiries et remis directement entre les mains du juge.

Cette pratique n'est pas envisageable dans le contexte actuel, dès lors que les audiences de plaidoiries sont en principe supprimées jusqu'au 3 juin inclus et les affaires prises en délibéré sur la seule base des dossiers de procédure (voy. *supra*, question n° 11). C'est la raison pour laquelle l'article 2, § 3, de l'arrêté royal n° 2 prévoit que les parties doivent déposer leurs pièces au greffe dans un délai d'une semaine à compter de la date initialement fixée pour plaider, sous peine d'écartement d'office. Dans l'hypothèse où une décision du juge aurait été rendue quant au maintien ou non de cette audience de plaidoiries (voy. *supra*, question n° 13), ce délai d'une semaine commence alors à courir à compter de la notification de la décision en question. Prévoir deux dates possibles de point de départ du délai pour le dépôt des pièces n'est évidemment pas pour simplifier la tâche des praticiens.

15 QUAND L'AFFAIRE EST-ELLE PRISE EN DÉLIBÉRÉ SI L'AUDIENCE DE PLAIDOIRIES EST SUPPRIMÉE ?

En temps normal, l'affaire est prise en délibéré après la clôture des débats, soit, en principe, à l'issue de l'audience de plaidoiries (article 769 C. jud.). Dès l'instant où cette audience est supprimée, soit de plein droit (voy. *supra*, question n° 11), soit après que le juge en a décidé ainsi (voy. *supra*, question n° 13), se pose la question de savoir quand l'affaire est prise en délibéré.

L'article 2, § 1er, de l'arrêté royal n° 2 règle cette question de manière implicite, puisqu'il prévoit que si l'audience est supprimée, l'affaire est de plein droit prise en délibéré sur la base des conclusions et pièces communiquées, ce qui signifie

31 Rapport au Roi, précité, p. 25730 : « Le juge obtient la liberté, mais également la responsabilité de décider à la lumière de toutes les circonstances pertinentes, parmi lesquelles figure le souci d'éviter le plus que possible un arriéré, sauf si des intérêts prépondérants rendent un retard inévitable ». Et plus loin, au sujet des juridictions dites d'exception pour lesquelles il a été décidé de ne pas prévoir de traitement différencié : « Le président prendra, au cas par cas, sa responsabilité, d'une part en ne prenant pas l'affaire en délibéré sans plaidoiries (article 2, § 2, 4e alinéa), d'autre part en demandant éventuellement des explications orales (article 2, § 4), s'il y a lieu ».

que la date de prise en délibéré correspond à la date à laquelle l'audience de plaidoiries était initialement fixée. Toutefois, si la question du maintien ou non de l'audience de plaidoiries s'est posée et que le juge a dû se prononcer sur cette question pour finalement ne pas la maintenir (voy. *supra,* question n° 13), la date de prise en délibéré correspondra à la date de cette décision[32]. Bien qu'il s'agisse-là d'une inversion[33] de la chronologie classique, les parties disposent, conformément à l'article 2, § 3, d'un délai d'une semaine à compter de la date de prise en délibéré pour déposer leurs pièces au greffe si elles ne l'avaient déjà fait (voy. *supra,* question n° 14).

16 QUAND INTERVIENT LA CLÔTURE DES DÉBATS ET LE JUGE PEUT-IL REQUÉRIR DES EXPLICATIONS COMPLÉMENTAIRES APRÈS LA PRISE EN DÉLIBÉRÉ ?

L'arrêté royal n° 2 prévoit que, dès lors que l'audience est supprimée, la prise en délibéré intervient de plein droit à la date fixée initialement pour cette audience, ou à la date à laquelle le juge décide de ne pas la maintenir (voy. *supra*, question n° 15).

La clôture des débats n'interviendra cependant que plus tard — alors qu'en temps normal, elle intervient toujours avant la prise en délibéré — pour permettre au juge de solliciter d'éventuelles explications complémentaires de la part des parties. À l'instar de l'article 755, alinéa 4, du Code judiciaire pour la procédure écrite classique, l'article 2, § 4, de l'arrêté royal prévoit en effet que le juge peut, au plus tard un mois après la prise en délibéré de l'affaire, ou, le cas échéant, au plus tard un mois à partir du dépôt des dossiers de pièces (voy. *supra*, question n° 14), demander aux parties de lui fournir des « explications orales », éventuellement par voie de vidéoconférence, sur les points qu'il indique (voy. *infra,* question n° 17). C'est pour lui donner le temps d'apprécier l'opportunité de faire usage de cette faculté que l'article 2, § 5, de l'arrêté royal n° 2 (lui-même inspiré de l'article 755 du Code judiciaire réglant la procédure écrite de droit commun) prévoit que la clôture des débats (n') interviendra (qu') un mois après la prise en délibéré ou, le cas échéant, dépôt des dossiers de pièces[34] [35]. Si le juge fait effectivement usage de cette faculté et sollicite des explications orales, alors la clôture des débats ne sera prononcée par le juge que le jour où les explications lui auront été fournies.

Ce n'est éventuellement qu'après cette clôture des débats qu'une partie pourra solliciter une réouverture des débats (article 772), ou le juge l'ordonner d'office (article 774).

32 Ce qui va poser des problèmes d'ordre informatique aux greffes, les logiciels utilisés par les tribunaux ne prévoyant évidemment pas ce cas de figure.

33 Jugée surréaliste et impraticable par P.THIRIAR, « L'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 2 », *op. cit.*, n° 6.

34 Cette inversion de la prise en délibéré et de la clôture des débats est typique de la procédure écrite : en effet, pour que le juge puisse déterminer s'il doit poser des questions aux parties, il doit évidemment examiner le dossier — et donc prendre l'affaire en délibéré. Mais la clôture des débats n'interviendra que si le juge ne pose pas de questions ou a reçu les réponses à celles-ci. La décision par laquelle le juge décide d'interroger les parties n'équivaut donc pas à une décision de réouverture des débats (puisque la clôture des débats n'a pas encore eu lieu). Par ailleurs, durant cette période qui suit la prise en délibéré, les parties ne pourraient pas tirer argument du fait que la clôture des débats n'est pas encore intervenue pour déposer de nouvelles conclusions ou pièces. L'article 755, alinéa 3, du Code judiciaire l'interdit.

35 Ce délai peut être abrégé en application de l'article 51 du Code judiciaire (« Le juge peut, avant l'échéance, abréger ou proroger les délais qui ne sont pas établis à peine de déchéance. Sauf si la loi en dispose autrement, la prorogation ne peut avoir une durée supérieure au délai originaire et il ne peut être accordé de prorogation ultérieure, si ce n'est pour des motifs graves et par décision motivée ».)

17 SOUS QUELLES FORMES LES ÉVENTUELLES EXPLICATIONS COMPLÉMENTAIRES DOIVENT-ELLES ÊTRE FOURNIES ?

L'article 2, § 4, de l'arrêté royal n° 2 réserve au juge la faculté de demander des explications complémentaires aux parties après la prise de l'affaire en délibéré, dans l'hypothèse où l'audience de plaidoiries est supprimée (voy. *supra*, question n° 16)[36]. En principe, ces explications doivent être fournies oralement, soit lors d'une audience «physique» (pourvu que les règles de distanciation sociale le permettent), soit par vidéoconférence (pourvu que la technique le permette) (voy. *infra*, question n° 18). Quoiqu'il en soit, il revient au juge d'en fixer la date, dont le greffier informe les parties par courrier simple, si elles ont un avocat, ou par pli judiciaire, si elles n'en ont pas.

Ce courrier doit en outre préciser les points sur lesquels le juge souhaite recueillir des explications complémentaires. Attention : il ne s'agit pas d'une réouverture des débats — ceux-ci ne sont d'ailleurs pas clos et elle ne peut donc intervenir qu'ultérieurement (voy. *supra*, question n° 16) — et les habituelles contraintes qui encadrent en temps normal ce type d'incident ne viennent donc pas ici limiter l'ampleur et la nature des questions qui pourraient être soulevées par le juge. Bien que l'arrêté royal n° 2 ne parle textuellement que d'explications «orales» et que la déléguée du ministre de la Justice ait insisté sur cet aspect, il reste selon nous que le recours à des explications purement écrites pourrait se justifier si la tenue d'une audience physique ou par visio-conférence est inenvisageable pour des raisons sanitaires ou techniques ou si le juge estime qu'une telle audience retarderait inutilement le traitement de l'affaire. Le juge pourrait alors proposer aux parties de répondre par écrit à ses questions, par exemple, sous forme de nouvelles conclusions. Si les parties saisissent cette perche, leur accord conjoint pourrait être regardé comme liant le juge (analog. article 755, alinéa 1er, C. jud.) L'on n'aperçoit pas à quelle sanction s'exposerait le magistrat qui procéderait de la sorte, pourvu qu'il agisse avec l'accord des parties concernées.

18 QUELLES SONT LES SPÉCIFICITÉS DE LA VIDÉOCONFÉRENCE PAR RAPPORT À L'AUDIENCE CLASSIQUE ?

La précision peut sembler basique, mais l'audience par vidéoconférence est une vraie audience[37]. Elle doit permettre au juge d'entendre les plaidoiries des avocats, de recueillir les éventuelles explications complémentaires des parties, ainsi qu'aux autres intervenants éventuels, tels les juges consulaires ou les juges sociaux, de poser leurs questions ou, pour le représentant du ministère public, de faire valoir son avis et d'entendre les répliques… (voy. *infra*, question nos 20-21). Le seul aménagement qui soit réellement nécessaire sur le plan juridique — sur le plan technique, ils sont plus nombreux et supposent parfois une bonne dose de patience… — concerne l'exigence de publicité, en principe imposée tant par l'article 148 de la Constitution que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Rappelons toutefois que l'article 148 de la Constitution autorise le juge à prononcer le huis clos lorsque «l'ordre ou les mœurs» sont en danger. Nul doute que la crise sanitaire que nous traversons constitue un danger pour l'ordre, qui justifie pleinement que le juge prononce le huis clos et tienne son audience

36 On songe par exemple à l'interrogation des parties quant au sort à réserver à des conclusions ou des pièces tardives (article 748, § 1er, C. Jud.).

37 On rappellera, puisque d'aucuns semblent parfois l'ignorer, que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, a confirmé, sur le principe, la compatibilité de la vidéoconférence avec les exigences du droit aux procès équitable (article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme). C.E.D.H., 5 octobre 2006, *Marcello Viola c. Italie*, §§ 63 et s., confirmé notamment par C.E.D.H., Grande chambre, 5 avril 2009, *Sakhnovskiy Russie*.

à distance par voie de vidéoconférence. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit lui aussi explicitement la possibilité de dérogations à la publicité des audiences[38]. Par ailleurs, la Cour des droits de l'homme admet également des renonciations à la publicité des débats par les parties[39]

Le juge veillera toutefois à couler formellement cette motion dans un jugement, comme le lui impose la Constitution. Ce jugement pourra, à des fins évidentes d'économie de la procédure, consister en une mention reprise dans le corps et le dispositif mêmes de la décision qu'il prononcera sur le fond (article 780 C. jud.). Par ailleurs, le juge veillera à recueillir l'accord des parties sur ce point et à l'acter expressément dans son jugement — ce qui, en vertu du principe de loyauté procédurale — les empêchera de remettre en cause cette décision par la suite.

19 *QUID* DE L'AVIS DU MINISTÈRE PUBLIC ?

L'arrêté royal n° 2 ne souffle hélas mot de son imbrication avec la procédure d'avis du ministère public. Les contentieux (sociaux, familiaux, économiques) consommateurs de ces avis sont des plus variés, tout comme sur le terrain, les pratiques s'avèrent des plus disparates. On l'a dit (voy. *supra*, question n° 13), il n'a pas été tenu compte de ces particularités — et c'eût été difficile. À cela s'ajoute le fait que, par nature et le plus souvent, la procédure écrite s'accommode difficilement de l'expression de l'avis du ministère public. C'est dire combien la tâche des commentateurs, puis des utilisateurs, du régime de crise mis en place par l'arrêté royal est malaisée.

Nous nous sommes laissé guider par un esprit constructif de souplesse, de pragmatisme et de respect de la diversité (des enjeux et des pratiques), en distinguant clairement deux hypothèses : celle où il serait recouru à la procédure écrite classique, régie par l'article 755 du Code judiciaire, et celle où il serait fait usage du régime *sui generis* mis en place par l'arrêté royal n° 2[40].

20 COMMENT CONCILIER, D'UNE MANIÈRE GÉNÉRALE, PROCÉDURE ÉCRITE ET AVIS DU MINISTÈRE PUBLIC ?

Songeons d'abord à l'hypothèse, peu fréquente, où les parties recourraient subitement à la procédure classique de l'article 755 du Code judiciaire, dont l'utilisation n'est pas exclue par l'arrêté royal n° 2 (article 2, § 1er : voy. notamment *supra,* question n° 11). Jadis, cette hypothèse était régie par l'article 767, § 2, du Code judiciaire, qui imposait au ministère public d'établir son avis par écrit et de le déposer au greffe. Par inadvertance, cette disposition ad hoc a disparu avec la loi « pot-pourri I » du 19 octobre 2015.

L'article 764, alinéa 3, du Code judiciaire se borne aujourd'hui à prévoir que le ministère public « émet son avis dans la forme la plus appropriée lorsqu'il le juge convenable ». Dans le cadre d'une procédure écrite, la forme « la plus appropriée »

38 « L'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

39 C.E.D.H., 8 janvier 2009, *Schlumpf c. Suisse*, § 63.

40 L'on précise que ces observations sont émises lorsque le ministère public intervient pour rendre un avis, et ne s'appliquent évidemment pas lorsqu'il intervient à la procédure en tant que partie, auquel cas il se référera, en cette qualité, aux considérations émises ci-dessus, et notamment à l'exigence de conclusions (voy. *supra,* question n° 12) qui, dans bien des cas, privera le ministère public du bénéfice du régime de la prise en délibéré de plein droit.

est assurément la forme écrite. À vrai dire, c'est la seule puisqu'à défaut d'audience, il ne peut y avoir d'oralité. L'esprit de bon sens, sinon la lettre, d'avant « pot-pourri I » nous paraît donc perdurer. Le parquet n'y perd rien de l'influence de son avis. Seules ses modalités sont modifiées par la crise, comme le sont du reste les conditions de travail de tous les acteurs du procès. Et l'exercice de ce rôle d'avis est toujours réversible : s'il a, avant la crise sanitaire, opté pour un avis oral, le ministère public peut toujours revoir son choix à l'aune de cette crise et alors, soit renoncer à intervenir, soit bifurquer sur la voie écrite.

Si une audience se tient (physiquement ou par voie de vidéoconférence) aux fins de recueillir les explications complémentaires des parties (article 755, alinéa 4, C. jud.), et qu'un avis écrit du ministère public intervient entre la prise en délibéré et la clôture des débats (article 769, alinéa 3, C. jud.), les parties pourront y répliquer par écrit dans le délai fixé par le juge conformément à l'article 766, § 1er, alinéa 4, du Code judiciaire. On pourrait même aller jusqu'à imaginer que l'audience physique ou la vidéoconférence provoquée par la demande d'explications orales du juge serve — d'une pierre, deux coups — à l'exposé d'un avis oral par le ministère public (averti par le greffe ou par le siège de la tenue de cette audience). Les parties y répliqueraient dans le même contexte. Dans les autres cas, les parties ne peuvent répliquer par écrit à l'avis écrit du ministère public qu'à la demande de l'une d'elles (article 767, § 1er, alinéa 3, C. jud.).

21 COMMENT ENVISAGER L'AVIS DU MINISTÈRE PUBLIC DANS LE CADRE DU RÉGIME INSTAURÉ PAR L'ARRÊTÉ ROYAL N° 2 ?

Les modalités régissant l'avis du ministère public en cas de procédure écrite classique (voy. *supra*, question n° 20), sont transposables par analogie à la procédure sui generis mise en place temporairement par l'arrêté royal n° 2. Il convient cependant de bien distinguer les hypothèses, selon l'attitude adoptée par les parties (voy. *supra,* question n° 13).

Première hypothèse : toutes les parties s'opposent à l'automaticité de la procédure écrite (article 2, § 2, alinéa 4). Dans ce cas, l'affaire est, en principe, remise à une date indéterminée ou à une date déterminée. Le ministère public procédera dès lors comme il a l'habitude de le faire en dehors de toute crise.

Seconde hypothèse : aucune des parties ne se manifeste, ou une des parties s'oppose à l'automaticité de la procédure écrite (article 2, § 2, alinéa 5) : ici, on le sait, le juge garde tout pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de prendre l'affaire en délibéré sans plaidoiries (voy. *supra*, question n° 13). Dans cette appréciation, il tiendra compte non seulement de la volonté le cas échéant émise par le ministère public d'émettre un avis, mais également de la forme qu'il entend donner à cet avis. En d'autres termes, si le ministère public a manifesté le souhait d'émettre un avis « oral » à l'audience, et que des arguments appuient le maintien de ce choix, le tribunal aura sans doute à cœur de respecter ce souhait, sachant pertinemment que l'oralité de son avis est parfois l'unique manière d'obtenir une information complète et efficiente de la part du procureur du Roi, ainsi que de bénéficier du rôle actif qu'il peut être amené à jouer dans les échanges entre et avec les parties.

Si le juge décide tout de même de prendre l'affaire en délibéré sans plaidoiries, il (ou son greffier) en avertira le ministère public dès la prise en délibéré. Et là de deux choses, l'une : soit le siège ne sollicite pas d'explications orales complémentaires de la part de parties, et en ce cas, le ministère public disposera d'un peu moins d'un mois, s'il n'y a pas déjà veillé, pour établir son avis avant la clôture des débats

intervenant conformément à l'article 2, § 5, de l'arrêté royal n° 2. Au prix d'une application analogique de l'article 766, § 1er, alinéa 4, du Code judiciaire, les parties y répliqueront par écrit dans le délai fixé par le juge. Soit le juge, dans le mois qui suit la prise en délibéré, réclame des explications orales complémentaires auprès des parties et dans ce dernier cas, identique à celui qui se présente en procédure écrite classique (voy. *supra,* question n° 20) cette audience (physique ou par vidéoconférence) — dont la tenue lui aura été communiquée — sera pour le ministère public l'occasion d'exposer oralement son avis, et pour les parties d'éventuellement y répliquer avant qu'intervienne la clôture des débats résultant de l'article 2, § 5, de l'arrêté royal n° 2. Dans l'hypothèse où le ministère public aurait déposé un avis écrit, cette audience fournira aux parties l'occasion d'y répliquer.

Dernière hypothèse : les parties réclament toutes expressément la prise en délibéré d'office sans audience de plaidoiries, ce qui nécessite que toutes les parties sortent du silence pour demander expressément la procédure écrite[41] (application combinée de l'article 2, § 2, alinéas 1er et 5). Dans ce cas, on appliquera exactement les mêmes règles que celles de la procédure écrite classique régie par l'article 755 du Code judiciaire (voy. *supra,* question n° 20). Le ministère public se soumettra donc aux modalités choisies et exprimera son avis par écrit, s'il estime (ou continue à estimer) opportun d'en émettre un. Autrement dit, il garde son pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité d'émettre un avis mais il adapte la forme de cet avis à la procédure privilégiée par les parties. Les répliques à cet avis écrit pourront prendre la même forme que celle déjà évoquées en matière de procédure écrite classique (voy. *supra,* question n° 20).

Dans toutes les hypothèses où le ministère public souhaitera ou devra déposer un avis écrit, il devra s'exécuter, au regard du timing cadencé des §§ 4 et 5 de l'article 2 de l'arrêté royal n° 2, au plus tard le 29e jour après la prise en délibéré dont le juge l'aura averti. Mais si dans l'intervalle ce dernier sollicite des explications complémentaires de la part de parties, le ministère public peut adapter son tempo à cette prolongation des débats. Et si audience (physique ou vidéo-conférence) il y a, il pourra même, en ce cas, revenir à la forme orale.

22 PEUT-ON DISPENSER LES JUGES DE PRONONCER LES JUGEMENTS ET ARRÊTS EN AUDIENCE PUBLIQUE ?

L'article 782*bis*, alinéa 1er, du Code judiciaire prévoit que le jugement est prononcé par le président de la chambre qui l'a rendu, même en l'absence des autres juges. L'alinéa 2 du même article va même plus loin, puisqu'il autorise le président de la juridiction à désigner un juge pour remplacer le président de chambre légitimement empêché.

Rien n'interdit dès lors au président de la juridiction de désigner un seul magistrat chargé de prononcer tous les dispositifs des jugements rendus par l'ensemble des autres magistrats, lesquels seront tous considérés comme légitimement empêchés. Au pire, ce magistrat se livrera à cet exercice dans la plus totale solitude, puisque rien n'impose la présence d'un greffier lors du prononcé des jugements. Si la notification des décisions requise par l'article 792 du Code judiciaire ne peut avoir lieu automatiquement par le biais de *e-Deposit*, il faudra tout de même qu'il se trouve un greffier pour y procéder. Mais il pourra s'y prendre à distance, en télétravail. Il est admis, en effet, que dans l'attente du déploiement du système

41 Sinon, on tombe dans la seconde hypothèse : cas dans lequel aucune des parties ne se manifeste.

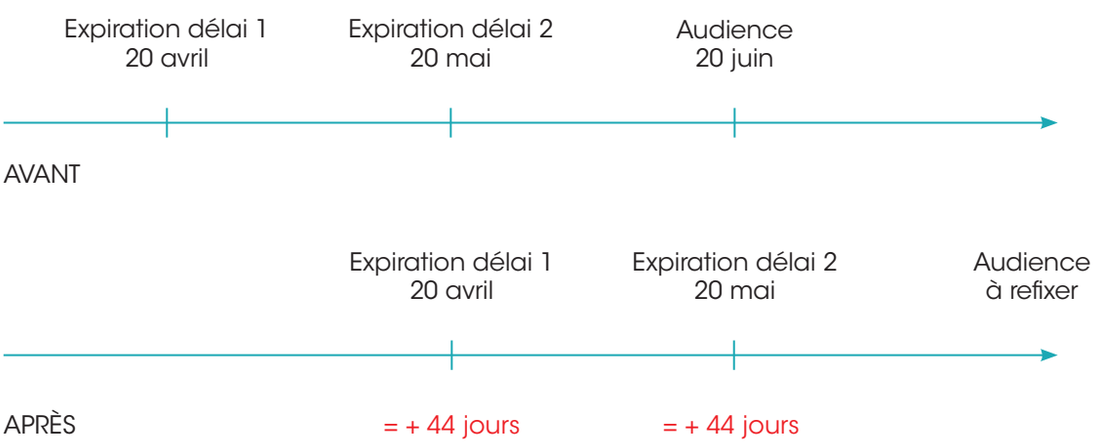
eBox (article 32*ter* C. jud.), la notification requise par l'article 792, alinéa 1er, du Code judiciaire peut, à l'égard des avocats à tout le moins, avoir lieu par courrier électronique du greffe[42].

23 PEUT-ON DISPENSER LES JUGES DE SIGNER LEURS JUGEMENTS ET ARRÊTS ?

L'article 785 du Code judiciaire prévoit que si le président ou un des juges se trouve dans l'impossibilité de signer le jugement, le greffier en fait mention au bas de l'acte, la décision demeurant valable si elle est signée par les autres membres du siège qui l'ont prononcée. Dans l'hypothèse où l'ensemble des magistrats ayant rendu la décision ou le juge unique qui l'a rendue sont dans l'impossibilité de signer, l'article 786 du Code judiciaire autorise le greffier à en faire mention au bas de l'acte et à faire certifier le tout par le président du tribunal ou de la cour, ou, le cas échéant, par le président des juges de paix et des juges au tribunal de police.

Il demeure par ailleurs possible de réparer l'omission ultérieurement, conformément aux articles 787, 788 et 794 du Code judiciaire, qui regorgent littéralement de remèdes et de parades à l'absence des signatures requises pour la validité formelle des jugements et arrêts.

EXEMPLE



42 Qui désormais consiste simplement à lire le dispositif des jugements et arrêts, conformément à la jurisprudence convergente de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme, avant même l'entrée en vigueur de la loi du 5 mai 2019 qui, en exécution du nouvel article 149 de la Constitution, porte modifications à l'article 782*bis* du Code judiciaire.

Réaction des parties	Décision du juge
Les parties ne réagissent pas	**Le juge choisit la procédure écrite**. En principe, il n'a rien à faire («sans plaidoiries…»). En pratique, il est conseillé qu'il avertisse les parties et leur demande de déposer leur dossier si ce n'est pas encore fait
	Le juge choisit la vidéoconférence : il avertit les parties, leur envoie l'invitation et leur demande de déposer leur dossier si ce n'est pas encore fait
	Le juge préfère une plaidoirie classique : il renvoie l'affaire au rôle ou à date fixe
Une ou plusieurs parties s'opposent à la prise en délibéré sans plaidoiries	**Le juge choisit la procédure écrite**. Il doit prendre une décision motivée et demande aux parties de déposer leur dossier si ce n'est pas encore fait
	Le juge choisit la vidéoconférence : il doit prendre une décision motivée, envoie l'invitation aux parties et leur demande de déposer leur dossier si ce n'est pas encore fait
	Le juge préfère une plaidoirie classique : il doit prendre une décision motivée, renvoie l'affaire au rôle ou à date fixe
Toutes les parties s'opposent à la prise en délibéré sans plaidoiries	**Le juge n'a pas le choix** : il renvoie l'affaire au rôle ou à date fixe
Toutes les parties demandent la prise en délibéré sans plaidoiries	**Le juge ne devrait pas avoir le choix selon nous** : il invite les parties déposer leur dossier si ce n'est pas encore fait. **Il peut néanmoins fixer une audience pour poser des questions ou entendre les parties**
Toutes les parties demandent à plaider physiquement	**Si le juge (éventuellement autorisé par son chef de corps) est d'accord** et si les lieux le permettent, l'audience peut avoir lieu normalement
Toutes les parties demandent une procédure écrite classique conforme à l'article 755 du Code judiciaire	**Le juge n'a pas le choix** mais cette hypothèse parait relever du cas d'école dans le cadre de la période de confinement

Tableau récapitulatif des dates de prise en délibéré et de clôture des débats sans plaidoiries en application de l'article 2 de l'ARPS n°2 du 09 avril 2020

SI PAS DE PRISE EN DÉLIBÉRÉ SANS PLAIDOIRIES

Hypothèse dans laquelle le juge ne prend pas en délibéré sans plaidoiries (absence de conclusions d'une partie, désaccord de toutes les parties, décision de sa part) (article 2, §§ 1 et 2, alinéa 5) avec pour conséquence, selon les cas, le maintien de l'audience, le cas échéant par vidéoconférence, une remise à date fixe pour plaidoiries ou un renvoi au rôle (voir tableau précédent sur la décision du juge).

SI PRISE EN DÉLIBÉRÉ SANS PLAIDOIRIES

Date de prise en délibéré

1. Soit, **(1) en cas d'accord des parties, ou (2) à défaut d'opposition**, le juge prend en délibéré sans plaidoiries à l'audience qui était fixée (article 2, § 1 – **donc pas de décision** motivée refusant la prise en délibéré sans plaidoirie)

→ Prise en délibéré à la **date de l'audience** (avec dépôt éventuel des dossiers au plus tard une semaine après l'audience) – article 2, §§ 1 et 3.

2. Soit, **en cas d'opposition d'une ou de certaines des parties**, le juge choisit de prendre en délibéré sans plaidoiries par une **décision** motivée – article 2, § 2, alinéa 5

→ Prise en délibéré **au moment de cette décision** (avec dépôt éventuel des dossiers au plus tard une semaine après la notification de sa décision) – article 2, § 2, alinéa 5 et § 3.

Date de prise en délibéré

3. Dans les cas **1.** et **2.**, le juge ne demande **pas d'explications orales.**

→ Clôture des débats de **plein droit** un mois après la prise en délibéré ou le cas échéant le dépôt des dossiers visés à l'article 2, § 3 – article 2, § 5.

4. Dans les cas **1.** et **2.**, le juge demande des **explications orales** dans le mois de la prise en délibéré ou du dépôt des dossiers s'il est postérieur à la prise en délibéré – article 2, § 4

→ Clôture des débats **prononcée** par le juge le jour où les explications sont fournies – article 2, § 5.

Damien CHEVALIER
Juge de paix du second canton de Tournai

Bertrand DE CONINCK
Juge au tribunal de première instance francophone de Bruxelles,
Maître de conférences invité à l'UCLouvain

Arnaud HOC
Avocat au barreau de Namur, Maître de conférences à l'UNamur,
Chargé de cours invité à l'UCLouvain

Bénédicte INGHELS
Conseiller à la cour d'appel de Mons,
Maître de conférences invitée à l'UCLouvain

Dominique MOUGENOT
Juge au tribunal de l'entreprise du Hainaut,
Maître de conférences invité à l'UNamur et à l'UCLouvain

Florence REUSENS
Substitut du procureur du Roi de Namur,
Collaboratrice scientifique à l'UCLouvain

Jean-François van DROOGHENBROECK
Avocat au barreau de Bruxelles, Professeur ordinaire à l'UCLouvain,
Professeur invité aux Universités Saint-Louis - Bruxelles
et Paris II (Panthéon-Assas)

© Extrait du Journal des tribunaux n° 6814 du 9 mai 2020, p. 330-338.

JUSTICES DE PAIX ET COVID-19

S'il est incontestable que la pandémie de Covid-19 impacte l'ensemble des juridictions du pays, certaines procédures propres aux justices de paix s'en trouvent particulièrement affectées.

Petit tour d'horizon, qui se veut constructif, de quelques compétences exclusives qui conduisent les magistrats cantonaux à s'adapter d'une façon qui confine parfois à des violations procédurales que l'on espère couvertes par la force majeure.

La loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux, dont on peut affirmer qu'elle touche à l'ordre public et n'est dès lors susceptible d'aucune dérogation, en est un premier exemple.

Pour rappel, cette loi permet au juge de paix, lorsque certaines conditions cumulatives sont réunies, d'ordonner la mise en observation dans un service psychiatrique, pour une durée maximale de quarante jours, de personnes atteintes d'une maladie mentale et qui présentent un danger pour la sécurité des autres ou d'elles-mêmes.

D'où qu'elle émane, la requête tendant à une telle mesure doit être accompagnée, sous peine d'irrecevabilité, d'un rapport médical circonstancié rédigé à la suite d'un examen datant de quinze jours au plus par un médecin qui ne peut en aucun cas être attaché au service psychiatrique où le présumé malade se trouverait déjà.

Lorsque l'individu visé par la requête n'est pas déjà hospitalisé — par exemple aux urgences psychiatriques d'un établissement de soins — et vit soit chez lui soit dans la rue, il est déjà difficile en temps normal d'obtenir un tel certificat en raison des réticences de l'intéressé à se faire examiner à des fins qu'il connaît généralement. Mais que dire en cette période de crise sanitaire où règne l'incertitude absolue quant à une éventuelle contagion du présumé malade mental au Covid-19 ?

Hors les situations d'urgence, qui sont très largement majoritaires et dans lesquelles les parquets peuvent aisément faire appel à un médecin légiste, quel médecin acceptera-t-il de s'exposer à un risque de contamination élevé par un individu qu'il ne compte pas au rang de sa patientèle ? Peut-on imaginer qu'en pareille occurrence, le magistrat saisi se passe du rapport médical circonstancié et déclare malgré tout la requête recevable ?

La réponse est à mon sens affirmative s'il dispose de suffisamment d'éléments d'appréciation tirés tant de l'entretien qu'il doit avoir avec l'individu visé par la requête que de « l'indication sommaire » de ses motifs, qu'elle doit préciser. Mais ceci ne résout pas la question du fondement de la requête. En effet, si le patient est déjà hospitalisé par suite d'une ordonnance du parquet, lequel doit saisir le magistrat cantonal dans les 24 heures de sa décision, qu'en est-il de la légalité d'un jugement de mise en observation prononcé par le juge de paix qui n'aurait pas eu d'entretien « physique » avec l'intéressé ? *A fortiori* si l'avocat commis d'office refuse de comparaître, et qu'aucun greffier ne souhaite accompagner le magistrat en milieu hospitalier (ce qui devient une réalité, et peut se concevoir en raison de la virulence du virus).

Les vidéoconférences tendent certes à se généraliser, mais, dans la matière qui nous occupe, j'y vois divers écueils : l'absence de contact direct « magistrat — avocat — supposé malade mental et médecin » sonne un peu le glas du respect des droits de la défense alors qu'il est clairement question de privation de liberté ; à supposer de telles audiences techniquement réalisables (elle ne le sont actuellement

pas en raison de multiples facteurs, dont le nombre d'intervenants qui doivent pouvoir utiliser concomitamment les mêmes applications), les procèsverbaux qui en seraient dressés doivent être signés par le médecin et tout tiers entendu, le magistrat et son greffier ; on rétorquera que la signature électronique est une réalité, mais elle ne l'est pas dans les juridictions cantonales qui, à l'heure d'écrire ces lignes trois semaines après le début du confinement, n'ont encore reçu du SPF ni gels, ni masques, ni gants. Les difficultés auxquelles nous expose le Covid-19 en la matière sont innombrables, mais il est impossible de toutes les passer en revue.

Ces obstacles à un mode de fonctionnement idéal sont similaires dans la matière des administrations judiciaires, à la différence près qu'aucun délai n'est imposé en termes de fixation des audiences et de prononcé des ordonnances. L'urgence, pourtant, est bien souvent au rendez- vous, et risque de s'accroître.

Chacun navigue donc à vue, mais il faut avancer ; même si, en la matière, il est aussi question de privation de droits fondamentaux, des options durent être prises, comme en témoigne la motivation suivante figurant désormais en introduction des ordonnances :

« Il est juridiquement admis que la pandémie actuelle de Covid-19 est constitutive d'un cas de force majeure, qui doit notamment permettre l'aménagement de certaines procédures dans le cadre desquelles la présence de plusieurs individus dans des lieux confinés est inévitable.

» C'est le cas en l'espèce, de sorte qu'il sera statué sur le fondement de la requête sans audition préalable de la partie requérante, de la personne à protéger et des diverses personnes dont l'identité est mentionnée dans la requête ; la situation d'urgence décrite dans la requête et le certificat médical qui s'y trouve joint appellent par ailleurs une réponse aussi prompte que possible.

» Au besoin, la mesure de protection pourra être revue ou adaptée une fois la situation sanitaire normalisée, et les mesures de confinement levées ».

À cet égard, il faut admettre que les articles 488 et suivants du Code civil et 1238 et suivants du Code judiciaire — pourtant fort décriés — autorisent une certaine souplesse qu'il faut mettre en œuvre dans l'intérêt bien compris de chacun ; la motivation qui précède est un pis-aller, mais nécessité fait loi.

L'organisation des tutelles — dont on peut craindre une augmentation — est également mise à mal par la crise que nous traversons. En vertu de l'article 389 du Code civil, « la tutelle des enfants mineurs s'ouvre si les père et mère sont décédés, légalement inconnus, dans l'impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale ou incapables d'exprimer leur volonté ».

En pareilles situations, il revient au juge de paix de désigner un tuteur et un subrogé-tuteur — de préférence dans le cercle familial de l'enfant — qui se substitueront à ses parents pour ce qui concerne l'administration de sa personne et de ses biens. L'organisation d'une tutelle, qui est loin d'être anodine, suppose que le magistrat entende celles et ceux qui pourraient être nommés *qualitate qua*, mais aussi les mineurs de plus de douze ans (article 394 du Code civil). Il faut donc s'assurer que toutes et tous s'entendent suffisamment pour éviter que les mineurs n'ayant plus père et mère soient doublement pénalisés.

La vidéoconférence semble devoir être exclue, au même titre qu'une quelconque forme de procédure écrite qui conduirait le juge à statuer sur pièces. La question se pose donc de savoir si les auditions habituelles en chambre du conseil peuvent ou non être maintenues. Ma réponse est affirmative — avec toutes les précautions d'usage pour le moment — en raison de l'intérêt supérieur des mineurs concernés, et de l'urgence des situations. Ce qui précède aurait pu être plus fouillé, et complété par l'examen d'autres procédures propres aux justices de paix (l'apposition de scellés ou encore les inventaires, par exemple) mises à mal en cette période si particulière.

Celle-ci devra peut-être nous conduire à une réflexion approfondie sur ce qui doit ou peut encore être raisonnablement exigé en termes de procédure, dans le respect du droit de chacun d'être défendu, de la liberté individuelle, et d'une démocratie mise à mal par des pouvoirs spéciaux que les circonstances peuvent certes justifier, mais dont l'usage qui en est fait demeure approximatif.

Damien CHEVALIER
Juge de paix

© Extrait du Journal des tribunaux n° 6814 du 9 mai 2020, p. 340.

IMPACT DES MESURES DE CONFINEMENT SUR LES CONTENTIEUX SOUMIS AUX TRIBUNAUX DE LA FAMILLE

La crise majeure que traverse notre pays depuis mars 2020 a eu un impact certain sur le contentieux habituellement traité par le tribunal de la famille.

La première question qui a traversé l'esprit de nombre de justiciables, et qui a par ailleurs été posée directement à la première ministre lors de la conférence de presse du 17 mars 2020 concerne le maintien ou non des modalités d'hébergement[1] à l'égard des enfants mineurs.

Et la jurisprudence spécifique « Covid » de nous démontrer que chaque justiciable s'est cru autorisé à y apporter sa propre réponse. Ceci est interpellant : constater que, alors que les citoyens ont dans l'ensemble assez facilement accepté les restrictions apportées à leur liberté de se déplacer, nombre d'entre eux — dans le même temps — se sont volontairement soustraits à des décisions judiciaires. Or, il convient de rappeler que, en soi, la crise sanitaire et les mesures de confinement qui en découlent n'autorisent évidemment pas le non-respect des décisions judiciaires.

Celles-ci continuent à s'appliquer, au besoin, à l'aide de mesures de contrainte. Il en va ainsi des modalités d'hébergement durant l'année scolaire mais également du partage des périodes d'hébergement durant les périodes de congés scolaires[2].

La réalité des dossiers qui ont été soumis aux tribunaux de la famille du pays démontre à suffisance que ce principe a été perdu de vue par nombre de justiciables. Les juridictions familiales du pays ont ainsi été confrontées à un arrivage de nouveaux dossiers centrés quasi exclusivement sur la problématique liée à l'exécution de modalités d'hébergement précédemment fixées judiciairement ou conventionnellement.

Les plaideurs ont saisi les tribunaux soit par le biais d'une procédure unilatérale, soit par le biais d'une procédure contradictoire.

S'agissant des procédures unilatérales :

• la requête unilatérale fondée sur l'absolue nécessité (article 584, alinéa 2, du Code judiciaire) a ainsi été abondamment utilisée par les plaideurs soit dans le but d'autoriser un des parents à ne plus présenter l'enfant à l'autre parent, soit plus largement dans le but de mettre fin à une voie de fait, la suspension unilatérale d'un hébergement par l'autre parent ;

• le recours à l'article 387*ter* du Code civil a également été invoqué pour obtenir du parent récalcitrant le respect d'un hébergement, le cas échéant, par la demande de condamnation à une astreinte.

Quelques procédures contradictoires ont été introduites également (par citation) en vue soit d'obtenir la restauration d'un hébergement unilatéralement suspendu par un parent soit l'autorisation du tribunal de suspendre un hébergement durant la période de confinement (plus rare).

1 La problématique est similaire dans l'hypothèse d'un droit aux relations personnelles attribué à l'autre parent même si nous n'avons pas eu connaissance de litiges en la matière.

2 À l'heure où ces lignes sont écrites, aucune disposition n'a encore été prise par le gouvernement pour les vacances d'été et la possibilité ou non de quitter le territoire belge.

Saluons d'ores et déjà la célérité et l'efficacité avec lesquelles les magistrats ont pu répondre aux demandes légitimes ou non des citoyens : que les demandes aient été jugées recevables et fondées par les magistrats ou qu'elles aient été rejetées, ces décisions ont le mérite d'exister et ont pu démontrer, qu'avec les moyens du bord, la justice n'a jamais cessé de fonctionner...

Les décisions que nous avons pu consulter – inédites pour la plupart – nous permettent d'opérer le classement suivant dans les problématiques soumises aux juridictions familiales.

Nous avons choisi de distinguer les voies choisies par les justiciables pour saisir le tribunal de la famille sur la base du fondement juridique de la demande, et partant de son caractère unilatéral ou contradictoire.

I. DEMANDES INTRODUITES DEVANT LE TRIBUNAL DE LA FAMILLE PAR REQUÊTE UNILATÉRALE

A. L'absolue nécessité (article 584, alinéa 2, C. jud.)

Sont applicables ici les règles visées par les articles 1025 et suivants du Code judiciaire. Le caractère unilatéral de cette procédure implique que soit développée une argumentation spécifique liée à la condition d'absolue nécessité[3], compétence attribuée au président du tribunal.

L'on ne peut qu'insister sur le caractère exceptionnel de cette procédure en ce qu'elle constitue une dérogation au principe du contradictoire[4]. En effet, elle ouvre la possibilité à un plaideur d'obtenir une décision judiciaire, exécutoire par provision, à l'insu de son adversaire, le tout en n'ayant présenté que « sa version » au magistrat qui ne statuera alors que sur pièces. Et l'on ne sait que trop, que dans le domaine du droit de la famille, les parties ont souvent des visions divergentes d'une même réalité. Il ne peut être passé outre le caractère exceptionnel de cette procédure en raison uniquement de la crise sanitaire inédite que traverse le pays.

De manière générale, l'absolue nécessité peut découler des situations suivantes[5] :

• lorsqu'il y a extrême urgence au point que même l'abréviation du délai de citation[6] ne permettrait pas d'obtenir une décision dans le délai imparti vu l'imminence du danger ;

• lorsque la nature de la mesure sollicitée impose une procédure unilatérale[7] ;

• lorsqu'il existe une impossibilité d'identifier les personnes à charge desquelles la mesure doit être exécutée.

3 Article 584, alinéa 2, du Code judiciaire.
4 H. BOULARBAH, « L'intervention du juge des référés par voie de requête unilatérale : conditions, procédure et voies de recours », *in* J. ENGLEBERT et H. BOULARBAH (dir.), *Le référé judiciaire*, Bruxelles, Édition du jeune Barreau, 2003, p. 66.
5 H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 78.
6 Article 708 du Code judiciaire.
7 En est un exemple, la demande d'autorisation de procéder à un constat d'adultère qui s'effectue par voie de requête unilatérale (article 1016*bis* du Code judiciaire).

L'absolue nécessité doit évidemment, pièces à l'appui, être démontrée par le requérant et subsister jusqu'au moment où la décision doit être prise[8]. À supposer qu'elle n'ait pas été alléguée en termes de requête par le demandeur, le président du tribunal de première instance saisi devra se déclarer incompétent[9]. À supposer qu'elle ait été alléguée mais que le président estime qu'elle n'existe pas en l'espèce, le requérant se verra débouté de sa demande, qui ne devra pas faire l'objet d'un renvoi au tribunal de la famille[10].

Dans les décisions que nous avons pu consulter, celles qui concluent au débouté de la demande sont motivées exclusivement par le fait qu'en l'espèce, le demandeur sur requête unilatérale disposait du laps de temps nécessaire pour introduire une demande contradictoire par citation (dans un délai de deux jours ouvrables[11]), voire en sollicitant une abréviation du délai de citer sur la base de l'article 708 du Code judiciaire ou même un référé d'hôtel[12].

Tel est notamment le cas dans une affaire soumise au président du tribunal de première instance de Bruxelles qui, par ordonnance prononcée le 2 avril 2020, déboute le demandeur au motif qu'il n'est pas démontré que celui- ci ne disposait pas du temps nécessaire pour formuler sa demande de manière contradictoire[13]. En l'occurrence, il s'agissait d'une demande de condamnation à une astreinte à l'encontre d'un parent récalcitrant à respecter un hébergement précédemment déterminé par jugement. Le fait que le demandeur ait attendu dix jours après la commission de la voie de fait a également été retenu par le président comme démontrant l'absence d'urgence extrême.

Dans un cas similaire de refus de présentation d'enfant, le président du tribunal de première instance de Bruxelles a également refusé de faire droit à la demande d'astreinte au motif que le recours à une procédure contradictoire (introduite par citation) était envisageable en l'espèce. Et le fait que le parent ait refusé de faire revenir l'enfant de France vers la Belgique ne changeait rien à l'absence d'absolue nécessité en l'espèce[14].

À l'inverse, le président du tribunal de première instance du Brabant wallon a, dans un cas similaire, admis l'absolue nécessité dans un cas où le jugement fixant les modalités d'hébergement avait été prononcé deux semaines avant le refus de présentation de l'enfant et où la requête unilatérale avait été introduite dans les 24 heures du refus de présentation de l'enfant[15].

B. L'inexécution d'une décision antérieure (article 387*ter,* § 3, C. civ.)

L'article 387*ter,* § 3, du Code civil autorise le recours à la procédure unilatérale en cas d'absolue nécessité, dans l'hypothèse où l'un des parents refuse d'exécuter

8 Cass., 11 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, pp. 1045 et 1050 ; H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 101. A.-C. VAN GYSEL, « Les urgences et le provisoire devant le tribunal de la famille », *in* A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Le tribunal de la famille et de la jeunesse,* Limal, Anthemis, 2014, p. 104 ; F. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, pp. 469 et s. et spécialement p. 471.

9 F. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, pp. 469 et s. et spécialement p. 471.

10 Sur la qualification liée au défaut d'urgence, voy. F. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, pp. 469 et s. et spécialement p. 471. ; Cass., 11 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, pp. 1045 et 1050 ; P. MARCHAL, *Le référé*, coll. Tirés à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 49.

11 Article 1035, alinéa 2, du Code judiciaire.

12 Article 1036 du Code judiciaire.

13 Civ. Bruxelles, prés, 2 avril 2020, RG n° 20/997/B, *J.T.*, 2020, p. 385, et à paraître prochainement dans *Act. dr. Fam.*

14 Civ. Bruxelles, prés, 24 mars 2020, RR n° 19/946 /B, inédit ; dans le même sens, Civ. Bruxelles, prés., 31 mars 2020, n° 19/946/B, inédit.

15 Civ. Brabant wallon, prés., 19 mars 2020, RR n° 20/268/B.

des décisions judiciaires relatives à l'hébergement ou au droit aux relations personnelles. L'absolue nécessité reste une condition de fondement pour pouvoir recourir à la procédure unilatérale. À défaut, l'affaire pourra être ramenée devant le tribunal sur la base de l'article 1253*ter*/7 du Code judiciaire.

Même si l'article 1253ter/7 du Code judiciaire autorise de faire revenir l'affaire devant le tribunal par simple demande écrite adressée au greffe, la suspension généralisée (sauf urgence) des audiences dans le tout le Royaume peut justifier le recours à la procédure unilatérale[16].

À plusieurs reprises, le juge a été amené à requalifier lui-même les demandes formulées sur la base de l'article 387*ter* du Code civil, bien que saisi initialement sur la base de l'article 1253*ter*/4 du Code judiciaire, voire de l'article 1253*ter*/7 du Code judiciaire[17].

Ainsi, dans une affaire introduite par requête unilatérale, le requérant avait, à titre principal, sollicité la condamnation de l'autre parent à respecter les modalités d'hébergement judiciairement fixées sous peine d'astreinte et, à titre subsidiaire, sollicité une abréviation du délai de citer[18]. En l'occurrence, le requérant a été invité à citer la partie défenderesse dans un délai de 24 heures pour une audience tenue dans les 48 heures du prononcé de l'ordonnance.

II. DEMANDES INTRODUITES DEVANT LE TRIBUNAL DE LA FAMILLE PAR CITATION[19]

Durant la période de confinement, les juridictions familiales du pays[20] ont maintenu certaines audiences hebdomadaires auxquelles pouvaient notamment être introduites les nouvelles citations voire plaidées les affaires urgentes.

* * *

De manière générale, ont été soumises aux tribunaux de la famille des demandes liées à un refus d'hébergement pour les raisons suivantes :

• crainte que l'enfant ne puisse revenir en Belgique lorsque son hébergement secondaire se déroule hors de la Belgique (parce que l'autre parent y réside)[21] ;

• inquiétude quant à la prise en charge effective par l'autre parent faisant partie du personnel soignant de première ligne dans le cadre de la crise sanitaire ; — inquiétude liée au fait que l'autre parent est médecin et continue à travailler en milieu hospitalier[22] ;

• incertitude de l'un des parents quant à la prise en charge de l'enfant commun par l'autre parent durant ses périodes d'hébergement : en l'occurrence, cette incertitude était issue d'une absence de communication entre parties quant à la manière dont l'enfant serait pris en charge durant les journées ; et un jugement[23]

16 Civ. Brabant wallon, 27 avril 2020, RR n° 20/359/B où le président condamne également le parent récalcitrant à une astreinte sur la base de l'article 387*ter* du Code civil, à paraître prochainement dans *Act. dr. Fam.*
17 Trib. fam. Bruxelles, 138e ch. Fam., 7 mai 2020, RG n° 2016/6360/ A, inédit.
18 Civ. Brabant wallon, prés., 17 avril 2020, RR n° 20/349/B, inédit.
19 Théoriquement, le tribunal de la famille peut être saisi par requête contradictoire, citation ou requête conjointe mais, outre la célérité requise, certaines juridictions du pays n'ont fixé aux audiences-durant cette période de confinement- que les nouvelles procédures introduites par citation.
20 Tel a été notamment le cas, à notre connaissance, au tribunal de la famille du Brabant wallon, de Bruxelles, du Hainaut de Huy, de Liège, de Namur et de Verviers.
21 Trib. fam. Bruxelles, 102e ch., 15 avril 2020, RG n° 20/1987/A, à paraître prochainement dans *Act. dr. Fam.*
22 Civ. Brabant wallon, prés., 2 avril 2020, RR n° 20/2252/B, inédit.
23 Trib. fam. Bruxelles, 102e ch., 15 avril 2020, RG n° 20/1966/A, à paraître prochainement dans *Act. dr. Fam.*

de préciser que le parent demandeur aurait dû considérer a priori que l'autre parent n'exposerait pas l'enfant à des risques inutiles (par exemple, en le laissant à la garderie à l'école ou en l'emmenant sur son lieu de travail) ;

• inquiétude pour l'enfant élevé dans un foyer où la compagne du père est infirmière à domicile et, par voie de conséquence, exposé à un risque élevé de contamination[24] ;

• refus de la mère de remettre les enfants au père, ayant contracté le coronavirus, mais qui souhaitait les récupérer à l'issue de la période de contamination potentielle (14 jours)[25]. En l'occurrence, le père et sa compagne travaillent tous deux en milieu hospitalier.

• refus d'un parent de remettre les enfants à l'autre avec à l'appui un certificat médical faisant état d'une interdiction pour les enfants (en l'occurrence âgés de 2 et 4 ans) de « sortir de leur domicile du 25 mars 2020 jusqu'à la fin du confinement », et ce sans explication particulière. En l'espèce, le tribunal a ordonné le respect de l'hébergement du père moyennant astreinte au motif notamment que le certificat médical allait au-delà des mesures de confinement décrétées au niveau fédéral[26].

Majoritairement, les tribunaux ont pris la décision de maintenir les modalités d'hébergement mises en place dans le cadre des procédures judiciaires antérieures, non sans exprimer parfois que les craintes pouvaient être légitimes mais se révéler non fondées à l'examen des dossiers.

La motivation reprise notamment par l'ordonnance sur requête unilatérale prononcée le 2 avril 2020 par la présidente du tribunal de première instance du Brabant wallon résume la position unanime de la jurisprudence que nous avons pu consulter et prononcée dans le contexte de la crise Covid-19 :

« Les mesures annoncées le 17 mars 2020 à l'issue du conseil national de sécurité n'empêchent pas l'exécution des modalités d'hébergement telles qu'elles ont été décidées, de commun accord, par les parties dans le cadre d'un processus de médiation.

» En l'espèce, en prenant prétexte de la situation sanitaire actuelle pour refuser de remettre les enfants au requérant conformément à la convention de méditation, Madame [...] commet une voie de fait ...»[27].

La mise en place d'une procédure judiciaire a aussi parfois permis une communication d'informations pertinentes entre parties quant à la prise en charge effective de l'enfant durant le confinement[28].

À notre connaissance, les seuls litiges en lien direct avec la crise sanitaire que traverse le pays qui ont été soumis aux tribunaux de la famille sont ceux relatifs aux modalités d'hébergement à l'égard d'enfants communs mineurs. L'on aurait pu imaginer que d'autres contentieux voient le jour tels une demande d'exercice exclusif de l'autorité parentale liée à l'état de santé de l'autre parent (par exemple, en soins intensifs), une demande liée à l'autorité parentale en cas de désaccord des parents sur le retour à l'école de l'enfant en cette fin d'année scolaire, voire une demande de modification du montant de la contribution aux frais d'entretien

24 Trib. fam. Bruxelles, 102e ch., 15 avril 2020, RG n° 20/2104/A, à paraître prochainement dans *Act. dr. Fam.*
25 Civ. Brabant wallon, prés., 17 avril 2020, RR n° 20/349/B, inédit.
26 Trib. fam Liège, division Verviers, 21 avril 2020, RG n° 20/101/A, inédit.
27 Civ. Brabant wallon, prés., 2 avril 2020, RR n° 20/2252/B, inédit.
28 Trib. fam. Bruxelles, 102e ch., 15 avril 2020, RG n° 20/1985/A, à paraître prochainement dans *Act. dr. Fam.*

et d'éducation des enfants communs pour perte de revenus de l'un des parents...

Nous avons par ailleurs eu connaissance d'une seule procédure (contradictoire) introduite au cours de la période de confinement dans le cadre de laquelle la partie demanderesse sollicitait, dans l'urgence, la mise en place de résidences séparées au motif que la vie commune serait devenue intenable en raison du confinement et arguant notamment du caractère violent de son conjoint. Par jugement prononcé le 21 avril 2020, le tribunal a mis en place un système d'alternance des parties à la résidence conjugale[29].

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue l'impact des mesures de confinement sur les dossiers en cours au moment de la mise en place du confinement et notamment sur la mise en pratique des résidences séparées et l'obligation subséquente pour l'une des parties de trouver un logement distinct en période de confinement[30]. Accorder à une partie plus de temps qu'en temps ordinaire pour se trouver un nouveau logement nous paraît relever du bon sens[31].

Solange BRAT
Juge au tribunal de la famille de Bruxelles,
Collaboratrice scientifique à l'ULB

© Extrait du Journal des tribunaux n° 6816 du 23 mai 2020, p. 426-428.

29 Trib. fam. Liège, division Verviers, 21 avril 2020, RG n° 20/323/A, inédit, confirmé par Liège, 10e ch. A, 12 mai 2020, RG n° 2020/FA/217, inédit.
30 Trib. fam. Bruxelles, 138e ch. fam., 23 avril 2020, RG n° 2018/ 6089/A, inédit.
31 Assurément, en dehors du contexte où cette cohabitation forcée est susceptible de porter atteinte à l'intégrité du conjoint et/ou des enfants.

DROIT PÉNAL

LA PRISON FACE AU COVID-19 : DES MESURES DÉSÉQUILIBRÉES AU DÉTRIMENT DES PERSONNES DÉTENUES ET/OU CONDAMNÉES

La loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II)[1], permet au gouvernement de prendre, par arrêté royal, des mesures visant à « garantir le bon fonctionnement des instances judiciaires, et plus particulièrement la continuité de l'administration de la justice, tant au niveau civil qu'au niveau pénal », notamment en adaptant les règles « en matière de procédure et de modalités de l'exécution des peines et des mesures », mais ce, uniquement « dans le respect des principes fondamentaux d'indépendance et d'impartialité du pouvoir judiciaire et dans le respect des droits de la défense des justiciables » (article 2 et article 5, § 1er, alinéa 7). En application de cette loi, un arrêté royal a été adopté le 9 avril 2020 : l'arrêté royal n° 3 portant des dispositions diverses relatives à la procédure pénale et à l'exécution des peines et des mesures prévues dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19[2]. Le même jour, l'administration pénitentiaire, ci-après la « DGEPI »[3], a fait parvenir aux directions des établissements pénitentiaires une lettre collective n° 153 expliquant comment appliquer concrètement les dispositions de l'arrêté. Cet arrêté royal a principalement pour objectif de réduire la population carcérale, en réponse à une demande formulée en ce sens par différentes instances nationales et internationales[4].

Avant d'exposer le contenu de cet arrêté (3), on reviendra brièvement sur les mesures adoptées par la DGEPI dès le 13 mars 2020 (1) et sur la circulaire du Collège des procureurs généraux prise en la matière (2). Enfin, des pistes d'action seront exposées (4).

Il n'est pas superflu de rappeler que le droit de l'exécution des peines privatives de liberté est régi principalement par la loi de principes du 12 janvier 2005[5] pour tout ce qui concerne la vie à l'intérieur de la prison et par deux lois du 17 mai 2006, l'une qui porte sur le statut juridique externe des condamnés (ci-après « loi SJE »)[6] et l'autre sur les TAP (tribunaux de l'application des peines)[7]. Rappelons aussi que pour les condamnés qui exécutent une ou plusieurs peines d'emprisonnement dont le total à exécuter est inférieur ou égal à trois ans, la loi SJE n'est pas encore entrée en vigueur, si bien qu'ils ne dépendent pas du JAP et que leur situation est réglée par des sources administratives.

1 *M.B.*, 30 mars 2020.
2 *M.B.*, 9 avril 2020.
3 DGEPI pour Direction générale des établissements pénitentiaires/Directoraat Generaal Penitentiaire Inrichtingen.
4 Mentionnons notamment un appel du 25 mars 2020 de la hautecommissaire des Nations unies aux droits de l'homme aux gouvernements à prendre des mesures d'urgence pour protéger les personnes en détention et réduire leur nombre (https://www.ohchr.org/fr/News Events/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745&LangID=f) ; dans le même sens, le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) a publié le 20 mars 2020 sa « déclaration de principes relative au traitement des personnes privées de liberté dans le contexte de la pandémie de coronavirus (COVID-19) », CPT/Inf(2020)13.
5 Loi de principes du 12 janvier 2005 concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus, *M.B.*, 1er février 2005.
6 Loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, *M.B.*, 15 juin 2006.
7 Loi du 17 mai 2006 instaurant des tribunaux de l'application des peines, *M.B.*, 15 juin 2006.

1 LES MESURES PRISES PAR LA DGEPI

Dès le 13 mars 2020, la DGEPI a adopté des «Instructions coronavirus» qu'elle complète régulièrement (20 mars, 24 mars, 27 mars, 3 avril, 17 avril, 30 avril) et diffuse auprès des établissements pénitentiaires. Elles ont deux grandes parties : les instructions applicables au personnel et les instructions applicables aux personnes détenues et à l'organisation interne de la prison. Cette dernière partie des instructions contient des dispositions qui portent sur le régime de détention et sur l'exécution des peines privatives de liberté.

Sur *le régime de détention*, les mesures à prendre au niveau sanitaire sont détaillées, notamment en ce qui concerne l'isolement préventif des détenus entrants et l'isolement médical des détenus présentant des symptômes. Des masques doivent être portés par le personnel pénitentiaire mais pas encore par les personnes détenues, sauf si celles-ci travaillent dans l'alimentaire ou la buanderie (il est annoncé qu'en mai, les détenus recevront des masques pour les porter lorsqu'ils sortiront de cellule). Les visites des proches ont été supprimées dès le 14 mars (avec possibilité toutefois de venir déposer-récupérer le linge). En compensation, les personnes détenues ont reçu, à ce jour, 40 EUR de crédit d'appel. L'utilisation de Webex pour permettre des visites par vidéoconférence avec les proches est actuellement en train de se mettre en place ; des ordinateurs portables (un pour 100 détenus) sont en train d'être livrés aux prisons à cet effet. Toutes les activités ont par ailleurs été supprimées à partir du 14 mars, sauf le préau (organisé par plus petits groupes). Dans certaines prisons, le travail pénitentiaire a pu continuer, dans d'autres pas. Du reste, il n'est pas possible dans le cadre limité de cette contribution de faire état dans le détail du régime pénitentiaire appliqué actuellement dans les prisons, notons seulement que certaines activités sont actuellement en train de reprendre, notamment l'accès aux salles de fitness, et que certains services externes et certaines commissions de surveillance[8] commencent à revenir dans certaines prisons. Enfin, relevons que la DGEPI réserve 25 lits pour les détenus souffrant du Covid-19 dans l'aile médicale de la prison de Bruges (en date du 29 avril, 11 lits sont occupés dont 1 dans la chambre à oxygène). Le 17 avril, elle a annoncé sa volonté de créer une section Covid-19 de 26 lits pour détenus contaminés dans l'ancien hôpital de Vilvorde (AZ Jan Portaels), avec le soutien logistique de l'armée ; le tri entre les sections de Bruges et de Vilvorde devant se faire selon des critères médicaux et de sécurité. Le 21 avril, la décision est prise d'ouvrir une section pour les détenus asymptomatiques positifs au Covid-19 et ne nécessitant donc pas de soins médicaux à la prison de Lantin.

En ce qui concerne l'exécution des peines, ces instructions ont prévu dès le 24 mars, de suspendre toutes les modalités d'exécution de la peine impliquant des aller-retours en prison, à savoir les permissions de sortie, les congés pénitentiaires et les détentions limitées (sauf les permissions de sortie pour raisons humanitaires). En outre, par une circulaire ministérielle n° 1820 du 20 mars 2020, le ministre de la Justice a mis en place une modalité exceptionnelle : le congé prolongé[9], soit un congé de longue durée accordé à certaines catégories de personnes condamnées. L'adoption de l'arrêté royal a transformé ce congé prolongé en

8 À cet égard, notez que le Conseil central de surveillance pénitentiaire a adressé aux commissions de surveillance des différentes prisons un courriel en date du 13 mars 2020 leur demandant de ne plus se rendre en prison. Par courriel du 17 avril, ce Conseil a indiqué aux commissions ne plus s'opposer à ce qu'elles se rendent en prison, tout en recommandant d'éviter à ce stade les entretiens individuels avec les détenus afin de garantir une protection maximale de ces derniers face aux risques de contagion en provenance de l'extérieur.

9 À différencier du «congé pénitentiaire prolongé», adopté auparavant dans diverses circonstances. La différence terminologique est due au fait que le congé pénitentiaire prolongé était une modalité d'exécution de la peine, tandis que le congé prolongé envisagé ici n'est considéré que comme une modalité de suspension de la peine.

«interruption de l'exécution de la peine» (*infra*, 3.3). Avant l'adoption de l'arrêté royal, des recours ont été intentés devant le juge des référés quant à ces deux mesures prises par la DGEPI : octroi de congés prolongés et suspension d'une série de modalités d'exécution de la peine. À l'égard des congés prolongés, les recours portaient sur la situation des personnes détenues ne répondant pas à tous les critères fixés par la circulaire du 20 mars 2020. Une violation des articles 2, 3, 10, 11 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme était alléguée. Les juridictions ont déclaré les demandes non fondées, considérant que l'atteinte au droit à la santé et à la vie n'était pas établie dans le cas d'espèce[10] et/ou que les critères retenus par la circulaire étaient objectifs et raisonnables[11]. Ainsi, selon le juge des référés bruxellois : «la disposition litigieuse prévoit en effet une différence de traitement entre les détenus en fonction de la longueur de leur peine ou de la nature de l'infraction pour laquelle ils ont été condamnés, tenant ainsi compte d'une plus grande dangerosité sociale ou d'un plus grand risque de récidive pour certaines catégories de condamnés»[12]. Selon le juge des référés liégeois, le but de la mesure de congé prolongé «ne se situe pas au niveau individuel, comme c'est le cas pour le congé pénitentiaire ordinaire, mais au niveau collectif et il n'est donc pas question, dans la présente mesure, de procéder à l'examen de chaque cas individuellement»[13]. Relativement à la suspension des permissions de sortie et congés, un juge des référés a considéré qu'il s'agissait, au vu du contexte de crise sanitaire, d' «une mesure indispensable à la sécurisation de la santé et de tous ceux et celles qui séjournent et travaillent dans un établissement pénitentiaire et n'a rien de discriminatoire»[14] ; un autre a déclaré que «le droit subjectif dont se prévaut Mr X doit légitimement céder le pas devant les impératifs sanitaires liés à la pandémie du coronavirus, de la même manière qu'un citoyen lambda n'est pas autorisé à rendre visite à un ami»[15]. Dans un autre sens, un juge des référés a au contraire considéré que le ministre de la Justice ne pouvait suspendre des modalités prévues par la loi par voie de circulaire et considéré que la circulaire portait fautivement atteinte au droit subjectif du condamné[16].

2 LA CIRCULAIRE N° 07/2020 DU COLLÈGE DES PROCUREURS GÉNÉRAUX

La circulaire n° 07/2020 du 26 mars 2020 du Collège des procureurs généraux près les cours d'appel, intitulée «Coronavirus - Directives du Collège des procureurs généraux relatives à la suspension de l'exécution de certaines condamnations pendant la crise du coronavirus Covid-19»[17], a pour objectif d'agir sur le «flux d'entrée» des personnes condamnées dans les prisons. À cet effet, la circulaire prévoit de reporter l'exécution des peines d'emprisonnement sauf dans les quatre cas suivants :

1. Condamnations prononcées à l'égard des personnes suivantes : personnes arrêtées ou personnes arrêtées sous surveillance électronique, personnes faisant l'objet d'un ordre d'arrestation immédiate, personnes internées à l'égard desquelles une incarcération immédiate est ordonnée par les juridictions d'instruction ou de

10 Civ. Brabant wallon, réf., 14 avril 2020, R.R.20/6/C, inédit.
11 Civ. Hainaut, div. Tournai, réf., 7 avril 2020, RR n° 20/4/C, inédit ; Civ. Bruxelles, réf., 10 avril 2020, RR n° 2020/54/C, inédit ; Civ. Liège, div. Liège, réf., 6 avril 2020, RR n° 20/21/ C, inédit.
12 Civ. Bruxelles, réf., 14 avril 2020, RR n° 20/52/C, inédit.
13 Civ. Liège, div. Liège, réf., 6 avril 2020, RR n° 20/21/C, inédit.
14 Civ. Hainaut, div. Tournai, réf., 7 avril 2020, R.R. n° 20/4/C, inédit.
15 Civ. Liège, réf., 6 avril 2020, R.R n° 20/21/C, inédit.
16 Et ce, dans trois dossiers : Civ. Luxembourg, div. Marche-en-Famenne, réf., 20 avril 2020, RG n^{os} 20/3/C, 20/4/C et 20/5/C, inédit. La juge des référés constate après qu'entre-temps, un arrêté royal a été adopté et que les droits relatifs aux permissions de sortie et congés pénitentiaires sont dès lors valablement suspendus (voy. *infra*, point D).
17 Cette circulaire peut être téléchargée sur le site du Collège des procureurs généraux : https:// www.om-mp.be/fr/savoir-plus/circulaires.

jugement, personnes arrêtées après signalement pour une ordonnance de prise de corps, personnes déjà incarcérées pour d'autres infractions.

2. Condamnations à des peines d'emprisonnement supérieures à 5 ans.

3. Condamnations pour les préventions/faits suivants : infractions graves avec usage de la violence, comme le meurtre, l'assassinat, les coups avec incapacité permanente de travail, les vols graves avec violence, etc.; faits de violence intrafamiliale ; délits de mœurs (à l'égard de personnes mineures et de majeures) ; infractions terroristes.

4. Condamnations basées sur des dossiers dans lesquels apparaissent des indices sérieux que la personne condamnée est un danger immédiat pour la société et/ou pour les victimes.

Cette circulaire s'applique dès le 26 mars 2020 et ce, jusqu'à la décision contraire prise par le Collège des procureurs généraux, dans le cadre de l'abrogation des mesures gouvernementales d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus. Plusieurs avocats bruxellois ont constaté que des zones de police profiteraient du confinement pour arrêter des personnes chez elles et les incarcérer. Une telle pratique irait bien entendu à l'encontre de la volonté poursuivie qui est de limiter au maximum la population carcérale. On peut en effet se poser la question de la nécessité de procéder maintenant à l'exécution de peines anciennes, de peines de police ou de peines à effectuer en raison d'un sursis révoqué, pour des personnes en attente de leur emprisonnement depuis plusieurs mois voire davantage et lorsqu'aucune urgence ne se justifie.

3 L'ARRÊTÉ ROYAL DU 9 AVRIL 2020

Le 9 avril 2020, est publié au *Moniteur belge* le texte de l'arrêté royal, mais aussi l'avis du Conseil d'État ainsi que le rapport au Roi. Les différentes mesures prises par cet arrêté en matière d'exécution des peines, exposées ci-dessous, sont applicables du 18 mars au 3 mai 2020 inclus[17bis], étant entendu que cette date finale peut être adaptée par arrêté royal. Un arrêté royal du 28 avril 2020[17ter] a prolongé les mesures jusqu'à la date du 17 mai 2020[17quater].

Sur la rétroactivité des mesures, le rapport au Roi précise qu'elle ne concerne que les articles 6 à 14, soit les dispositions portant sur l'interruption de l'exécution de la peine et la suspension des modalités d'exécution de la peine impliquant des allers-retours en prison, et ce, parce que ces mesures étaient déjà prises en pratique avant l'adoption de l'arrêté royal (le texte de l'arrêté royal vient donc « couvrir » les pratiques administratives antérieures, *supra* point 1).

A. La suspension de la prescription des peines

Les délais de prescription des peines sont suspendus pour la période du 18 mars au 3 mai 2020 complétée d'un mois (article 3, alinéa 2). Dans le rapport au Roi, on lit que, en raison de la pandémie, les autorités judiciaires ne peuvent plus assurer leur mission de s'assurer de l'exécution des peines et sont contraintes à limiter leurs interventions à l'exécution des peines les plus importantes pour protéger l'ordre

17bis Les mesures visées aux articles 19 et 20 de l'arrêté royal, non exposées dans cette contribution, sont par dérogation, valables jusqu'au 3 juin 2020 inclus.

17ter Arrêté royal du 28 avril 2020 prolongeant les mesures prises par l'arrêté royal n° 3 du 9 avril 2020 portant des dispositions diverses relatives à la procédure pénale et à l'exécution des peines et des mesures prévues dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19, *M.B.*, 28 avril 2020. Cet arrêté est entré en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge*.

17quater Pour les mesures visées aux articles 19 et 20 de l'arrêté royal, la date est reportée au 17 juin 2020 inclus.

public et la sécurité publique. L'effet rétroactif ne s'applique pas à cette disposition et ne peut dès lors conduire à ce qu'une peine prescrite soit relancée.

B. La personne condamnée et la victime exclues des audiences devant le JAP et le TAP (articles 4 et 5) et les audiences au palais plutôt qu'en prison (article 18)

Pour toute une série de procédures, le condamné et le cas échéant, la victime, ne peuvent plus comparaître aux audiences devant le JAP ou le TAP. Ces derniers ne peuvent entendre que le conseil de la personne condamnée et le ministère public et, le cas échéant, le conseil de la victime[18]. Le JAP ou le TAP peut toutefois prendre une décision en sens contraire, qui doit alors être motivée et qui n'est susceptible d'aucun recours. À notre sens, une telle décision pourrait être prise lorsque le condamné n'a pas d'avocat. En outre, l'arrêté prévoit une dérogation à la règle selon laquelle les audiences avec des personnes condamnées détenues doivent se tenir en prison : celles-ci pourront se tenir au palais de justice durant la pandémie. L'arrêté ne prévoit donc pas que les audiences devant les JAP et les TAP sont suspendues ou différées, bien qu'en pratique, certains JAP-TAP ont suspendu leurs audiences. Du côté des JAP et TAP francophones, les pratiques varient fortement d'un JAP-TAP à l'autre :

• À Liège, une ordonnance du président du TPI a prévu la suspension de toutes les audiences du TAP et la remise *sine die* des dossiers fixés, avec la possibilité de fixer à une audience extraordinaire au sein du palais de justice de Liège les dossiers devant être examinés dans le délai légal d'un mois à la suite d'une arrestation provisoire ou d'une décision de suspension, ceux pour lesquels le ministère public justifie par écrit et de manière motivée une urgence particulière ou ceux pour lesquels l'avocat dépose une requête motivée en soulignant l'urgence de la demande. Pour ces audiences, la représentation par l'avocat doit être privilégiée.

• À Bruxelles, la 80e chambre du TAP maintient ses audiences pour les dossiers proposés par la direction et les avocats, en ayant recours, à partir du 14 avril, à la visioconférence pour pouvoir entendre les condamnés et la direction de la prison. Cette pratique permet donc aux condamnés sans avocat de voir l'audience maintenue, car ils sont entendus par visioconférence à la prison. Par ailleurs, pour les condamnés confinés chez eux (en surveillance électronique, en IEP-Covid-19…), avec ou sans avocat, la 80e chambre leur permet de venir à l'audience au palais de justice. Par contre, la 81e chambre ne semble pas permettre à ce stade aux condamnés sans avocat de se présenter. La 81e chambre fait néanmoins usage de la visioconférence en prison, si bien qu'il semblerait que les condamnés confinés chez eux sans avocat puissent se rendre en prison pour assister à la visioconférence aux côtés de la direction.

• À Mons, le TAP avait tenu des audiences pour les urgences mais, suite à la publication de l'arrêté, va à nouveau fixer les audiences en favorisant la représentation par l'avocat. Pour l'avis de la direction, il en sera donc remis à l'avis écrit qui figure au dossier. L'utilisation de la visioconférence sera envisagée lorsque la prison est équipée à cet effet (possibilité non encore utilisée à ce jour). Quant

18 Les procédures visées sont les suivantes : lorsque le (la) JAP statue sur l'intérêt direct et légitime d'une victime pour participer à la procédure (article 3, § 3, loi SJE), lorsqu'il (elle) prend des décisions au regard de la libération provisoire pour raisons médicales (articles 75/2, 78 et 79), ou des décisions visant à la réduction d'une durée d'interdiction prononcée par le.la juge du fond (article 95/1) ; lorsque le TAP statue sur une demande de modalité d'une personne condamnée (article 53 loi SJE), sur la possibilité de retirer la modalité octroyée par jugement avant l'exécution de ce jugement (article 61 loi SJE), sur la demande de suspension, de précision ou d'adaptation des conditions imposées (article 63 loi SJE), sur une demande de suspension, de révision ou de révocation d'une modalité octroyée (article 68 loi SJE), ou prend une décision relative à la peine de mise à la disposition du TAP (articles 95/6, 95/ 13, 95/16, 95/18, 95/19, 95/23 et 95/ 30) (à cet égard, si l'arrêté royal vise les articles 96/16, 96/18, 96/19 et 96/ 23, il s'agit d'une erreur, ces articles n'existant pas).

aux condamnés sans avocat, le TAP de Mons a accepté leur comparution à de rares occasions au vu de la nécessité de traiter le dossier.

En d'autres termes, on comprend que ce sont principalement les condamnés qui disposent d'un avocat « proactif » qui pourront voir leurs audiences maintenues, ce qui soulève une question d'égalité de traitement.

C. L'interruption de l'exécution de la peine « coronavirus Covid-19 » (articles 6 à 13)

L'interruption de l'exécution de la peine (IEP) est une modalité qui permet que la peine soit suspendue pendant une durée de trois mois renouvelable (articles 15 à 19/1 loi SJE). Cette modalité peut être octroyée par la DGD[19] à tout moment de la détention, en raison de motifs graves et exceptionnels à caractère familial (par exemple pour permettre d'aller au chevet d'un proche parent en phase terminale d'une maladie[20]). En pratique, l'IEP n'est quasiment jamais accordée. L'arrêté royal crée une forme élargie de cette IEP, à savoir l' « IEP-covid-19 » qui peut être accordée aux condamnés qui remplissent les conditions cumulatives suivantes :

• avoir bénéficié, dans les six derniers mois, d'au moins un congé pénitentiaire, octroyé par l'administration pénitentiaire ou le TAP, qui s'est bien déroulé, ou être en détention limitée tout en bénéficiant de congés pénitentiaires ou encore appartenir au groupe à risque des personnes vulnérables au développement de symptômes graves du coronavirus[21],

• disposer d'une adresse fixe,

• ne pas présenter une des contre-indications suivantes : risque de soustraction, risque de commission d'infractions graves, risque d'importuner les victimes ou risque de ne pas se conformer aux mesures imposées dans le cadre de la lutte contre la pandémie,

• ne pas risquer de causer des problèmes de santé aux personnes chez qui il va séjourner[22],

• marquer son accord écrit aux conditions générales imposées en cas d'octroi, à savoir : ne pas commettre de nouvelles infractions, être joignable téléphoniquement en permanence, ne pas se rendre à l'étranger, ne pas importuner les victimes, quitter immédiatement les lieux s'il rencontre une victime et se conformer aux mesures gouvernementales visant à lutter contre la pandémie.

Trois catégories de condamnés sont exclues de la possibilité de bénéficier de cette modalité :

• les condamnés qui subissent une ou plusieurs peines privatives de liberté dont le total s'élève à plus de dix ans (attention : si un condamné est en prison en raison d'une révocation d'une libération conditionnelle, c'est la ou les peine(s) initiale(s)

19 La Direction gestion de la détention est un service qui dépend de la DGEPI, elle-même dépendant directement du ministre de la Justice.
20 Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2004-2005, n° 3-1128/1, p. 41.
21 Le rapport au Roi et la lettre collective n° 153 (p. 2) indiquent que sont visés comme personnes vulnérables : les condamnés qui ont atteint l'âge de 65 ans, ceux qui souffrent de graves maladies chroniques (diabète, maladies cardiaques, pulmonaires ou des reins) et ceux dont le système immunitaire est affaibli.
22 La lettre collective n° 153 précise que sont visés les condamnés qui sont en isolement préventif ou médical en application des instructions coronavirus.

qui est/sont prises en compte, et non le reliquat de peine à exécuter) ; la DGEPI a aussi précisé que la mise à la disposition du TAP devait être prise en compte dans le calcul[23]),

• les condamnés qui subissent une ou plusieurs peines d'emprisonnement pour des faits de terrorisme (articles 137 à 141 du Code pénal),

• les condamnés qui subissent une ou plusieurs peines d'emprisonnement pour des faits de moeurs (articles 371/1 à 378*bis* du Code pénal).

Par courriel du 14 avril 2020, la DGEPI a précisé que l'IEP-covid-19 ne peut être octroyée qu'aux personnes condamnées détenues séjournant physiquement en prison, et non aux condamnés en surveillance électronique[24] — ce qui soulève des questions en termes d'égalité de traitement, vu que les personnes en surveillance électronique sont considérées comme personnes détenues.

Par ailleurs, ce n'est pas la DGD mais le directeur de la prison qui décide d'octroyer ou non cette modalité. Le directeur doit s'assurer de l'accord du milieu d'accueil, du fait qu'aucun membre du milieu d'accueil n'est malade, et de la disposition de moyens d'existence suffisants. Notons que, dans la pratique, le milieu d'accueil ne peut être un centre d'hébergement, compte tenu des difficultés liées à la pandémie que connaissent également ces centres. En cas de refus, aucun recours n'est prévu. Le rapport au Roi insiste sur le fait que cette modalité ne constitue pas un droit subjectif, mais le directeur doit néanmoins prendre une décision de refus motivée[25]. Nous considérons au contraire que l'arrêté royal est créateur de droits subjectifs en nous appuyant à cet égard sur la jurisprudence de la Cour de cassation[26] et sur l'obligation de motivation en cas de décision de refus.

En cas d'octroi de la modalité, le ministère public et la victime sont informés. La modalité est accordée jusqu'au 17 mai 2020. À cette échéance, le condamné doit prendre contact avec la prison afin de savoir si la mesure est prolongée ou s'il doit réintégrer la prison.

Le condamné doit respecter des conditions générales (*supra*), mais aucune condition particulière ne peut être imposée. En cas de non-respect de ces conditions, le directeur apprécie, « au cas par cas, à la lumière des circonstances concrètes »[27] s'il convient de révoquer la décision, auquel cas il en informe la victime. Par ailleurs, le ministère public dispose de la possibilité de procéder à l'arrestation provisoire du condamné qui mettrait en péril l'intégrité physique ou psychique de tiers. Le directeur décide alors dans les sept jours de l'arrestation du condamné

23 Par courriel du 14 avril 2020, la DGEPI a précisé que : « La mise à disposition du tribunal de l'application des peines est également une peine complémentaire qui revêt un caractère privatif de liberté. Afin de déterminer si un condamné subit des peines privatives de liberté dont le total excède 10 ans, il convient d'additionner les peines d'emprisonnement principal, les peines de réclusion, les peines d'emprisonnement subsidiaire et la peine complémentaire de mise à disposition du tribunal de l'application des peines. Par exemple : une personne qui est condamnée à une peine d'emprisonnement de 5 ans, assortie d'une mise à disposition du TAP de 10 ans, exécute des peines d'un total de 15 ans et est donc exclue du bénéfice de l'interruption de l'exécution de la peine ».

24 Que cette surveillance électronique ait été accordée par le directeur, la DGD ou le TAP.

25 Le rapport au Roi précise que la motivation de la décision de refus doit renvoyer au fait que le condamné ne répond pas aux critères généraux d'éligibilité, au fait qu'il existe des contre-indications, qu'il existe un problème concernant la faisabilité de la modalité ou au fait que le condamné appartient à une des catégories exclues.

26 Cass., 1re ch., 15 novembre 2013, *T. Strafr.*, 2014, p. 180 ; *R.W.*, 2017, p. 1061, *J.L.M.B.*, 2014, pp. 88 et s. et la note de M.-A. BEERNAERT, « C'est officiel : les condamnés ont un droit subjectif à l'obtention de permissions de sorties ou de congés pénitentiaires ! », *J.L.M.B.*, 2014, pp. 93-95. Dans ses conclusions précédant l'arrêt, l'avocat général a rappelé que la compétence d'une autorité administrative ne cesse pas d'être liée lorsque cette autorité doit examiner si les conditions prévues par une norme pour bénéficier d'un droit subjectif sont réunies, même lorsque cet examen suppose l'exercice d'une compétence d'appréciation, laquelle n'autorise aucun choix en opportunité.

27 Rapport au Roi.

s'il révoque la modalité[28]. Il en informe le ministère public et la victime. Par courriel du 27 avril 2020, la DGEPI a indiqué qu'au vu du caractère exceptionnel de la mesure d'IEP-covid-19, une condamnation définitive n'est pas exigée pour pouvoir la révoquer, la révocation étant possible sur la base d'un procès-verbal de police qui constate une infraction ou en cas de délivrance d'un mandat d'arrêt — ce qui soulève la question du respect de la présomption d'innocence.

Notons que le projet d'arrêté royal prévoyait deux modalités distinctes : le congé prolongé (il reprenait le texte de la circulaire du 20 mars 2020 prévoyant quasiment les mêmes conditions que celles énumérées ci-dessus) et l'interruption de l'exécution de la peine qui elle visait uniquement les personnes condamnées vulnérables à l'égard du virus Covid-19. Le Conseil d'État ayant remis en question la modalité de congé prolongé[29], le gouvernement a décidé de fusionner les deux modalités et de ne conserver que celle de l'interruption de l'exécution de la peine. La lettre collective n° 153 indique d'ailleurs que ses dispositions remplacent la circulaire ministérielle du 20 mars 2020. Des recours devant le juge des référés sont pendants portant sur le congé prolongé devenu IEP-covid-19, de nouvelles décisions vont dès lors encore tomber.

Il convient également de souligner qu'un recours en annulation et en suspension en extrême urgence a été introduit auprès du Conseil d'État contre l'alinéa 2, troisième tiret de l'article 7 de l'arrêté royal, qui porte sur l'exclusion de la mesure pour les condamnés pour faits de mœurs, par un détenu précisément condamné pour de tels faits. L'avis de l'auditeur sur la suspension d'extrême urgence a été rendu ce 29 avril 2020[29bis]. Si celui-ci estime que la condition de diligence fait défaut pour justifier l'extrême urgence (le recours ayant été introduit 15 jours après la publication de l'arrêté royal au *Moniteur belge*), il conclut à titre subsidiaire sur le sérieux du moyen, *prima facie,* estimant qu'« il y a là une différence de traitement entre des personnes qui se trouvent dans une situation comparable — à savoir des personnes qui purgent une peine d'emprisonnement —, selon le motif de leur condamnation. Une différence de traitement entre des personnes qui se trouvent dans une situation comparable peut être admise si elle repose sur un critère objectif et qu'elle est raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause. Le principe d'égalité et de non-discrimination est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. (…) Si la partie adverse pouvait déterminer des catégories de détenus pouvant seuls se voir octroyer l'interruption de l'exécution de la peine, si le critère de la condamnation pour des fait de mœurs est un critère objectif, encore fallait-il justifier raisonnablement pourquoi avoir retenu ce critère et pas un autre (dès lors qu'il s'agissait de réduire la concentration de la population carcérale sans avoir égard à la situation individuelle des détenus) ». Or, l'auditeur, constatant que la partie adverse reste en défaut d'expliciter le motif qui l'a amené à exclure de la possibilité d'octroi de la mesure les condamnés pour des faits de

28 Le rapport au Roi prévoit que durant ces sept jours en prison, le condamné exécute sa peine.

29 Pour rappel, lorsqu'un condamné est en modalité d'exécution de la peine, il purge sa peine de prison, hors de celle-ci, moyennant le respect de conditions et en étant suivi et contrôlé : le temps purgé en modalité sera déduit de la peine (avec une spécificité pour le calcul du reliquat de peine en cas de révocation d'une libération conditionnelle). Par contre, s'il s'agit d'une modalité de suspension de la peine, la peine privative de liberté ne s'exécute plus, elle est mise «en pause», ce qui signifie que la personne condamnée retrouve son statut de «citoyen libre» et qu'il ne peut dès lors lui être imposé aucune condition (rapport fait au nom de la commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2005-2006, n° 2170/010, p. 95). Or, le congé prolongé aboutissait à une confusion des genres car il prévoyait l'imposition de conditions et prenait le nom d'une modalité d'exécution de la peine (le congé), tout en prévoyant que la peine était «suspendue» pendant sa durée. Le Conseil d'État a souligné qu'il n'était pas possible de prévoir qu'un congé pénitentiaire, qui est une modalité d'exécution et non de suspension de la peine, et qui prévoit le respect de conditions, puisse «suspendre» la peine.

29bis Avis de l'auditorat sur une requête en suspension d'extrême urgence, G/A 230.490/XI-2298, 29 avril 2020.

mœurs, conclut que la différence de traitement ne peut être considérée comme étant conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution. L'auditeur relève également que « l'affirmation selon laquelle la logique du système exclut l'examen de chaque cas individuellement est contredite par le fait que, pour les détenus pouvant se voir octroyer une interruption de l'exécution de la peine, un tel examen est bel et bien prévu par l'article 7, alinéa 1er, de l'arrêté royal litigieux ». Par arrêt du 29 avril 2020, le Conseil d'État a rejeté la demande de suspension en extrême urgence de l'exécution de l'article 7, alinéa 2, troisième tiret, de l'arrêté royal du 9 avril 2020 n° 3, estimant que le demandeur avait tardé à agir (écoulement de quinze jours entre la publication de l'arrêté attaqué au *Moniteur belge* le 9 avril 2020 et l'introduction du recours).

D. La suspension des modalités impliquant des allers-retours en prison (article 14)

L'exécution de toutes les décisions d'octroi de permission de sortie et de congé pénitentiaire (que celles-ci aient été accordées par l'administration pénitentiaire ou le TAP) et de détention limitée[30] est suspendue[31], sauf si la direction décide d'accorder une exception lorsque des circonstances urgentes et humanitaires le justifient (et ce, qu'une décision ait déjà été prise ou qu'il s'agisse d'une nouvelle demande)[32]. Des recours devant le juge des référés sont encore pendants portant sur cette mesure de suspension de ces modalités, de nouvelles décisions vont dès lors encore tomber.

Le rapport au Roi précise que l'exécution des décisions d'octroi de surveillance électronique, de libération conditionnelle et de libération provisoire en vue de l'éloignement peuvent se poursuivre. Il s'agit probablement d'un oubli, mais on comprend, par analogie, que les modalités de libération provisoire pour raisons médicales ou de libération sous surveillance se poursuivent également. La lettre collective n° 153 précise que des demandes de permissions de sortie et de congés pénitentiaires peuvent néanmoins continuer à être introduites.

E. La libération anticipée six mois avant la fin de la ou des peine(s) (article 15)

L'arrêté royal prévoit que pendant la durée de la pandémie, la direction accorde la libération anticipée à la personne condamnée qui se trouve dans les six mois avant la fin de la partie exécutoire de la ou des peines privatives de liberté auxquelles elle est condamnée. Certains condamnés sont exclus de la possibilité de bénéficier de cette modalité, à savoir :

• les condamnés qui subissent une ou plusieurs peines privatives de liberté dont le total s'élève à plus de dix ans (voy. à cet égard les remarques formulées pour l'IEP-covid-19 qui valent pour la libération anticipée),

• les condamnés qui subissent une ou plusieurs peines d'emprisonnement pour des faits de terrorisme (articles 137 à 141 du Code pénal),

• les condamnés qui subissent une ou plusieurs peines d'emprisonnement pour des faits de mœurs (articles 371/1 à 378*bis* du Code pénal),

30 Pour rappel, le condamné ayant réussi un congé ou en détention limitée avec des congés, peut bénéficier de l'interruption de l'exécution de la peine s'il remplit les autres conditions par ailleurs (*supra*, C).

31 La lettre collective n° 153 ajoute la semi-liberté (p. 7). Il s'agit d'une forme de détention limitée accordée aux condamnés jusqu'à trois ans, mais qui est très peu utilisée en pratique.

32 Les conditions d'application semblent cependant strictes. Ainsi, pour un détenu à la prison de Saint- Gilles souffrant d'une rage de dent et pour qui le médecin de la prison a estimé qu'il ne peut être traité à l'intérieur de la prison et doit recevoir des soins rapidement, la permission de sortie pour se rendre chez son dentiste sera refusée par la DGD le 10 avril 2020.

• les condamnés qui font l'objet d'une condamnation avec une mise à disposition du TAP,

• Les condamnés qui n'ont pas droit au séjour et qui font l'objet de la procédure visée à l'article 20/1 de la loi SJE[33].

Tout comme pour l'IEP-covid-19, la DGEPI a précisé par courriel du 14 avril 2020 que la libération anticipée ne peut être octroyée qu'aux personnes condamnées détenues séjournant physiquement en prison, et non aux condamnés en surveillance électronique (ce qui soulève des questions d'égalité de traitement : supra) ou en libération conditionnelle. Par contre, il est prévu que cette libération anticipée est octroyée aux condamnés qui se trouvent en IP-covid-19, au moment où, si l'exécution de la peine s'était poursuivie pendant la durée de l'IPCovid-19, ils se seraient trouvés dans les temps pour obtenir la libération anticipée (en d'autres termes, si l'IP-covid-19 « suspend » la peine, on prend néanmoins en compte le temps écoulé comme s'il était purgé mais à l'unique fin de calculer la date à laquelle on octroie la libération anticipée).

La libération anticipée n'est octroyée que si le directeur de la prison a pu s'assurer du fait que le condamné dispose d'un logement et de moyens d'existence suffisants. Par contre, l'annexe 7 à la lettre collective n° 153 prévoit que le directeur prend une décision de refus motivée. En cas d'octroi, le ministère public et la victime sont informés.

Si la libération anticipée est octroyée, le condamné doit respecter un délai d'épreuve égal à la durée de la peine qu'il restait à subir au moment de la libération anticipée (six mois ou moins). Pendant ce délai, il doit respecter les conditions générales suivantes : ne pas commettre de nouvelles infractions, ne pas importuner les victimes, et se conformer aux mesures gouvernementales visant à lutter contre la pandémie. Les dispositions concernant la possibilité de révocation et d'arrestation provisoire sont aussi similaires à ce qui est prévu pour l'IEP-covid-19 (en ce compris l'instruction donnée par courriel du 27 avril 2020) (*supra*).

Par courriel du 24 avril 2020, la DGEPI a indiqué que les condamnés détenus entrants relevant de la catégorie de peine(s) jusqu'à trois ans relèvent uniquement du régime administratif organisé par les circulaires ministérielles et qu'ils ne peuvent bénéficier des mesures prévues par l'arrêté royal, soit l'IEP-covid-19 et la libération anticipée. Ce régime administratif prévoie qu'ils purgent une partie de leur peine en prison ou, s'ils remplissent les conditions à cet égard, en surveillance électronique, et puis qu'ils bénéficient de manière quasi automatique de la libération provisoire standard (LP). S'ils peuvent purger leur partie de peine en surveillance électronique (SE), ils ne se rendent pas en prison mais sont placés en interruption de peine (IP) dans l'attente du placement du matériel électronique. La DGEPI précise : « en cas de non octroi d'une IP ou de révocation d'une SE, une libération anticipée Covid-19 ne peut jamais être accordée avant la date d'admissibilité à la LP ». On comprend donc que les condamnés selon qu'ils relèvent de la catégorie de peine(s) jusqu'à trois ans ou de la catégorie de peine(s) au-dessus de trois ans, seront traités de manière tout à fait différenciée[34] — comme c'est d'ailleurs le cas en-dehors de la crise de la pandémie — ce qui soulève des questions d'égalité de traitement.

33 La lettre collective n° 153 précise que « cela concerne de facto tous les condamnés sans droit au séjour » (p. 5).

34 Ainsi, les conditions pour bénéficier d'une LP sont moins restrictives que celles prévues pour la libération anticipée (par exemple, les condamnés sans titre de séjour peuvent bénéficier de la LP, et les condamnés pour faits de murs aussi mais à l'issue d'une procédure où l'administration pénitentiaire statue sur dossier). Le moment auquel la LP standard est octroyée intervient souvent plus tôt que six mois avant la fin de la partie exécutoire de la ou des peine(s). Cependant, le régime de libération anticipée est plus favorable sur un point, à savoir le fait que le délai d'épreuve est plus court (six mois au lieu de deux ans).

Rappelons à cet égard que la partie de la loi SJE concernant la compétence du juge de l'application des peines pour l'exécution des peines jusqu'à trois ans est censée entrer en vigueur le 1er octobre 2020[35]. On peut d'ores et déjà se demander si la crise sanitaire ne conduira pas à un nouveau report de cette date d'entrée en vigueur.

F. Un déséquilibre au détriment des personnes détenues et/ou condamnées

Si les débats doctrinaux et les réflexions approfondies relatifs à ces différentes dispositions suivront certainement, nous ne pouvons nous empêcher de déjà partager notre indignation quant au fait que les dispositions adoptées témoignent d'un déséquilibre dont les personnes condamnées, et détenues plus globalement, ressortent perdantes[36].

En premier lieu, nous sommes interpellées par le fait qu'aucune mesure prise ne concerne les conditions de détention. Le législateur n'a pas songé une seule seconde à prévoir que le Roi devait également prendre des mesures à l'égard du régime carcéral (réorganisation du régime pour permettre le maintien des activités au maximum tout en respectant la distanciation sociale, possibilité de visioconférence avec la famille, téléphones gratuits, etc.). Si le rapport au Roi fait référence aux recommandations publiées par le CPT et souligne qu'il « convient de promouvoir les conditions de vie et de travail au sein de prisons », il s'empresse ensuite de dire qu'il va se centrer uniquement sur la possibilité de faire baisser la pression sur les prisons par la diminution de la population carcérale. La conséquence en est que le pouvoir exécutif aménage les conditions de détention, en dérogeant à ce qui est prévu par la loi de principes, par la voie de sources administratives non publiées, et donc, sans grande sécurité juridique.

En second lieu, on voit que d'un côté, la prescription de la peine est suspendue, mais de l'autre, les délais dans lesquels les personnes condamnées peuvent introduire des demandes, des requêtes, des recours afin de faire valoir leurs droits ne sont pas allongés. Constatant que dans le cadre de l'information et de l'instruction judiciaire ou concernant les voies de recours contre une condamnation pénale, les délais n'étaient pas suspendus, le Conseil d'État a, dans son avis, soulevé la question d'une différence de traitement qui ne pourrait se justifier au regard du principe constitutionnel d'égalité. Il a d'ailleurs souligné que la limitation des activités des instances judiciaires peut avoir des répercussions sur l'exercice des droits dans la procédure pénale par les parties. En réponse à cet argument, le rapport au Roi précise que ces délais-là sont suffisamment larges pour permettre l'exercice de ces droits (ce qui peut être contesté : le délai pour faire appel d'une ordonnance de la chambre du conseil pour une personne détenue est de 24 heures, le délai pour se pourvoir en cassation contre un jugement rendu par le TAP est de cinq jours, etc.). Le rapport au Roi va jusqu'à préciser que le respect des droits de la défense constitue une priorité absolue et que les mesures prises le sont en tenant compte des droits de la défense des justiciables, et même « en faveur de ces droits ».

35 Article 23 de la loi du 5 mai 2019 modifiant la loi SJE relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine en vue d'adapter la procédure devant le juge de l'application des peines en ce qui concerne les peines privatives de liberté de trois ans ou moins, *M.B.*, 14 juin 2019.

36 Voy. dans le même sens deux cartes blanches : L.TEPER, « Coronavirus et droits de la défense : le diable se cache dans les détails », 13 avril 2020, *Le Soir,* https://plus.lesoir.be/ 294175/article/2020-04-13/coronavirus- et-droits-de-la-defense-lediable- se-cache-dans-les-details ; Ligue des droits humains, « Cette démocratie est la nôtre et doit le rester », 15 avril 2020, *Le Vif*, https://www.levif. be/actualite/belgique/cette-democratie- est-la-notre-et-doit-le-rester/article- opinion-1277221.html.

En troisième lieu, les modalités de permissions de sortie, congés pénitentiaires et détentions limitées sont suspendues, sans qu'aucune compensation ne soit annoncée (possibilité de prendre davantage de permissions de sortie et de congés et crédit d'appel supplémentaires après la fin des mesures de confinement pour rattraper ce temps perdu à préparer la réinsertion par exemple). En outre, il est interpellant de constater que dans le rapport au Roi, ces modalités sont désignées comme des « faveurs », alors que la loi SJE adoptée en 2006 en a fait des droits subjectifs. Dans la même veine, la libération anticipée est qualifiée de mesure qui « peut sembler extrême » dans le rapport au Roi, alors qu'il nous semble que ce qui relève actuellement de l'extrême, ce sont plutôt les conditions de détention subies par les personnes détenues.

En quatrième lieu, les exclusions prévues de l'IEP-covid-19 et la libération anticipée portant sur le quantum de la peine ou le type de faits commis génèrent énormément d'incompréhension et de frustration dans la population détenue, déjà très éprouvée par les conditions de vie extrêmes. Le risque de récidive ne dépend pas en effet uniquement du type de faits commis ou de la hauteur de la peine, ce qui avait déjà été soulevé par Avocats.be dans son avis sur le projet d'arrêté royal[37].

Avocats.be plaidait pour l'extension de l'IEP-covid-19 (à ce moment là le congé prolongé) à toutes les personnes condamnées ne présentant pas de danger pour l'intégrité physique de tiers, et ce, d'autant plus que le confinement limite le risque de récidive. Notons à cet égard qu'une question préjudicielle a été posée à la Cour constitutionnelle par le juge des référés, afin de savoir si l'exclusion de personnes vulnérables au Covid-19, en raison de la lourdeur de leur condamnation ou de la nature des faits commis, ne constitue pas une discrimination eu égard au droit à la santé garanti à tous par l'article 23 de la Constitution[38]. Néanmoins, il est peu probable que la Cour examine le fondement de la question, puisque l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n'a pas encore été confirmé par une loi[39]. Le juge des référés aurait par contre pu, en vertu de l'article 159 de la Constitution, vérifier la compatibilité de cet arrêté royal avec les normes supérieures (en l'espèce, les articles 10 et 11 lus en combinaison ou non avec l'article 23 de la Constitution).

Enfin, au vu de la situation particulièrement alarmante dans les prisons pendant cette crise et des atteintes qu'elle génère aux droits fondamentaux des détenus (droit à la vie, à la santé physique et mentale, au respect de la vie privée et familiale...), il nous semble qu'il aurait été « juste » de prévoir des modalités d'exécution, et non de suspension, de la peine (le temps passé dehors compte comme temps purgé). À notre sens, il pourrait être soutenu qu'il s'agit bel et bien

37 Observations d'Avocats.be concernant l'arrêté royal portant des dispositions diverses relatives à la procédure pénale et à l'exécution des sanctions et des mesures prévues dans le cadre de la lutte contre la pandémie de coronavirus, 25 mars 2020, inédit. La commission pénale d'Avocats.be écrivait ainsi que : « les critères retenus pour exclure de ce bénéfice certains condamnés les exposent à un traitement discriminatoire portant atteinte à leur droit à la santé. Ainsi, l'étendue d'une peine et le nombre d'année de prison à purger ne sont pas nécessairement synonyme de dangerosité. Il peut d'ailleurs rester bien moins de temps de détention à purger à celui qui a été condamné à une peine de plus de dix ans qu'il n'en reste à celui qui entame l'exécution d'une peine de moins de dix ans. La nature des faits ayant conduit à la condamnation n'induit pas plus une dangerosité actuelle des détenus. D'ailleurs, s'ils peuvent bénéficier de congés pénitentiaires, permissions de sortie ou détention limitée, c'est qu'il a été estimé que leur dangerosité était relative, passée ou contenue par des conditions spécifiques. (...) Le fait d'avoir déjà bénéficié de congés pénitentiaires qui se sont bien passés n'apparaît pas non plus comme un critère suffisamment objectif. De nombreux condamnés n'ont pas bénéficié de congés alors qu'ils en remplissent les conditions, uniquement parce que le traitement de leur dossier a pris du retard, particulièrement les deux derniers mois ». Avocats.be cite notamment l'article suivant à l'appui de cette argumentation : A. KENSEY, « ménagements de peines et moindre récidive », *CriminoCorpus*, 2013, https://journals.openedition. org/criminocorpus/2489.

38 La question a été posée dans trois dossiers : Civ. Luxembourg, div. Marche-en-Famenne, réf., 20 avril 2020, RG n° 20/3/C, RG n° 20/4/C et RG n° 20/5/C, inédit.

39 Voy. notamment à cet égard C. const., 17 juillet 2003, n° 100/2003, B.3.2.

de modalités d'exécution de la peine dès lors que des conditions ont été imposées (ce qui ne peut être le cas des modalités de suspension de la peine[40]). Quant aux personnes qui seront restées détenues pendant la crise sanitaire et la durée des mesures portant atteinte aux droits fondamentaux et aux droits prévus dans la loi de principes, une réduction de peine équivalente au temps passé en prison pendant la pandémie pourrait leur être accordée , et ce, afin de compenser les violations faites à ces droits — demande notamment portée par la section belge de l'Observatoire international des prisons[41].

G. Les dispositions à l'égard des personnes internées (articles 16 et 17)

À l'instar de ce qui est prévu pour les chambres de l'application des peines du TAP, l'arrêté royal prévoit que les chambres de protection sociale, dans toute une série de procédures[42], n'entendent que l'avocat de la personne internée, le ministère public, et le cas échéant, l'avocat de la victime à l'audience, sauf décision contraire motivée, cette dernière ne pouvant faire l'objet d'aucun recours. Alors que diverses mesures sont prises pour « vider » les prisons, il est particulièrement choquant qu'absolument aucune mesure ne soit adoptée pour diminuer la population internée, alors que certains lieux de placement sont surpeuplés et/ou ne permettent pas de respecter la distance sociale et les mesures d'hygiène nécessaires pour éviter la propagation du virus (on pense notamment aux annexes psychiatriques des prisons). Le Centre régional de soins psychiatriques « Les Marronniers » (hôpital psychiatrique sécurisé situé à Tournai) déplorait déjà plusieurs morts en son sein en raison du Covid-19[43].

4 DES PISTES D'ACTION

Enfin, voici quelques pistes d'action que nous suggérons aux avocats pour la défense de leurs clients condamnés à une ou plusieurs peines privatives de liberté.

1. Vérifier si le condamné détenu rentre dans les conditions pour l'IEPCovid-19 ou la libération anticipée, et écrire à la direction de la prison pour se renseigner quant à la décision prise. En cas de refus, envisager des recours en référés. Ainsi, le juge des référés de Bruxelles libération anticipée où le motif de refus de la direction pour l'octroi de la mesure repose sur le comportement en détention du requérant. L'IEP-covid-19 a été accordée avant les plaidoiries dans les deux dossiers, une des deux causes a été prise en délibéré sur la question des dépens.

2. Si le condamné détenu présente des problèmes de santé, et ne rentre pas dans les conditions d'une IEP-covid-19 ou se l'est vue refuser, solliciter une libération provisoire pour raisons médicales (LPRM) auprès du JAP[44]. Pour obtenir cette modalité, il faut pouvoir démontrer un état de santé incompatible avec la détention, ce qui est notamment le cas si le détenu présente un « état de santé fragile ou une

40 *Supra*, note 29.
41 Section belge de l'Observatoire international des prisons, communiqué de presse : « Les décisions prises par le gouvernement à l'égard des condamnés à des peines de prison : les personnes condamnées et leurs proches paient à nouveau la facture », 16 avril 2020, http:// oipbelgique.be/fr/?p=1101.
42 Il s'agit des procédures visées aux articles suivants de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement : article 4, § 3, articles 30, 46, 54, 58, § 4, 64, 68, 77/3, 77/9, 81, §§ 1 et 2. Lorsque la CPS décide de l'internement d'une personne condamnée, sa décision est susceptible d'appel (article 77/7) : le cas échéant, la chambre correctionnelle de la cour d'appel peut également prévoir la représentation de la personne internée par son avocat.
43 Information transmise à la section belge de l'Observatoire international des prisons.
44 Sur le champ d'application et le régime procédural de cette modalité, voy. O. NEDERLANDT et P. DERESTIAT, « La libération provisoire pour raisons médicales devant le juge de l'application des peines », *J.T.*, 2016, pp. 233-244.

pathologie affectant son immunité »[45].

C'est ainsi qu'une LPRM a été accordée à un condamné atteint de la maladie de Hodgkin[46], à deux condamnés atteints d'un cancer et subissant une chimiothérapie[47], à un condamné souffrant de diabète (et ce, malgré un avis du médecin de la prison et du médecin référent de l'administration pénitentiaire allant en sens contraire, ceux-ci ne considérant pas la détention en temps de pandémie comme incompatible avec l'état de santé)[48]. Une LPRM a aussi été octroyée à un condamné devant réaliser des dialyses en milieu hospitalier trois fois par semaine (outre sa vulnérabilité au virus, il s'agit d'éviter les allers et venues au sein de la prison) — notons de façon intéressante que ce condamné n'ayant pas de titre de séjour et n'étant dès lors pas en ordre de mutuelle, la DGEPI a accepté de prendre en charge les factures de dialyse[49].

Par contre, la LPRM a été refusée à un condamné, placé en isolement médical en prison du fait qu'il présente des symptômes du covid-19, car les avis médicaux n'ont pas considéré que l'état de détention était incompatible avec l'état de santé, mais aussi car le TAP a retenu le risque de violences conjugales[50]. De même, la LPRM a été refusée à un condamné dont l'état de santé a été jugé incompatible avec la détention tant par le médecin de la prison que par le médecin de l'administration pénitentiaire — il se déplace en fauteuil roulant et se trouve au stade ultime d'une maladie chronique respiratoire sévère. Le JAP a en effet considéré le risque de récidive et le risque pour la victime comme trop important, notamment au vu du fait que le condamné a exprimé à plusieurs reprises des menaces de mort à l'encontre de celle-ci[51].

Enfin, notons que le lieu d'incarcération semble pouvoir jouer un rôle. Ainsi, la LPRM a été refusée à un condamné consultant occasionnellement le service médical de la prison pour des douleurs thoraciques à caractère pariétal et ayant fait l'objet d'une thoracoscopie, en raison des deux avis des médecins ne considérant pas l'état de santé incompatible avec la détention d'une part, et en raison d'autre part, en raison du fait que le condamné est placé au sein d'une maison de transition d'Enghien, aux conditions plus favorables d'autre part[52] (absence de surpopulation et plus de facilité pour éviter les contacts rapprochés). Un condamné âgé de 78 ans présentant différents problèmes de santé (« séquelles d'un accident vasculaire cérébral en 2011, d'une cardiopathieischémique qui a nécessité la pose de stents en 2015 et d'un pacemaker en 2018, hypertension générale et plus précisément hypertension artérielle pulmonaire), a sollicité une LPRM car il ne peut bénéficier de l'IEP-covid-19 étant condamné à un total de peine(s) supérieur à dix ans et au vu de la nature des faits (attentats à la pudeur avec violences ou menaces sur mineures). Le médecin de l'administration pénitentiaire a considéré que dans les conditions actuelles de la pandémie, ce condamné est considéré, « vu son âge et ses antécédents cardiologiques, comme personne à risque ». Le JAP de Liège a cependant considéré que ce condamné « sera tout autant "personne à risque"

45 Le JAP de Bruxelles a ainsi déclaré : « Des inquiétudes particulières existent cependant à juste titre concernant les lieux d'enfermement compte tenu de la promiscuité qui y règne, d'un manque d'aération et d'une salubrité souvent insatisfaisante. Dans ces circonstances, une libération pour raisons médicales peut être accordée lorsque le détenu présente un état de santé fragile ou une pathologie affectant son immunité », et refusé d'octroyer cette modalité à un condamné ne remplissant pas cette dernière condition (JAP Bruxelles, 80e ch., 8 avril 2020, RG n° 20/341/LPRM, inédit).
46 JAP Bruxelles, 80e ch., 10 avril 2020, RG n° 19/1047/LPRM, inédit.
47 JAP Bruxelles, 80e ch., 30 mars 2020, RG n° 20/207/LPRM, inédit ; JAP Liège, 23e ch., 27 mars 2020, RG n° 18/0647/LPRM, inédit.
48 JAP Bruxelles, 81e ch., 14 avril 2020, RG n° 20/378/LPRM, inédit.
49 JAP Mons, 37e ch., 27 mars 2020, R.G n° 20/00246-LRPM8, inédit.
50 JAP Bruxelles, 81e ch., 14 avril 2020, RG n° 20/377/LPRM, inédit.
51 JAP Liège, 23e ch., 6 avril 2020, RG n°20/0544/LPRM, inédit.
52 JAP Mons, 37e ch., 17 avril 2020, RG n° 20/00294-LRPM, inédit.

dans la société qu'au sein de la prison». Le JAP note qu'à Liège, lieu du milieu d'accueil du condamné, il y a 984 cas de Covid positifs, tandis qu'il n'y a aucun cas avéré à la prison de Saint-Hubert où il est détenu malgré le fait qu'il s'agisse d'une prison ouverte. Le JAP relève que le condamné ne présente pas de symptôme, que l'évolution de sa santé est satisfaisante et qu'il ne fait que rarement appel au médecin de la prison. Il ajoute qu'en cas de détection positive, le condamné pourrait être pris en charge par le service spécialisé mis en place à la prison de Bruges[53]. Cette dernière décision prend donc en compte le fait qu'il y a plus de cas de Covid-19 dans le lieu où le condamné serait confiné à l'extérieur que dans le lieu où se trouve la prison. Néanmoins, il nous semble qu'une telle considération aurait dû être mise en balance avec les recommandations internationales visant à la réduction de la population pénitentiaire, et les mesures gouvernementales prises en ce sens. Ces mesures sont recommandées et prises parce que les prisons, en tant que lieu fortement peuplé, ne permettant pas la distanciation sociale et avec un personnel important qui entre et sort chaque jour, sont des lieux à risque pour une propagation très rapide du virus : si le virus passe les portes de la prison, les détenus risquent d'être rapidement contaminés, ce qui peut être fatal pour ceux qui sont à risque au vu de leur état de santé.

3. Pour les condamnés qui ne se trouvent pas dans les conditions de l'IEP-covid-19, il conviendra d'être particulièrement attentifs aux décisions à intervenir en référé. Ainsi, le juge des référés bruxellois est actuellement saisi de plusieurs demandes où la question des lacunes législatives[54] a été invoquée ; plus précisément, il a été demandé au juge de constater une discrimination dans une norme de nature réglementaire (en l'espèce, les critères d'exclusion de l'IEP-covid-19 prévu par l'arrêté royal) et d'en combler lui-même la lacune (en l'espèce, en accordant l'IEP-covid-19).

4. Si le condamné dépend du TAP (peine(s) > 3 ans) et que le dossier est complet, il convient de solliciter une audience afin de solliciter l'octroi d'une surveillance électronique ou d'une libération conditionnelle (ou libération sous surveillance), même s'il est en IEP-covid-19 (l'avantage est qu'en modalité, votre client exécutera sa peine, tandis qu'en IEP-covid-19, le temps n'est pas considéré comme purgé : *supra)*. Si la jurisprudence constante des TAP est d'exiger que le condamné dispose d'un plan de réinsertion tout à fait concrétisé sur trois volets : hébergement, occupation (travail ou formation) et suivi(s) pour les problématiques liées à la délinquance (assuétudes, etc.), on comprend que le confinement généralisé risque de faire obstacle à la possibilité de trouver une occupation et un suivi pouvant être mis en place dès la sortie de prison. À cet égard, rappelons que la loi SJE ne parle que de «perspectives» de réinsertion sociale et que la situation critique devrait conduire les TAP à assouplir leurs exigences. On constate d'ailleurs qu'une chambre du TAP de Bruxelles a déjà suivi cette voie.

Un condamné s'est vu octroyer une libération conditionnelle. Il avait une promesse d'embauche, mais ce travail ne peut finalement se concrétiser en raison de la crise sanitaire. Le TAP relève que le condamné semble avoir les capacités et la motivation pour rechercher un autre emploi si nécessaire et ajoute que «l'octroi

53 JAP Liège, 23e ch., 23 avril 2020, RG n° 07/0023/LPRM, inédit.

54 La Cour constitutionnelle impose en effet au juge de réparer la lacune législative à l'origine d'une discrimination si le constat d'inconstitutionnalité est suffisamment précis et complet pour que la disposition en cause puisse être appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution (voy. notamment M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 263-264 et C. const., 14 décembre 2017, n° 143/2017). Cette théorie est également consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation qui considère que le juge est tenu de remédier aux lacunes de la loi dont la Cour constitutionnelle a constaté l'inconstitutionnalité ou à celles qui résultent du fait qu'une disposition de la loi est jugée inconstitutionnelle, lorsqu'il peut suppléer à cette insuffisance dans le cadre des dispositions légales existantes pour rendre la loi conforme aux articles 10 et 11 (voy. notamment Cass., 27 mai 2016, RG n° C.13.0042.F).

d'une mesure de libération dès maintenant lui permettra de concrétiser son plan de reclassement immédiatement après la fin du confinement». Il indique donc dans le jugement que le condamné devra prendre, sans délai, les contacts nécessaires pour mettre en place le volet professionnel du plan de reclassement et le suivi psychosocial dès la fin du confinement. Le TAP prend aussi en compte comme élément positif le fait que le condamné est depuis une dizaine de jours en congé prolongé chez sa compagne sans incident[55]. Dans un autre jugement, le TAP tient le même raisonnement à l'égard d'une formation, le condamné étant invité à faire les démarches pour la suivre dès la fin du confinement[56].

Le TAP de Bruxelles a aussi décidé d'octroyer deux modalités en une fois : la surveillance électronique et, dès que le condamné atteint la date d'admissibilité à celle-ci, la libération conditionnelle[57]. Dans certains jugements, cette chambre va d'ailleurs expressément motiver cet assouplissement de l'exigence du volet occupationnel au vu de la pandémie qui aggrave les conditions de détention[58]. Cet assouplissement intervient aussi lorsque le TAP apprécie l'opportunité de suspendre ou de révoquer une modalité. Ainsi, le TAP a décidé de ne pas suspendre une surveillance électronique suite à une arrestation provisoire, notamment en raison de la crise sanitaire[59]. Il est également possible de solliciter du TAP la libération provisoire en vue de l'éloignement pour le détenu sans titre de séjour. Le TAP peut alors différer l'exécution de sa décision d'octroi au moment de la réouverture des frontières[60]. 5. Enfin, pour une personne internée qui présente une pathologie grave, il convient de saisir le juge des référés, ou de formuler une demande urgente à la CPS si le dossier le permet[61].

Nous souhaitons mettre le point final à cette chronique par quelques chiffres. Notons néanmoins que ces chiffres doivent être pris avec précaution dès lors que d'une part, nous ignorons les règles de comptage et d'autre part, nous avons constaté des différences dans les chiffres relatifs à la même information (total de la population carcérale) dans les différents tableaux produits chaque jour. Entre le début de la pandémie et la date du 29 avril, 17 détenus et 62 membres du personnel pénitentiaire ont été testés positifs au Covid-19, le risque de contamination est donc bel et bien présent. Au niveau de la population carcérale, la veille de l'adoption des mesures pour répondre à la crise sanitaire en prison, le 12 mars 2020, les prisons comptaient 10.906 personnes détenues (10.416 hommes et 490 femmes). Depuis, ce chiffre n'a fait que baisser. En date du 3 avril, il est passé à 9.889, puis à 9.686 le 15 avril et enfin, le 29 avril, à 9.582 (9.171 hommes et 411

55 TAP Bruxelles, 80e ch., 8 avril 2020, RG nos 19/990/LC-19/991/SE, inédit.
56 TAP Bruxelles, 80e ch., 8 avril 2020, RG nos 19/547/DL-19/548/LC - 19/720/SE, inédit.
57 TAP Bruxelles, 81e ch., 24 mars 2020, RG nos 19/956/SE et 19/1176/ LC, inédit.
58 «L'intéressé présente un plan de reclassement partiellement abouti puisqu'il ne pourra prendre part à sa formation que lorsque le confinement lié au Covid-19 aura pris fin. Néanmoins, le tribunal estime qu'en raison des conditions de détention particulièrement dégradées (suppressions des visites, des activités communautaires...) liées à l'épidémie du Covid-19, le maintien de la détention n'apparaît pas opportun. La promiscuité induite par le fait même de l'incarcération augmente les risques de contamination au Covid-19 et partant fragilise une population déjà vulnérable. Au vu de ces considérations et compte tenu de la situation sanitaire actuelle, une surveillance électronique sera accordée à X afin qu'il puisse effectuer la mesure de confinement, auprès des siens, en toute sécurité. Ceci suppose que dès que les mesures de confinement auront pris fin, l'intéressé devra, sans délai, prendre tous les contacts nécessaires afin de mettre en place le volet professionnel de son reclassement. Il en va de même pour son suivi psychosocial» (TAP Bruxelles, 80e ch., 8 avril 2020, RG n° 19/912/SE, inédit ; dans le même sens : TAP Bruxelles, 80e ch., 8 avril 2020, RG nos 18/777/SE-18/778/LC-19/1256/DL, inédit).
59 TAP Bruxelles, 80e ch., 23 mars 2020, RG n° 19/516/AP, inédit.
60 Ainsi, le TAP de Bruxelles a accordé cette modalité en prévoyant que son jugement «sera exécutoire à partir du moment où les frontières de la Belgique et de la Pologne auront été rouvertes (crise liée au Covid-19) et au plus tard le 8 octobre 2020» (TAP Bruxelles, 80e ch., 8 avril 2020, RG n° 19/1045/LPE, inédit).
61 En sens contraire, TAP Mons, CPS, 9 avril 2020, RG 256/2020, inédit.

femmes). Le 29 avril, sur 9.570 détenus[62], on compte 5.504 condamnés (57 %), 3.373 prévenus (35 %), 584 internés (6 %) et 109 sous un autre statut (1 %) ; à cette date, 49 % des détenus (4.726) se trouvent dans les prisons du Nord, 41 % (3.961) dans les établissements du Sud et 9 % (883) dans ceux de Bruxelles. Il est intéressant de noter qu'il n'y a pas eu d'augmentation substantielle au niveau du recours à la surveillance électronique. Le 12 mars, 2.003 personnes étaient en surveillance électronique et 2.287 en interruption de peine(s) (IP) (attendant le placement d'un bracelet électronique), au total 4.290 personnes concernées. Le 29 avril, il y avait 1.770 personnes en surveillance électronique[63] et 2.741 en IP, soit au total 4.511 personnes concernées, chiffre total duquel il faut néanmoins déduire les condamnés en IEP-Covid-19[64]. En commission de la Justice en date du 22 avril, le ministre de la Justice Koen Geens a indiqué que 411 détenus avaient bénéficié de l'IEP-covid-19 et 180 d'une libération anticipée[65]. En un peu plus d'un mois (entre le 12 mars et le 29 avril), la crise sanitaire a conduit les pouvoirs judiciaire et exécutif à diminuer la population carcérale de plus de 1.000 personnes (1.324 précisément), soit une baisse de 14 %. L'ensemble des textes légaux prévoient que la prison ne doit être utilisée qu'à titre d'ultime recours. Si l'on sait que l'inflation carcérale est aujourd'hui trop importante et ne se justifie pas au vu de cette exigence d'ultime recours, la crise du covid-19 en aura été la preuve éclatante. Espérons dès lors qu'il ressorte de cette situation extrême la volonté de raviver le débat démocratique sur la place de la prison dans notre société.

Olivia NEDERLANDT
Chercheuse FRS-FNRS à l'Université Saint-Louis - Bruxelles,
Membre de la section belge de l'Observatoire international des prisons

Delphine PACI
Avocate au barreau de Bruxelles,
Assistante à l'Université Saint-Louis - Bruxelles,
Membre de la section belge de l'Observatoire international des prisons

© Extrait du Journal des tribunaux n° 6814 du 9 mai 2020, p. 341-348.

62 La DGEPI produit chaque jour plusieurs tableaux chiffrés. Le chiffre de la population carcérale dans le tableau d'informations générales et le chiffre de cette même population dans un autre tableau précisant le statut des détenus ne correspondent pas.

63 Dans un tableau plus détaillé qui compte 1.780 personnes en surveillance électronique à la date du 29 avril, il est précisé que 463 d'entre elles sont en détention préventive, soit 26 %.

64 La DGEPI produit chaque jour des chiffres sur la population carcérale, en distinguant les personnes présentes en prison (les détentions limitées sont comprises dans ce chiffre), les personnes en surveillance électronique (que cette modalité ait été accordée par l'administration pénitentiaire ou le TAP) et les condamnés en «interruption de peine(s)», ce dernier chiffre reprenant à la fois les condamnés à des peines jusqu'à trois ans en interruption de peine dans l'attente du placement d'un bracelet électronique et les condamnés relevant de la catégorie plus de trois ans et placés en IEP-covid-19.

65 Réponse donnée par le ministre de la Justice à plusieurs questions parlementaires, C.R.I., Chambre, 2019-2020, séance du 22 avril 2020 soir, n° 55-COM-156, p. 16.

RÉGIME DISCIPLINAIRE ET DISTANCIATION SOCIALE
LA LOI DE PRINCIPE À L'ÉPREUVE DE L'URGENCE SANITAIRE

Depuis le 17 mars 2020, la population belge est soumise à des mesures de restriction et de confinement dans le cadre de la crise sanitaire liée à l'apparition du virus « Covid-19 ».

Les restrictions liées aux contacts interpersonnels connaissent des applications à l'intérieur des établissements pénitentiaires, notamment par le recours aux mesures disciplinaires.

Or, confronté à un phénomène tout à fait nouveau, l'usage d'un cadre législatif « ancien » peut paraître inadapté.

Ainsi, l'auteur de ces quelques lignes a pris connaissance de plusieurs procédures disciplinaires dont la régularité pose question : des sanctions disciplinaires sans audition et en dehors de toute procédure ou encore des sanctions disciplinaires face à des comportements dont le caractère « infractionnel » n'est pas établi.

Loin de proposer un examen exhaustif des règles du régime disciplinaire en matière carcérale, la présente se veut uniquement un rappel de quelques règles essentielles.

La loi de principes du 12 janvier 2005 concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus détaille la philosophie du régime disciplinaire, les comportements constitutifs d'infractions disciplinaires et les sanctions qui peuvent être appliquées.

On rappellera que l'article 122 de la loi de principes pose le principe de subsidiarité du régime disciplinaire et de responsabilité des détenus[1].

De façon générale, le principe de responsabilité du détenu s'oppose, dans de nombreux cas, à ce que des sanctions disciplinaires puissent être appliquées à des détenus internés. Ainsi l'internement ne met pas fin à l'application de la loi de principes (et au régime disciplinaire), mais il appartiendra au directeur de pouvoir établir que l'interné avait conscience de ses actes et de leur caractère répréhensible[2].

Le principe de subsidiarité implique que la procédure disciplinaire ne devrait être utilisée que lorsque le comportement infractionnel pose un problème de maintien de l'ordre et de la sécurité et que ce problème ne peut être réglé autrement qu'en recourant à des procédures disciplinaires, notamment par le recours au dialogue[3].

Il ne peut être prononcé de sanction disciplinaire qu'à l'issue d'une procédure disciplinaire définie aux articles 144 et suivants de la loi de principes.

La procédure impose au directeur de procéder, préalablement à sa décision, à une audition disciplinaire. Le détenu a le droit d'être assisté d'un conseil au cours

1 L'article 122 de la loi du 12 janvier 2005 pose que « Le régime disciplinaire vise à garantir l'ordre et la sécurité dans le respect de la dignité, du respect de soi ainsi que de la responsabilité individuelle et sociale des détenus. Le recours à la procédure disciplinaire doit être limité aux situations dans lesquelles le maintien de l'ordre et de la sécurité de l'établissement le justifient de manière impérieuse et qu'aucun autre moyen ne peut être employé pour l'assurer ».

2 C.E. n° 238.815 du 13 juillet 2017 ; C.E. 247.098 du 20 février 2020 ; pour un examen plus exhaustif : O. MICHIELS et O. NEDERLANDT, « Le régime disciplinaire appliqué aux internés : irresponsables au pénal, responsables au disciplinaire ? », *J.T.*, 2016, pp. 561- 580.

3 *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n° .51 0231/009, p. 10.

de cette audition disciplinaire.

Vu les mesures sanitaires actuelles, l'administration a prévu que l'assistance d'un conseil pouvait être faite par téléphone ou par vidéoconférence[4].

Il n'existe pas d'autres infractions disciplinaires que celles expressément visées aux articles 129 et 130 de la loi de principes.

À cet égard, on relèvera que ces articles n'ont évidemment pas prévu que le non-respect des règles de distanciation sociale était une infraction disciplinaire.

Dans la pratique, les directions ont eu recours à l'infraction visée à l'article 130, 5o, à savoir le fait d'avoir des contacts non réglementaires avec un codétenu ou avec une personne étrangère à la prison.

Selon nous, le recours à cette disposition est problématique.

En effet, les infractions disciplinaires reposent sur le principe de légalité qui est expressément rappelé à l'article 124, § 1er, et qui doit, selon la volonté du législateur, être interprété conformément à son interprétation en droit pénal[5].

Le texte doit donc être suffisamment précis et suffisamment clair que pour permettre à son destinataire de prévoir le comportement infractionnel et la sanction en cas de non-respect et éviter que le juge appelé à examiner le comportement infractionnel fasse lui-même œuvre de législateur en définissant de nouveaux comportements infractionnels[6].

En l'espèce, les travaux préparatoires restent muets sur le caractère « réglementaire » des contacts que peuvent entretenir les détenus et, partant, à partir de quand le comportement devient « non réglementaire ».

À notre sens, il ne peut s'agir que des comportements qui ne sont pas conformes aux articles 48 à 52 de la loi de principes (lesquels définissent les régimes de vie en communauté et en semi-communauté et donc les moments d'interaction entre les détenus) et des articles 53 à 70 (lesquels définissent le régime des contacts avec des personnes extérieures à l'établissement pénitentiaire).

Aucun de ces articles ne traite de la distanciation sociale et il semble bien compliqué de trouver dans la législation une disposition qui, même interprétée extensivement, le permette, en particulier dans le respect du principe de légalité et de prévisibilité.

Ceci est d'autant plus manifeste que les instructions communiquées par le SPF Justice - Direction général EPI ne semblent pas imposer une distanciation sociale permanente[7] de sorte qu'il sera compliqué de savoir avec suffisamment de prévisibilité quel est le comportement véritablement sanctionnable. Les

4 SPF Justice - Direction générale EPI, Instructions coronavirus, 3 avril 2020. On relèvera cependant que rien ne semble avoir été explicitement prévu pour s'assurer qu'une concertation confidentielle préalable puisse avoir lieu. Dans la pratique, la question de la prise de connaissance du dossier disciplinaire pourra également se poser.

5 *Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, n° 50 1076/001, p 258.

6 Notamment C. const., n° 156/ 2005 du 20 octobre 2005, B.4.1 et B.4.2 ; n° 40/2006 du 15 mars 2006, B.4.1 et B.4.2 ; pour un examen plus complet, voy. G. ROSOUX, *Vers une «dématérialisation» des droits fondamentaux ?*, Bruxelles, Larcier, 2015, en particulier pp. 855 -871 ; M. NIHOUL, «À propos de la précision requise pour définir une infraction en vertu du principe de légalité ou de prévisibilité du droit pénal», *J.T.*, 2004, pp. 2-6.

7 Ainsi, les instructions coronavirus du 17 avril 2020 du SPF Justice - Direction générale EPI prévoient que «Tant que les détenus forment le même groupe pour se rendre au préau, la distanciation sociale ne doit pas être appliquée strictement durant le préau».

différents arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux n'ont pas créé de nouvelle infraction disciplinaire relative au Covid-19, ce qui aurait pu se concevoir. Le détenu reste présumé innocent de toute infraction disciplinaire. Il appartient à l'administration d'établir la matérialité et l'imputabilité des faits reprochés au détenu[8]. À cet égard, on relèvera que le Conseil d'État a déjà jugé que le rapport disciplinaire des agents pénitentiaires avait une force probante limitée et ne valait que comme simple renseignement[9].

En conclusion de ce qui précède, il nous semble que l'application de la procédure disciplinaire à la question de la distanciation sociale en détention ne se fait qu'au prix d'un assouplissement de la rigueur des principes fondamentaux (en particulier du principe de légalité) et laisse une trop grande place à l'arbitraire.

Cette approche nous semble particulièrement peu souhaitable dès lors que l'objectif de la loi de principes était précisément de définir un régime de détention octroyant droits et obligations aux détenus en supprimant, autant que faire se peut l'arbitraire de l'administration.

Cet objectif ne nous semble pas pouvoir s'accommoder d'un amoindrissement des principes fondamentaux au détriment des droits fondamentaux que ces dispositions garantissent aux détenus.

Harold SAX
Avocat au barreau de Bruxelles,
Co-président de la section belge de
l'Observatoire international des prisons

© Extrait du Journal des tribunaux n° 6814 du 9 mai 2020, p. 349-350.

8 Notamment C.E. n° 243.786 du 22 février 2019, C.E. n° 242.733 du 22 octobre 2018, C.E. n° 242.726 du 19 octobre 2018.
9 C.E., n° 236.828 du 20 décembre 2016.

DROIT ÉCONOMIQUE ET COMMERCIAL

UN MORATOIRE POUR LES ENTREPRISES PENDANT LA DURÉE DE LA CRISE DU COVID-19

1 LE CONTEXTE

Depuis le 18 mars 2020, la Belgique est entrée en confinement pour lutter contre la pandémie de Covid-19. Si à titre individuel, la consigne est de rester chez soi, elle est accompagnée de nombreuses mesures collectives tendant à favoriser ce mot d'ordre : limitation des déplacements non indispensables, fermeture des commerces et magasins, à l'exception de quelques dérogations, annulation de nombreux événements, recommandation du télétravail là où c'est possible, accès limité en conséquence aux administrations, fermeture des lieux de loisirs ou de culture, des restaurants, des cafés, etc. Sans conteste, ces mesures coercitives ont un impact inédit sur la vie des entreprises et les conséquences économiques de la crise du Covid-19 seront redoutables.

Tous les acteurs de la vie économique et du monde politique, qu'ils agissent au niveau belge, européen et mondial, en conviennent : des mesures tendant à limiter l'impact de la crise sanitaire sur le tissu économique s'imposent. C'est dans ce contexte qu'a été pris, dans le cadre des pouvoirs spéciaux accordés au gouvernement, l'arrêté royal n° 15 relatif au sursis temporaire en faveur des entreprises des mesures d'exécution et autres mesures pendant la durée de la crise du Covid-19 (ci-après l'arrêté royal n° 15)[1].

2 LE « CHOIX DU ROI » : UN MORATOIRE LÉGAL

1. La méthode retenue par le gouvernement est d'adopter une mesure légale uniforme, s'appliquant à toutes les entreprises au sens du livre XX du Code de droit économique (ci-après CDE). Le choix d'une loi uniforme est motivé par la volonté de simplifier le message adressé aux entreprises, puisque c'est le monde des affaires en général qui est touché par les conséquences de la crise. Il eut en effet été délicat et source de nombreux débats de commencer à identifier quels secteurs de l'économie, ou quel type d'entreprise, ou encore à partir de quel seuil certaines entreprises seraient plus affectés que d'autres. En proposant à la fois un peu de répit à toutes les entreprises et en leur imposant, comme le dit le rapport au Roi, un cessez le feu généralisé, le message se veut à la fois clair et rassurant.

L'option retenue est tout aussi uniforme : le régime proposé consiste à accorder un moratoire temporaire, durant lequel toute entreprise débitrice est en principe protégée contre les saisies conservatoires et exécutoires, et d'une manière générale toutes les voies d'exécution, ainsi que contre toute déclaration de faillite ou mise en dissolution judiciaire ou transfert forcé. Le rapport au Roi révèle que le gouvernement espère ainsi proposer un système proportionné et efficace en terme de coût et de temps, par une application immédiate[2] et sans formalité, de la mesure, un traitement égalitaire de toutes les entreprises, avec le souci d'éviter une concurrence déloyale vis-à-vis des entreprises étrangères qui bénéficient déjà de mesures similaires.

Une telle mesure était-elle indispensable, dès lors que le droit de l'insolvabilité dispose d'outils sérieux de redressement, en particulier la procédure de réorganisation

1 Arrêté royal n° 15 du 24 avril 2020 relatif au sursis temporaire en faveur des entreprises des mesures d'exécution et autres mesures pendant la crise du Covid-19, *M.B.*, 24 avril 2020.
2 À partir du 18 mars 2020.

judiciaire ? Le gouvernement justifie son choix, en identifiant, d'une part, le risque d'engorgement des tribunaux de l'entreprise pendant cette période et, d'autre part, l'incapacité de la procédure de réorganisation judiciaire à répondre au problème actuel des entreprises, celui des dettes des semaines et mois à venir.

Il n'était pas question non plus d'adapter dans l'urgence tout le droit de l'insolvabilité. L'intention des auteurs du texte est très claire : la mesure est minimale et limitée en ce sens qu'elle n'introduit pas de modifications hâtives ou non réfléchies au livre XX qui est récemment entré en vigueur. Une conjoncture de crise est souvent mauvaise conseillère, et nous approuvons cette démarche limitée.

2. Les effets du moratoire sont a priori très limités dans le temps. L'arrêté royal n° 15 prévoit que le sursis prendra fin à la date du 17 mai 2020 inclus. Ce délai est court si l'on veut rencontrer les objectifs de répit et de sauvetage des entreprises mises en difficulté par le Covid-19. Il résulte d'un savant équilibre entre les intérêts des entreprises et celui de leurs créanciers.

Mais l'arrêté royal n° 15 prévoit que la date finale peut être adaptée. Le rapport au Roi relève que toutes ces conséquences sont temporaires et se terminent dès que la période visée est expirée.

Le souci du gouvernement de conserver suffisamment de liberté afin d'évaluer la situation est certes compréhensible, mais dans le contexte d'incertitude actuel, les entreprises ont aussi besoin de stabilité. Dans son avis, la Conseil d'État avait d'ailleurs posé la question d'envisager une période « tampon »[3]. Nous partageons cette préoccupation et estimons qu'une période de sursis plus longue mais plus structurante aurait pu être adoptée dès le départ.

3. Comparaison n'est pas raison, il ne faudrait pas croire que les effets du sursis légal sont comparables au sursis accordé par un tribunal de l'entreprise dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire. Le gouvernement n'a en effet pas voulu proposer un régime complet, similaire à cette procédure complexe et encadrée par les tribunaux. Par conséquent, les effets du sursis légal sont à la fois plus larges et plus restreints.

En résumé, le sursis légal porte sur les mesures suivantes :

• en matière de saisies, et sauf exceptions : aucune saisie conservatoire ou exécutoire ne peut être pratiquée et aucune voie d'exécution ne peut être poursuivie ou exécutée sur les biens meubles de l'entreprise ;

• en matière de faillite, de mise en liquidation judiciaire ainsi que de transfert forcé au sens de l'article XX.84, § 2, 1°, du CDE : l'entreprise ne peut plus être déclarée en faillite ou mise en liquidation judiciaire que dans trois hypothèses : s'il s'agit d'une initiative du ministère public, en cas de demande de l'administrateur provisoire qui a été désigné par le président du tribunal de l'entreprise en application de l'article XX.32 CDE[4], ou enfin sur consentement du débiteur ; le transfert d'entreprise sous autorité de justice « forcé » au sens de l'article XX.84, § 2, 1°, du CDE ne peut, quant à lui, purement et simplement pas être ordonné ;

3 Avis du Conseil d'État, n° 67.253/ 2 du 21 avril 2020 sur un projet d'arrêté royal n° 15 « relatif à la suspension temporaire des mesures d'exécution et autres mesures à l'encontre des entreprises pendant la durée de la crise du Covid-19 ».

4 « Lorsqu'il existe des indices graves, précis et concordants que les conditions de la faillite sont réunies, le président du tribunal peut dessaisir en tout ou en partie l'entreprise de la gestion de tout ou partie de ses actifs ou de ses activités » et désigner un ou plusieurs administrateurs provisoires.

• en matière de réorganisation judiciaire : les délais de paiement repris dans un plan de réorganisation et homologué avant ou pendant la durée du moratoire légal sont prolongés d'une durée égale à celle du sursis prévu dans le moratoire légal ;

• en matière de contrats : les contrats ne peuvent être résolus unilatéralement ou par voie judiciaire en raison d'un défaut de paiement d'une dette d'argent exigible, sans qu'il soit dérogé à l'obligation de paiement des dettes exigibles, ni aux sanctions contractuelles de droit commun.

4. Nous détaillerons ci-après le contenu de ces mesures. Dans le cadre de cette brève note, nous nous limiterons cependant à les commenter succinctement et à poser les jalons de leur application. L'heure ne nous paraît pas être aux critiques méthodologiques et théoriques, à l'emballement ou aux renoncements : notre propos se veut résolument pratique et destiné à répondre aux questions que le lecteur se poserait de prime abord.

3 LE CHAMP D'APPLICATION

1. En principe, toutes les entreprises relevant du champ d'application du livre XX du CDE dont la continuité est menacée par l'épidémie ou la pandémie du Covid-19 et leurs suites et qui n'étaient pas en état de cessation de paiement à la date du 18 mars 2020, bénéficient d'un sursis temporaire.

Le texte vise donc toutes les entreprises relevant du livre XX du CDE, c'est-à-dire les entreprises personnes physiques, les professions libérales, toute personne morale et les organisations sans personnalité juridique, à l'exclusion des organisations non personnifiées sans but de distribution, des personnes morales de droit public et des autres autorités publiques et des autorités financières[5].

Le Conseil d'État s'était ému que le champ d'application n'ait pas été élargi aux conjoint, ex-conjoint, au cohabitant légal ou ex-cohabitant légal du débiteur dans la mesure où ils sont personnellement coobligés aux dettes contractuelles du débiteur, liées à l'activité professionnelle, ainsi qu'aux sûretés personnelles constituées à titre gratuit[6]. Les auteurs du projet ont, à juste titre selon nous, réfuté cette critique compte tenu de l'objectif limité du projet (la sauvegarde de la continuité de nos entreprises) et des complications considérables qu'emporterait une telle extension.

2. Même si le libellé de l'article 1er de l'arrêté royal n° 15 pourrait laisser penser qu'il faudra démontrer que la continuité de l'entreprise est menacée par l'épidémie ou la pandémie de Covid-19 et ses suites, le rapport au Roi souligne qu'il n'en est rien. L'application de l'arrêté royal n° 15 est uniforme, automatique et immédiate. Nous l'avons déjà relevé, il n'était pas pensable d'imposer aux entreprises des conditions d'accès particulières ou d'exclure par principe certaines catégories d'entreprises. Cela dit, toute partie intéressée qui considère que l'entreprise ne tombe pas dans le champ d'application pourrait agir directement devant le président du tribunal de l'entreprise, nous y reviendrons (*cfr infra*, point 8).

3. Le gouvernement a toutefois voulu mettre une limite au moratoire légal. L'article 1er ne s'applique pas aux entreprises qui étaient déjà en cessation de paiement le 18 mars 2020, date du début de la période de confinement obligatoire. La *ratio*

5 Sur cette notion, voy. notamment, N. THIRION et A. AUTENNE, «La nouvelle "définition générale" de l'entreprise dans le Code de droit économique : deux pas en avant, trois pas en arrière», *J.T.*, 2018, pp. 826-831.
6 Avis du Conseil d'État n° 67.253/ 2, *M.B.*, 24 avril 2020, p. 28738.

legis de cette limitation tient au fait que les problèmes de ces entreprises sont historiques et ne sont pas liés à la crise actuelle. Le tout sera de le démontrer, et l'on perçoit que certains cas limites seront sujets à débats.

Il est acquis que le régime ne s'appliquera pas aux entreprises qui ont déjà été déclarées en faillite le jour de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal n° 15, c'est à dire le 24 avril 2020.

Le cas est déjà plus délicat pour une entreprise dont la demande en déclaration de faillite était pendante le 18 mars 2020 et dont la faillite n'avait pas encore été prononcée. En principe, elle devrait bénéficier du moratoire, selon le rapport au Roi, sauf si elle peut être déclarée en faillite en vertu de l'article 1er, s'il apparaît que l'entreprise était déjà en cessation de paiement le 18 mars 2020.

En cas de citation en faillite antérieure au moratoire, il appartiendra, dès lors, au demandeur d'apporter la preuve du fait que la cessation des paiements et l'ébranlement des crédits existaient déjà au jour de la citation ou avant — et non pas au jour du jugement de faillite — puisqu'il faudra démontrer non plus que les conditions de la faillite sont réunies au jour du jugement, suivant la jurisprudence traditionnelle, mais au 18 mars 2020 au plus tard. Cette problématique sera, néanmoins, relativement marginale dès lors que les tribunaux de l'entreprise ont, sauf exception, suspendu le traitement des citations en faillite durant la période de confinement.

Par ailleurs, il n'est pas contestable qu'une entreprise qui a fait aveu de faillite et dont la faillite n'aurait pas encore été déclarée au jour de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal n° 15 pourra être déclarée en faillite. Cette solution se justifie par le fait que la faillite d'une entreprise peut toujours être prononcée «sur consentement du débiteur» auquel l'aveu s'identifie. Mais, à nouveau, cette hypothèse sera probablement limitée dans la mesure où, bon an mal an, les tribunaux de l'entreprise ont poursuivi leurs activités depuis le début de la période du confinement et que les aveux de faillite ont continué à être traités.

4 LES EFFETS SUR LES SAISIES

1. En principe, aucune saisie conservatoire ou exécutoire ne peut être pratiquée et aucune voie d'exécution ne peut être poursuivie ou exécutée sur les biens de l'entreprise.

Le sursis vaut pour toutes les dettes de l'entreprise, y compris les dettes reprises dans un plan de réorganisation tel que prévu à l'article XX.82 du CDE, que ce plan de redressement ait été homologué avant ou après le 24 avril 2020[7].

La portée de la mesure est donc extrêmement large, puisqu'elle ne fait aucune distinction a priori entre les différents types de créanciers. Ce champ d'application très large distingue fondamentalement les effets du moratoire légal du sursis accordé dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire dès lors qu'il vise tant les dettes existantes au moment de la survenance de la crise sanitaire que celles qui naissent inévitablement au cours de celle-ci. Il n'est donc pas question d'une distinction entre dettes sursitaires et dettes post-sursitaires. Le rapport au Roi souligne, à cet égard, que «le sursis prévu aux articles XX.44 et XX.51 du livre XX du même Code ne serait pas non plus suffisant, car le problème des entreprises concerne également, et en particulier, les dettes des semaines et des mois à venir,

7 C'est-à-dire la date de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal n° 15.

alors que dans le cas de la réorganisation judiciaire, le sursis ne s'applique qu'aux "anciennes" dettes (sursitaires), c'est-à-dire au passif historique au moment de l'ouverture de la procédure».

2. Le sursis exclut en outre tout type de saisie, qu'elle soit conservatoire ou exécutoire. Ainsi, aucune mesure conservatoire ne peut être prise par un créancier, telle qu'une saisie-arrêt conservatoire.... Nous l'avons déjà indiqué, l'objectif du gouvernement est d'imposer un «cessez-le-feu» aux entreprises qui se trouveront souvent à la fois dans la peau d'un créancier et d'un débiteur. L'idée est de leur permettre d'éviter de devoir lutter contre des saisies alors que toute leur énergie devra être consacrée au redémarrage de l'économie. Il n'est pas certain que les créanciers s'y retrouveront.

3. Il y a une exception notable cependant : le sursis ne vaut pas pour les saisies conservatoires et exécutoires portant sur des biens immobiliers. La formulation du texte est générale, ce qui signifie donc que tant des mesures conservatoires que des voies d'exécution pourront être engagées sur les biens immobiliers. Une exception exprimée aussi largement risque ainsi de mettre à mal tout le dispositif, puisque la voie d'exécution sur un bien immeuble est sans doute la plus lourde et la plus radicale qu'ait à subir une entreprise en difficulté, surtout dans les hypothèses où l'immeuble saisi est celui où se trouve l'exploitation de l'activité concernée.

Le Conseil d'État avait pourtant souligné, dans son avis précité, que ces saisies sont de nature à exercer une pression sur l'entreprise, à générer des charges administratives supplémentaires et à entraver la possibilité d'y échapper par la mise en œuvre d'un plan d'apurement ou d'un règlement amiable[8]. Les auteurs du texte ont justifié le maintien de cette distinction car une saisie immobilière prend du temps et n'a pas d'incidence sur la continuité des entreprises. Cette explication ne nous convainc pas.

4. Par ailleurs, l'arrêté royal n° 15 stipule que cette disposition n'est pas applicable non plus à la saisie conservatoire sur les navires et bateaux.

5 LA FAILLITE, LA DISSOLUTION JUDICIAIRE OU LE TRANSFERT FORCÉ

1. La seconde mesure la plus spectaculaire de l'arrêté royal n° 15 consiste dans l'interdiction, désormais, de déclarer la faillite d'une entreprise, ou de la mettre en liquidation judiciaire[9], ou encore d'ordonner le transfert forcé de tout ou partie de son activité au sens de l'article XX.84, § 2, 1°, du CDE[10], pendant la période du moratoire légal. À nouveau, l'objectif de ses auteurs est clair : il s'agit de protéger les entreprises pendant le temps de la crise, et de leur éviter la pression d'avoir à subir le risque d'une mise en faillite (ou en dissolution judiciaire, ou en transfert forcé) là où ses difficultés sont ponctuelles. La mesure s'accompagne d'ailleurs d'une autre, en droit des sociétés[11], qui consiste à suspendre les mesures préventives telles que la procédure de la sonnette d'alarme pendant le temps de la crise : il est bien évident que tous les clignotants seront au rouge dans les mois à venir, et il convient de recentrer les efforts sur la relance de l'activité économique.

8 Avis du Conseil d'État n° 67.253/ 2, *M.B.*, 24 avril 2020, p. 28738

9 Le Conseil d'État s'est inquiété du projet en ce qu'il n'a pas fait la distinction entre les différents types de dissolution judiciaire, mais il n'a pas été suivi par les auteurs du projet qui jugeaient cette distinction inappropriée, à juste titre selon nous (Avis du Conseil d'État n° 67.253/2, *M.B.*, 24 avril 2020, p. 28739).

10 Cette hypothèse a été ajoutée suite à l'avis du Conseil d'État, ce qui semble justifié puisque les effets d'un tel transfert s'apparentent à ceux de la faillite.

11 AR n° 4 portant des dispositions diverses en matière de copropriété et de droit des sociétés et des associations dans le cadre de la lutte contre la pandémie Covid-19.

2. À l'exception des entreprises qui étaient déjà en état de faillite au 18 mars 2020, la mesure pourrait faire bénéficier d'un effet d'aubaine certaines entreprises qui étaient déjà en difficulté financière. Cette situation peut paraître exorbitante, et il a été décidé d'y apporter un tempérament dans trois hypothèses :

• soit il s'agit d'une initiative du ministère public : représentant l'intérêt général, le ministère public conserve son pouvoir d'agir en faillite. Il lui appartiendra donc d'apporter la preuve que les conditions d'ébranlement du crédit et de cessation des paiements sont réunies dans le chef de l'entreprise. Nul doute qu'étant le gardien de l'intérêt général, en ce compris de l'activité économique, le ministère public risque d'agir avec prudence, dans les cas les plus extrêmes où l'ordre public est en jeu ou le risque de fraude avéré ;

• soit il s'agit d'une demande de l'administrateur provisoire qui a été désigné par le président du tribunal de l'entreprise tel que prévu à l'article XX.32 du CDE ;

• soit le débiteur consent à sa mise en faillite. Le texte légal utilise le mot « consentement du débiteur », ce qui signifie qu'il faut un accord exprès de celui-ci sur la déclaration de sa faillite (ou de sa mise en liquidation). Le consentement ne se présume pas et le juge veillera à ce qu'il soit expressément acté. Cela signifie concrètement que ne s'assimile pas à un consentement un référé à justice, ou a fortiori un défaut du débiteur. À l'inverse, il est évident qu'un aveu de faillite équivaut à ce consentement.

3. L'arrêté royal n° 15 précise, dans un article 2, que l'obligation pour le débiteur de faire aveu de faillite est suspendue pendant la durée du moratoire légal, si les conditions de la faillite sont la conséquence de l'épidémie ou de la pandémie de Covid-19 et leurs suites. Cette disposition ne déroge toutefois pas à la possibilité pour le débiteur de faire aveu de faillite.

Cette disposition a pour but, à l'instar des exemples étrangers, de suspendre l'obligation pour les dirigeants de l'obligation de faire aveu de faillite, étant entendu que les dirigeants peuvent toujours faire volontairement aveu de faillite si c'est l'option la plus appropriée. Bien entendu, la suspension de l'obligation signifie également qu'aucune sanction pénale n'est applicable.

Nous n'aimons pas beaucoup l'expression « si les conditions de la faillite sont la conséquence de l'épidémie ou la pandémie de Covid-19 et ses suites (sic) », car elle semble restreindre le champ d'application de la mesure. Or, le législateur a voulu appliquer un système uniforme à toutes les entreprises, sans distinguer leur secteur d'activité, leur situation financière, leur structure sociale. Il ne faudrait dès lors pas interpréter cette disposition de manière restrictive et considérer qu'il faut encore que les entreprises apportent la preuve d'un lien direct entre « l'épidémie ou la pandémie Covid-19 et leurs suites » et leurs difficultés financières.

Ainsi, à la question : dois-je faire aveu de faillite dans le délai d'un mois qui suit ma cessation des paiements et l'ébranlement de mon crédit, la réponse devrait être « non, pendant le temps du moratoire légal », sous réserve des quelques hypothèses envisagées, notamment dans l'examen du rôle du président de la juridiction et du ministère public. Mais à la question « Puis-je faire l'aveu de ma faillite », la réponse est assurément positive.

4. Le Conseil d'État s'est inquiété dans son avis des effets de la disposition sur la date de la période suspecte[12] et du régime des inopposabilités[13]. En effet, il ne

12 Article XX.105 du CDE.
13 Article XX.111 du CDE.

peut être exclu que certaines entreprises visées par le texte n'arrivent pas à sortir des difficultés rencontrées, malgré le moratoire accordé, et que, postérieurement à celui-ci, elles soient déclarées en faillite. Compte tenu du caractère très temporaire du sursis légal et des possibilités qu'offre l'action paulienne, les auteurs du projet estiment que la mesure reste proportionnée à l'égard des créanciers. Il reste que ces questions pourraient être très délicates dans la pratique.

6 LES EFFETS SUR LES PROCÉDURES DE RÉORGANISATION JUDICIAIRE EN COURS

1. Dans le cadre d'une première présentation, il serait trop long et complexe d'envisager dans le détail tous les effets sur les procédures de réorganisation judiciaires en cours. Les effets de l'arrêté royal n° 15 court-circuitent cette procédure collective pourtant fort encadrée, et il n'est pas certain que les auteurs du texte aient perçu toutes les difficultés pratiques et juridiques qui émergeront. Dans ce bref article, nous nous contenterons d'en aborder quelques-unes, qu'elles soient envisagées par l'arrêté royal ou pas.

2. Bien que l'arrêté royal n° 15 ne le précise pas, il faudra faire s'articuler les effets du sursis accordé dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire avec ceux du moratoire légal.

Ce qui est certain, c'est que le régime vaut pour toutes les dettes donc aussi pour les dettes des entreprises qui jouissent actuellement déjà d'un sursis suite à l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire. Le rapport au Roi le prévoit explicitement : « En effet, il n'a *(sic)* aucune raison de traiter ces entreprises moins favorablement »[14].

Par conséquent, pour certains aspects, les entreprises en réorganisation judiciaire bénéficieront d'une protection supplémentaire temporaire pendant le temps du moratoire légal puisque toutes les dettes, y compris nouvelles, seront visées. Sur d'autres plans, la protection liée à l'existence d'une procédure de réorganisation judiciaire complètera celle du moratoire légal dès lors qu'en vertu des articles XX.50 à XX.58 du CDE, les effets du sursis lié à une procédure de réorganisation judiciaire sont nettement plus complets que ceux visés dans l'arrêté royal n° 15 (notamment en ce qui concerne la protection des conjoints ou cohabitants légaux).

3. Le moratoire légal a une durée limitée, qui a pour effet de suspendre certains délais.

Ainsi, l'arrêté royal n° 15 stipule expressément que les délais de paiement repris dans un plan de réorganisation prévu à l'article 82 du CDE et homologué avant ou pendant la durée du moratoire légal sont prolongés d'une durée égale à celle du moratoire légal prévu à l'arrêté royal n° 15.

Nous savons par ailleurs qu'en principe, l'article XX.76 du CDE interdit que le délai pour l'exécution du plan dépasse un maximum de 5 années. L'arrêté royal n° 15 prévoit, le cas échéant, une prolongation de ce délai maximal pour l'exécution du plan, en raison du moratoire légal. Ce délai de cinq ans n'est donc pas un obstacle à la suspension des délais de paiement. Le texte en projet a été adapté à la suite d'une remarque du Conseil d'État et vise également le délai maximal imposé pour le remboursement des créances sursitaires extraordinaires, tel que fixé à l'article XX.74 du CDE.

14 Rapport au Roi, *M.B.*, 24 avril 2020, p. 28735.

4. Qu'en est-il de la durée du sursis accordé par le tribunal de l'entreprise ? Celui-ci n'est pas suspendu ou prorogé par l'effet de l'arrêté royal n° 15. Il appartiendra, dès lors, au débiteur de solliciter une prorogation du sursis si elle s'avère nécessaire pour mettre en œuvre les mesures de redressement[15].

Outre l'arrêté royal n° 15, la matière est susceptible d'être influencée par l'arrêté royal n° 2 concernant la prorogation des délais de prescription et les autres délais pour ester en justice dès lors que celui-ci, en son article 1er, dispose que les délais de prescription, les autres délais pour introduire une demande en justice auprès d'une juridiction civile ainsi que les délais de procédure ou pour exercer une voie de recours sont prolongés d'une durée d'un mois après le 17 mai 2020. Bien que cette mesure ne vise pas la prolongation du sursis octroyé dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire, ces procédures sont jalonnées de nombreux délais dont il est permis de se demander s'ils sont visés ou comment ils sont affectés par l'arrêté royal n° 2. (*cfr* point 10)

7 LES EFFETS SUR LES CONTRATS EN COURS

1. Les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de l'arrêté ne peuvent être résolus unilatéralement ou par voie judiciaire en raison d'un défaut de paiement d'une dette d'argent exigible en vertu dudit contrat.

À cet égard, l'arrêté royal n° 15 s'écarte (dans le sens d'un renforcement de la protection du débiteur) du régime de livre XX applicable aux contrats en cours en cas de procédure de réorganisation judiciaire.

Conformément à l'article XX.56, § 1er, du CDE, « Le manquement contractuel commis par le débiteur avant que le sursis ne soit accordé ne peut fonder le créancier à mettre fin au contrat lorsque le débiteur met fin à son manquement en s'exécutant dans un délai de quinze jours après qu'il a été mis en demeure, à cette fin par le créancier sursitaire après l'octroi du sursis ». *A contrario*, si le débiteur ne régularise pas son arriéré, le créancier dispose d'une arme redoutable puisqu'il peut mettre fin au contrat. L'article XX.56, § 2, du CDE envisage, quant à lui, le sort des obligations du débiteur nées *après l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire* dans le cadre d'un contrat en cours en autorisant ce dernier à suspendre l'exécution de ses obligations contractuelles pendant la durée du sursis.

L'arrêté royal n° 15 règle cette problématique par une seule mesure générale à la fois plus étendue puisqu'elle vise tant les dettes nées avant la crise que celles nées au cours de la période de moratoire légal et plus restrictive dès lors qu'elle ne porte que sur les obligations contractuelles de paiement de dettes d'argent à l'exclusion de tout autre type d'obligations contractuelles (fourniture de biens ou de services).

Le rapport au Roi souligne expressément, sur interpellation du Conseil d'État, que « la distinction entre les deux types d'engagements (paiement d'une somme d'argent ou prestation en nature) est pertinente car la force majeure n'est pas acceptée en cas d'incapacité financière à payer ». En d'autres termes, le législateur estime que le débiteur qui ne serait pas en mesure d'exécuter certaines de ses obligations contractuelles, autres que le paiement d'une somme d'argent, pourrait toujours se prévaloir de la force majeure dans le cadre du contentieux susceptible de se nouer entre lui et son cocontractant.

15 Sur certaines difficultés, voy. point 11 ci-après.

Soulignons que cette disposition vise aussi l'hypothèse d'une résolution du contrat en application d'une clause résolutoire expresse. Une telle résolution est partant également exclue pendant toute la durée du sursis légal.

2. Le rapport au Roi précise que l'objectif de cette mesure n'est pas d'inciter le débiteur à ne plus payer. Le paiement des dettes sur une base volontaire est évidemment encouragé pour éviter d'ébranler l'économie (par l'effet domino que la cessation de paiement entraine nécessairement) et pour éviter l'effet d'asphyxie que risquera de subir le débiteur à l'issue du moratoire légal.

Cette disposition a uniquement pour objet d'offrir une protection temporaire et limitée aux débiteurs qui ne sont plus en mesure de payer leurs dettes exigibles dans un contexte de blocage de l'économie.

Cette disposition ne déroge pas non plus aux sanctions contractuelles de droit commun, autres que la résolution du contrat, telles que, entre autres, l'exception d'inexécution, la compensation et le droit de rétention pour autant, précise-t-on au commentaire, qu'elles soient exercées « dans le respect des conditions applicables à la bonne foi à la lumière des circonstances actuelles ».

En ce sens, la mesure se rapproche du régime prévu par le livre XX et tend à éviter une disproportion entre la protection offerte aux entreprises débitrices et l'effort imposé aux entreprises créancières.

3. L'arrêté royal n° 15 précise que cette mesure n'est pas applicable aux contrats de travail, ce qui est également le cas du régime du livre XX. Elle n'affecte pas non plus les obligations des employeurs.

4. Par ailleurs, cette mesure n'affecte pas l'application de la loi du 15 décembre 2014 relative aux sûretés financières.

Rappelons qu'en vertu de l'article 14 de la loi relative aux sûretés financières, les clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation sont opposables aux tiers sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable, et nonobstant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, une saisie ou toute situation de concours.

L'article 14 vise également les clauses et conditions de déchéance du terme.

8 UN TEMPÉRAMENT IMPORTANT : LES POUVOIRS EXTRAORDINAIRES DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE L'ENTREPRISE

1. Eu égard aux termes généraux du moratoire légal, l'arrêté royal n° 15 a prévu un garde-fou pour éviter les éventuels abus qui pourraient être constatés dans des cas particuliers.

Ainsi, il est prévu que le président du tribunal de l'entreprise compétent peut décider qu'une entreprise ne tombe pas dans le champ d'application du sursis susmentionné ou lever en tout ou partie ce sursis par une décision spécialement motivée.

Comme cela est relevé dans le rapport au Roi, cette compétence appartient exclusivement au président du tribunal de l'entreprise compétent conformément à l'article XX.12 du CDE.

Cette disposition prévoit, pour rappel, que :

« Le tribunal de l'insolvabilité seul compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité est celui dans le ressort duquel se situe le centre des intérêts principaux du débiteur au jour où le tribunal est saisi.

Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu du siège social. Cette présomption ne s'applique que si le siège social n'a pas été transféré dans un autre ressort au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Pour une personne physique exerçant une profession libérale ou toute autre activité d'indépendant, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu d'activité principal de l'intéressé, ou, s'agissant du titulaire d'une profession libérale soumis à une inscription, du lieu principal où il est inscrit. Cette présomption ne s'applique que si le lieu d'activité principal n'a pas été transféré dans un autre ressort au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ».

Il s'ensuit que la compétence du juge des saisies est expressément écartée au profit de celle du président du tribunal de l'entreprise.

Cela signifie concrètement que le créancier, qui estimerait que les conditions du moratoire ne sont pas remplies (ce qui pourrait, le cas échéant, être le cas si l'entreprise était déjà en état de cessation de paiement à la date du 18 mars 2020 ou encore en cas d'abus de droit par exemple) et qui souhaite pratiquer une saisie conservatoire, doit d'abord saisir le président du tribunal de l'entreprise en vue d'obtenir la levée du moratoire. Ce n'est que si le créancier a obtenu la levée du moratoire par le président du tribunal de l'entreprise qu'il pourra, ensuite, dans un second temps, agir devant le juge des saisies pour obtenir l'autorisation habituelle de procéder à une saisie conservatoire, selon les conditions du droit commun, telle que l'urgence.

2. D'un point de vue procédural, le texte a connu une évolution importante à la suite de l'avis rendu par le Conseil d'État.

Initialement, le projet d'arrêté royal prévoyait que le président du tribunal agissait sur requête unilatérale de toute partie intéressée. Une fois saisi de la demande, le président pouvait demander au débiteur de présenter ses observations écrites dans un délai de cinq jours ouvrables maximum et de la manière qu'il déterminait. Il rendait sa décision toutes affaires cessantes.

Cette procédure a été fortement critiquée par le Conseil d'État qui y voyait, à juste titre selon nous, une atteinte disproportionnée au principe du contradictoire et aux droits de la défense ainsi qu'une source d'insécurité juridique.

Le Conseil d'État a ainsi relevé que le choix de recourir à une requête unilatérale, plutôt qu'à une procédure en référé de droit commun, ne se justifiait ni par l'impossibilité d'identifier l'entreprise visée, ni par la nécessité de ménager un effet de surprise afin de garantir l'efficacité du recours. Face à ce constat, le Conseil d'État a préconisé le recours à une procédure en référé aménagée en fonction des nécessités de l'espèce. Il a également épinglé les sources d'insécurité juridique qu'une telle formule allait générer dès lors que les « observations écrites », que pouvait solliciter le président, n'étaient pas suffisamment précisées : dans quelles circonstances une telle demande devait-elle être formulée par le président, quel aurait été le statut du débiteur ayant fait des observations (parties à la procédure ?), une obligation de motivation spécifique du président était-elle requise, etc.

Ces critiques ont été entendues par le législateur qui a modifié son texte en prévoyant désormais que «Toute partie intéressée peut demander par citation au président du tribunal de l'entreprise compétent de décider qu'une entreprise ne tombe pas dans le champ d'application du sursis susmentionné ou de lever en tout ou en partie ce sursis par une décision spécialement motivée. Cette demande est introduite et instruite selon les formes du référé. Le président rend sa décision toutes affaires cessantes».

Eu égard à la formulation générale de cette règle, il nous paraît qu'il faut entendre «toute partie intéressée» comme visant certes les partenaires économiques de l'entreprise (les fournisseurs, les clients, éventuellement les concurrents, etc.) mais également le ministère public qui reste, en toutes matières, garant de l'intérêt commun.

3. Le pouvoir du président du tribunal est, à cet égard, discrétionnaire.

L'arrêté royal n° 15 énumère, toutefois, des critères, non limitatifs et non contraignants, qui sont susceptibles de guider l'appréciation du magistrat. Le texte prévoit ainsi que le président tient compte, entre autres, du fait qu'à la suite de l'épidémie ou la pandémie de Covid-19, le chiffre d'affaires ou l'activité du débiteur a fortement diminué, qu'il y a eu recours total ou partiel au chômage économique, et que l'autorité publique a ordonné la fermeture de l'entreprise du débiteur, ainsi que des intérêts du demandeur.

Le rapport au Roi indique également d'autres critères qui pourraient entrer en ligne de compte, à savoir l'existence de tentatives d'accord entre le débiteur et le créancier, ainsi que de tentatives pour obtenir de nouveaux crédits, les conséquences du sursis sur les intérêts du demandeur dans le cadre d'un éventuel effet domino, la charge globale de la dette et l'absence de chance de redressement du débiteur ou encore le fait que la dette soit née de contrats conclus après le déclenchement de l'épidémie ou la pandémie, dans la mesure où l'intéressé avait déjà une idée des conséquences que ces mesures pourraient entraîner.

Bien que cela semble aller de soi, il est également souligné que le président peut aussi réprimer les fraudes et tout abus de droit, par exemple lorsqu'il est démontré que l'entreprise n'est pas affectée par l'épidémie ou la pandémie ou qu'elle est parfaitement en mesure de payer ses dettes.

9 LES DISPENSATEURS DE CRÉDIT RASSURÉS

Dans un contexte tel que celui que nous connaissons, tous les regards sont tournés vers les banques. Que feront les dispensateurs de crédit pour soutenir l'économie ? D'une part, les banquiers seront invités à soutenir l'économie en accordant toujours leur crédit aux entreprises, y compris lorsqu'elles se présentent dans une situation financière difficile en raison de l'épidémie et la pandémie Covid-19 et de leurs suites. D'autre part, celles-ci répugneront à un trop grand investissement en présence d'une entreprise dont plusieurs clignotants seront au rouge, au risque de se voir reprocher *in fine* un soutien démesuré à une société, créant *de facto* une situation anti-concurrentielle.

C'est pour rassurer les organismes dispensateurs de crédit que le gouvernement a adopté des mesures complémentaires, tendant à exclure la mise en cause de leur responsabilité aggravée en cas de faillite ultérieure.

Ainsi l'article 3 de l'arrêté royal n° 15 prévoit que les articles 1328 du Code civil et XX.112 du CDE ne sont applicables ni aux nouveaux crédits accordés pendant la durée du moratoire légal visé à l'article 1er, ni aux sûretés établies ou autres actes accomplis en exécution de ces nouveaux crédits.

La responsabilité des dispensateurs de nouveaux crédits ne peut être poursuivie pour la seule raison que le nouveau crédit n'a pas effectivement permis de préserver la continuité de tout ou partie des actifs ou des activités du débiteur.

Cette disposition a pour but de stimuler le crédit (y compris par les fournisseurs) aux entreprises en protégeant d'une part, les nouveaux crédits (par exemple, les nouveaux contrats de prêt ou les nouveaux contrats de leasing) et les sûretés ou paiements qui y sont liés, et en allégeant la responsabilité potentielle des dispensateurs de crédits, d'autre part.

10 L'ARTICULATION DE L'ARRÊTÉ ROYAL N° 2 AVEC LES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

Parmi les mesures prises en matière de Justice en vue de lutter contre la propagation du Covid-19 figure l'arrêté royal n° 2 du 9 avril 2020 «concernant la prorogation des délais de prescription et les autres délais pour ester en justice ainsi que la prorogation des délais de procédure et la procédure écrite devant les tribunaux»[16].

Il est permis de s'interroger sur son application concrète aux procédures d'insolvabilité qui, à l'inverse d'une procédure civile classique, de partie à partie, sont des procédures collectives, mettant en cause plusieurs parties, aux intérêts multiples, et touchant souvent à l'intérêt général. Selon la doctrine[17], c'est ce qui justifie qu'elles soient, de manière générale, traitées avec célérité et que le rôle du juge y soit plus actif. De manière habituelle, elles sont régies par le Code judiciaire, mais sous réserve des dérogations expressément prévues par le Code de droit économique[18] ou par des principes du droit dont l'application ne serait pas compatible avec le Code judiciaire. En particulier, le traitement par la procédure électronique, via le registre de l'insolvabilité REGSOL, offre une souplesse et une efficacité propre à ces matières. En période de crise, le recours systématisé à la procédure électronique permet selon nous un traitement plus rapide, plus efficace et tout à fait sûr d'un point de vue sanitaire.

Nous suggérons que ces éléments d'interprétation guident le praticien lorsqu'il a un doute sur l'application de l'arrêté royal n° 2.

11 L'ALLONGEMENT DES DÉLAIS DE PROCÉDURE AUX PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

1. L'arrêté royal n° 2 pose en son article 1er que les délais de procédure qui expirent durant la période de prolongation et dont l'expiration entraîne ou pourrait entraîner la déchéance ou toute autre sanction sont prolongés de plein droit d'une durée d'un mois après la période de confinement.

2. Appliqué à la procédure de réorganisation judiciaire, qui est jalonnée de délais internes au sursis, cet article risque de conduire à des situations insolubles sans un peu de pragmatisme. En effet, le sursis accordé par le tribunal de l'entreprise dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire n'est pas prolongé par l'arrêté royal n° 2 de sorte que la prolongation des délais de procédure semble très difficilement compatible avec la période du sursis.

À titre d'exemple, envisageons le cas d'un débiteur qui bénéficie d'une procédure de réorganisation judiciaire qui prend en principe fin le 15 mai 2020. S'il souhaite en demander la prolongation, l'article XX.59 du CDE lui impose, à peine d'irrecevabilité, de déposer une requête en prolongation au plus tard 15 jours avant l'expiration du sursis, soit pour le 30 avril. Si ce délai devait être prolongé, par application de l'arrêté

16 Pour un commentaire complet, voy. «La procédure civile en période de Covid-19», J.T., pp. 330- 339. Les délais initiaux ont été prolongés par n arrêté royal du 28 avril 2020 (*M.B.*, 28 avril 2020).
17 I. VEROUGSTRAETE e.a., *Manuel de l'insolvabilité*, Kluwer, 2019, p. 75, n° 50.
18 S'agissant des délais, l'article XX.3 CDE exclut l'application des dispositions des articles 50, alinéa 2, 55 et 56 du Code judiciaire.

royal n° 2, le débiteur pourrait en théorie déposer une requête en prolongation du sursis jusqu'au 17 juin 2020. Or, à cette date, le sursis accordé par le tribunal de l'entreprise aurait déjà pris fin.

Un second exemple pourrait être tiré du cas d'un débiteur bénéficiant d'une procédure de réorganisation judiciaire par accord collectif et bénéficiant d'un sursis jusqu'au 15 mai 2020. Le vote sur le plan de redressement devrait, selon le jugement d'ouverture, être organisé le 11 mai 2020, ce qui impose au débiteur de déposer le plan de redressement au moins 20 jours auparavant[19]. Si ce délai était prolongé jusqu'au 17 juin 2020, il ne serait compatible ni avec le jour fixé par une décision de justice pour procéder au vote, ni avec la protection du sursis qui, par nature, a pris fin le 15 mai 2020[20].

Ainsi, la procédure collective serait inextricable, alors que sont en jeu tant l'intérêt du débiteur que celui de ses créanciers et, *in fine*, l'intérêt économique qu'entend préserver le législateur.

Pour trouver une interprétation cohérente, il pourrait être considéré que l'article 1er de l'arrêté royal n° 2 ne s'applique pas aux délais de procédure de la procédure de réorganisation judiciaire tels que repris au livre XX du CDE. Une telle conclusion n'est peut-être pas pleinement satisfaisante eu égard aux termes généraux de l'arrêté royal n° 2. Dans le doute, nous suggérons, en tous les cas, que les acteurs de l'insolvabilité, et en particulier les entreprises débitrices et leurs créanciers, veillent à appliquer les délais initiaux pour éviter toute controverse et la mise en péril de leurs droits en cas d'interprétation divergente.

3. La procédure de faillite semble plus linéaire. Elle touche cependant à l'ordre public économique et tout l'esprit du CDE tend à favoriser son traitement rapide et efficace, dans l'intérêt du failli et de ses créanciers. Ces intérêts multiples devraient également guider notre interprétation. Mais les solutions nous paraissent peu évidentes, comme nous l'illustrons au travers de deux exemples.

1) Le jugement déclaratif de faillite fixe certains délais, comme celui imposé au créancier pour déclarer ses créances[21]. En vertu de l'article XX.161, alinéa 2, du CDE, combiné à l'article XX.165 du CDE, le créancier conserve la possibilité de déclarer sa créance avant la date du premier anniversaire du jour du prononcé de la faillite, à peine de forclusion.

Faut-il être admettre une prolongation des délais, si cette date anniversaire échoit pendant la période du confinement ou au contraire estimer que le souci de favoriser les liquidations rapides devrait être privilégié, sachant que les déclarations se font via REGSOL, ce qui est de nature à répondre aux préoccupations de santé publique actuelles ? La question est posée, d'autant que l'alinéa 2 de l'article XX.165 du CDE modère la sanction du dépassement en permettant au créancier d'encore introduire une demande tardive, sans toutefois que sa demande tardive suspende les répartitions ordonnées.

S'il est permis de penser que le droit de la faillite pourrait trouver, en lui-même, des réponses individuelles aux questions soulevées par le confinement, sans mettre à mal toute la procédure de liquidation collective, nous observons qu'un dépassement des délais risque d'ouvrir de nombreux débats, d'autant plus que les déclarations de créances ont un effet interruptif de la prescription. La prudence s'impose.

19 Article XX.77 du CDE.

20 Quid encore en cas de contestation par un créancier du montant de sa créance qui, selon les termes de l'article XX.68 du CDE, doit agir au plus tard dans le mois avant l'audience, le tribunal devant rendre sa décision sur la contestation dans les 15 jours avant l'audience de vote.

21 Article XX.104, alinéa 2, du CDE, qui ne peut excéder 30 jours à compter du jugement déclaratif de faillite.

2) La procédure d'effacement est également soumise à des délais de rigueur. Le failli doit la demander au plus tard dans les trois mois qui suivent la publication du jugement de faillite[22]. Ce délai pourrait arriver à échéance durant la période de confinement.

Dans l'hypothèse d'une faillite sur aveu, il nous paraît que l'hypothèse aura été réglée dès le dépôt de l'aveu de faillite via REGSOL, par le dépôt concomitant d'une requête en effacement.

L'hypothèse la plus délicate serait celle d'une faillite prononcée et publiée peu avant le début du confinement, et où le failli n'a pas encore introduit sa requête. Il devrait bénéficier de la prolongation des délais visée par l'arrêté royal n° 2. Ceci étant, nous croyons important que pour éviter ces débats et par prudence, le curateur rappelle au failli la nécessité de déposer la requête en effacement dans le délai initial.

12 LA PROLONGATION DES DÉLAIS POUR INTRODUIRE UN RECOURS

1. Les délais pour exercer une voie de recours sont également soumis à prolongation par l'article 1er de l'arrêté royal n° 2. Son champ d'application se veut très large et rien n'a été prévu spécialement dans le domaine qui nous occupe. Or, dans les procédures d'insolvabilité, les délais de recours sont souvent soumis à des délais dérogatoires au droit commun, pour assurer une plus grande sécurité juridique. 2. Ainsi, et à titre d'exemple, l'appel contre un jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire doit être formé dans les 8 jours de la notification du jugement[23] et doit être traité dans l'urgence à l'audience d'introduction ou à une audience rapprochée. Est-il souhaitable de prolonger ce délai de plusieurs semaines, d'autant qu'en cas d'appel contre un jugement de rejet de la demande de réorganisation judiciaire, l'appel est suspensif ? En d'autres termes, les effets attachés au dépôt d'une requête en réorganisation judiciaire sont prolongés jusqu'à ce que la cour d'appel se prononce.

De même, l'appel d'un jugement statuant sur l'homologation du plan est déposé dans les 15 jours de la notification, et doit être traité par la cour d'appel en urgence. L'effet de l'appel étant suspensif, n'aurait-il pas été préférable de maintenir le délai initial, pour les motifs de célérité et d'intérêt économique déjà évoqués. Il en va de même en cas de recours du débiteur en cas de fin anticipée de la procédure de réorganisation judiciaire[24].

Mutatis mutandis, ces observations valent en cas de transfert : qu'il soit autorisé ou pas, le transfert d'une entreprise en difficulté doit être réglé avec diligence. C'est la sauvegarde de l'entreprise qui est en jeu ou ce sont les intérêts de ses créanciers, travailleurs ou concurrents qui peuvent être en péril. Déjà, les jugements ordonnant le transfert ou celui autorisant la vente sont appelables dans un délai de droit commun, ce qui peut sembler long, mais le législateur a pris soin de préciser qu'en ces matières, le recours est examiné dans l'urgence[25]. Est-il opportun de les allonger encore ?

3. L'exigence de célérité des voies de recours est plus palpable encore lorsqu'il s'agit des faillites. Un jugement déclaratif de faillite est soumis à un délai d'opposition ou d'appel réduit de 15 jours[26]. Ces délais réduits s'expliquent par le caractère collectif de la procédure et il s'agit de délais d'ordre public, dont le non-respect peut être soulevé d'office par le juge. Comme l'appel n'est pas suspensif, la *ratio legis* du

22 Article XX.173 du CDE.
23 Article XX.47 du CDE.
24 Articles XX.61 et XX.62 du CDE.
25 Article XX.90 du CDE.
26 Article XX.107 et 108 CDE.

droit de la faillite recommanderait qu'un recours contre un jugement déclaratif de faillite soit traité à très bref délai.

4. Eu égard à l'incidence de la procédure collective sur les droits et le statut du débiteur ou du failli, mais aussi ses effets sur les droits des créanciers et la restriction apportée à leurs actions individuelles, sans doute eût-il été préférable qu'une attention particulière soit portée à ces domaines du droit gouvernés par l'exigence de célérité et de sécurité juridique. À l'heure où les entreprises en difficulté devront mettre toute leur énergie au redéploiement de leurs activités, il serait dommage qu'elles s'épuisent dans des débats juridiques chronophages et onéreux. Nul doute que des débats pourraient naître, c'est pourquoi nous suggérons que chaque acteur tente de respecter les délais initiaux pour conjurer les risques que nous venons d'identifier.

Bénédicte INGHELS
Conseiller à la cour d'appel de Mons,
Maître de conférences invitée à l'UCLouvain

Zoé PLETINCKX
Juge au tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles

© Extrait du Journal des tribunaux n° 6814 du 9 mai 2020, p. 351-357.

LE DROIT DU TOURISME À L'AUNE DU COVID-19

1. La crise sanitaire du Covid-19 affecte lourdement le secteur du tourisme. La présente chronique a pour objet d'examiner les droits et les obligations des parties au contrat de voyage à forfait d'une part et au contrat de transport aérien d'autre part, en cette période particulière au cours de laquelle de nombreux contrats sont annulés.

1 VOYAGE À FORFAIT

2.La loi du 21 novembre 2017 relative à la vente de voyages à forfait, de prestations de voyage liées et de services de voyage[1] transpose la directive (UE) 2015/2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 90/314/CEE du Conseil.

Un «voyage à forfait» est au sens de la loi «la combinaison d'au moins deux types différents de services de voyage aux fins du même voyage ou séjour de vacances», selon certaines conditions (article 2, 2°), comme par exemple un vol et un hébergement. L'organisateur de voyages peut résilier le contrat de voyage à forfait «s'il est empêché d'exécuter le contrat en raison de circonstances exceptionnelles et inévitables et notifie la résiliation du contrat au voyageur sans retard excessif avant le début du voyage à forfait» (article 31, § 1er, 2°, de la loi du 21 novembre 2017). La crise sanitaire du Covid-19 constitue incontestablement une telle circonstance.

3. Vu l'urgence, le législateur belge a pris les «mesures d'accompagnement spécifiques» suivantes. Lorsqu'un contrat de voyage à forfait est résilié, soit par l'organisateur de voyages, soit par le voyageur, l'organisateur est en droit de lui délivrer, au lieu d'un remboursement (articles 31, § 2, et 32 de la loi du 21 novembre 2017), un bon à valoir («voucher») correspondant à la valeur du montant payé.

Ce bon à valoir doit répondre aux conditions suivantes :

- 1° le bon à valoir représente la valeur totale du montant déjà payé par le voyageur ;
- 2° aucun coût ne sera mis en compte au voyageur pour la délivrance du bon à valoir ;
- 3° le bon à valoir a une validité d'au moins un an ;
- 4° le bon à valoir indique explicitement qu'il a été délivré à la suite de la crise du coronavirus ;
- 5° le bon à valoir est un titre vis-à-vis de l'organisateur de voyage qui l'a émis ;
- 6° le voyageur utilise le bon à valoir à son choix» (article 1er, § 1er, de l'arrêté ministériel du 19 mars 2020 relatif au remboursement des voyages à forfait annulés[2], tel que modifié par l'arrêté ministériel du 3 avril 2020[3]).

Le voyageur ne peut pas refuser le bon à valoir qui répond à ces conditions. Cependant, le bon à valoir qui n'est pas utilisé par le voyageur dans le délai d'un an après son émission, doit être remboursé à sa demande. L'organisateur de voyages dispose alors d'un délai de six mois pour procéder au remboursement (article 1er, §§ 2 et 3, de l'arrêté ministériel du 19 mars 2020). En prévoyant la possibilité d'un

1 *M.B.*, 1er décembre 2017.
2 *M.B.*, 20 mars 2020.
3 *M.B.*, 6 avril 2020.

tel remboursement différé, le législateur belge a concilié les intérêts des voyageurs, qui conservent leur droit au remboursement, et ceux des organisateurs de voyages, dont la trésorerie est fortement impactée par la crise sanitaire du Covid-19[4].

4. Le contrat d'assurance visé à l'article 3 de l'arrêté royal du 29 mai 2018 relatif à la protection contre l'insolvabilité lors de la vente de voyages à forfait, de prestations de voyage liées et de services de voyage[5] doit également couvrir le remboursement des bons à valoir (article 3 de l'arrêté ministériel du 19 mars 2020). Ainsi, en cas d'insolvabilité de l'organisateur de voyages qui a émis le bon à valoir, le droit au remboursement des voyageurs demeure effectif.

2 TRANSPORT AÉRIEN

5. Le règlement (CE) n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91[6] constitue le siège de la matière.

Nous visons ici l'hypothèse du vol sec, réservé en direct auprès du transporteur aérien, ou via un détaillant qui agit comme intermédiaire.

En cas d'annulation, les passagers ont en théorie le droit au remboursement du prix du billet, dans un délai de sept jours, en espèces, par virement bancaire électronique, par virement bancaire, par chèque ou, avec l'accord signé du passager, sous forme de bons de voyage ou d'autres services ainsi que, le cas échéant, un vol retour vers leur point de départ initial dans les meilleurs délais (article 8, § 1er, point *a, juncto* 7, § 3). En pratique cependant, compte tenu des circonstances actuelles, les transporteurs aériens proposent d'office des bons à valoir, valables pour un certain temps, à l'instar des organisateurs de voyages.

6. La crise sanitaire du Covid-19 constitue-t-elle une « circonstance extraordinaire » au sens de l'article 5, § 3, du règlement[7] ? Oui, incontestablement[8]. Les circonstances extraordinaires n'exonèrent cependant les transporteurs aériens que de leur obligation d'indemnisation telle que prévue à l'article 7 du règlement, et non de leur obligation de remboursement.

Le transporteur aérien Ryanair a jadis fait valoir que la fermeture de l'espace aérien d'une partie de l'Europe à la suite de l'éruption du volcan Eyjafjallajökull (Islande) en mars 2010 constitue non pas des « circonstances extraordinaires », mais des « circonstances éminemment extraordinaires », le déliant non seulement de son obligation d'indemnisation, mais également de ses obligations de prise en charge au titre des articles 5 et 9 du règlement. La Cour de justice de l'Union européenne a décidé que le règlement ne contient aucune indication permettant de conclure qu'il reconnaît, au-delà des « circonstances extraordinaires », une catégorie distincte d'événements « particulièrement extraordinaires » qui aurait

4 Le législateur français a pris des mesures similaires. Voy. l'ordonnance n° 2020-315 du 25 mars 2020 relative aux conditions financières de résolution de certains contrats de voyages touristiques et de séjours en cas de circonstances exceptionnelles et inévitables ou de force majeure, *J.O.R.F.*, n° 0074 du 26 mars 2020, texte n° 35.
5 *M.B.*, 11 juin 2018.
6 *J.O.* L 46 du 17 février 2004, p. 1.
7 Voy. à ce sujet J.P. KESTELOOT, « La notion de "circonstances extraordinaires" au sens du règlement n° 261/2004 », *R.E.D.C.*, 2020/ 2, p. 143.
8 Voy. en ce sens également les orientations interprétatives relatives aux règlements de l'Union européenne sur les droits des passagers au regard de l'évolution de la situation en ce qui concerne le Covid-19, 2020/C 89 I/01, *J.O.* CI 89 du 18 mars 2020, p. 1.

pour conséquence d'exonérer le transporteur aérien de toutes ses obligations[9].

L'idée de telles circonstances «particulièrement extraordinaires» a cependant fait son chemin. Ainsi par exemple, la proposition du 13 mars 2013 de règlement modifiant le règlement (CE) n° 261/2004 expose que «[l]es transporteurs aériens sont actuellement confrontés à une responsabilité illimitée en ce qui concerne l'hébergement de leurs passagers en cas de circonstances extraordinaires de longue durée. Cette incertitude liée à l'absence de toute limite prévisible dans le temps peut représenter un risque pour la stabilité financière d'un transporteur aérien. Un transporteur aérien devrait donc pouvoir limiter la fourniture de la prise en charge après une durée spécifique» (considérant 16)[10]. La proposition du 13 mars 2013 n'a pas encore abouti, mais une telle évolution de la notion de «circonstances extraordinaires» est certainement souhaitable dans les circonstances actuelles.

7. Les Pays-Bas[11] et l'Allemagne[12] ont autorisé les transporteurs aériens à proposer un bon à valoir plutôt qu'un remboursement. Une telle solution n'existe pas encore en droit belge, mais ce pourrait être le cas prochainement. Idéalement cependant, l'initiative devrait venir du législateur européen afin d'éviter toute discussion de légalité, la matière étant régie par un règlement, et non par une directive comme pour les voyages à forfait (*supra*).

Il convient donc que le législateur européen intervienne rapidement en ce sens, comme il l'a fait en abrogeant temporairement la règle «use it or lose it», selon laquelle les transporteurs aériens doivent utiliser au moins 80 % des créneaux horaires («slots») qui leur sont attribués au cours d'une période de planification horaire donnée afin de conserver la priorité pour la même série de créneaux au cours de la période de planification horaire correspondante de l'année suivante[13].

Le législateur européen devrait en profiter pour prévoir des dispositions spécifiques en matière d'insolvabilité d'un transporteur aérien, à propos de quoi le règlement (CE) n° 261/2004 est muet. En effet, de la même manière que les transporteurs aériens devraient pouvoir bénéficier des mêmes droits que ceux des organisateurs de voyages en ce qui concerne les bons à valoir, les passagers ayant réservé un vol sec devraient pouvoir bénéficier de la même protection que celle accordée aux passagers ayant réservé un voyage à forfait[14] (*supra*).

8. Le droit au remboursement du billet dans un délai de sept jours ainsi que, le cas échéant, à un vol retour vers le point de départ initial dans les meilleurs délais *(supra)*, s'applique également aux passagers dont le vol fait partie d'un voyage à forfait, «hormis en ce qui concerne le droit au remboursement si un tel droit découle de la directive [(UE) 2015/2302]» (*supra*) (article 8, § 2, du règlement (CE) n° 261/2004). La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi décidé qu'un

9 C.J.U.E., 31 janvier 2013, *McDonagh*, aff. C-12/11, point 30.

10 Proposition du 13 mars 2013 de règlement modifiant le règlement (CE) n° 261/2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, ainsi que le règlement (CE) n° 2027/97 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en ce qui concerne le transport aérien de passagers et de leurs bagages, COM(2013) 0130 final.

11 Brief van de Minister van infrastructuur en waterstaat, 30 mars 2020, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019-2020, 31 936, n° 731.

12 «Im sogenannten "Corona-Kabinett" der Bundesregierung wurde heute folgender Beschluss für eine Gutscheinlösung bei Pauschalreisen, Flugtickets und Freizeitveranstaltungen gefasst:», 2 avril 2020, Pressemitteilung 118.

13 Règlement (UE) 2020/459 du Parlement européen et du Conseil du 30 mars 2020 modifiant le règlement (CEE) n° 95/93 du Conseil fixant des règles communes en ce qui concerne l'attribution des créneaux horaires dans les aéroports de la Communauté, *J.O.* L 99 du 31 mars 2020, p. 1.

14 Voy. en ce sens également la résolution du Parlement européen du 24 octobre 2019 sur les retombées négatives de la faillite de Thomas Cook sur le tourisme de l'Union européenne, 2019/2854(RSP), point 20.

passager qui dispose, au titre de la directive 90/314/CEE (à laquelle la directive (UE) 2015/2302 a succédé), du droit de s'adresser à son organisateur de voyages pour obtenir le remboursement de son billet d'avion n'a plus la possibilité de demander le remboursement de ce billet auprès du transporteur aérien sur le fondement du règlement (CE) n° 261/ 2004, y compris lorsque l'organisateur de voyages est dans l'incapacité financière d'effectuer le remboursement du billet et n'a pris aucune mesure afin de le garantir[15].

En revanche, la Cour a décidé qu'un passager d'un vol retardé de trois heures ou plus peut introduire un recours en indemnisation sur la base du règlement (CE) n° 261/2004 contre le transporteur aérien effectif, même si ce passager et ce transporteur aérien n'ont pas conclu de contrat entre eux et que le vol en cause fait partie d'un voyage à forfait relevant de la directive 90/314/CEE (à laquelle la directive (UE) 2015/ 2302 a succédé). Selon la Cour en effet, un tel recours relève de la notion de «matière contractuelle»[16].

Jean Pierre KESTELOOT
Avocat au barreau de Bruxelles,
Chargé d'enseignement à l'UCLouvain FUCaM Mons

© Extrait du Journal des tribunaux n° 6814 du 9 mai 2020, p. 382-383.

15 C.J.U.E., 10 juillet 2019, *HQ*, aff. C-163/18.
16 C.J.U.E., 26 mars 2020, *Královà*, aff. C-215/18.

LES PERSONNES MORALES AU TEMPS DU COVID-19

La loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II) (ci-après, la loi du 27 mars 2020)[1] autorise le gouvernement à prendre des arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux notamment en vue de « combattre la propagation ultérieure du coronavirus Covid-19 au sein de la population »[2], d'« apporter un soutien direct ou indirect, ou prendre des mesures protectrices, pour les secteurs financiers, les secteurs économiques, le secteur marchand et non marchand, les entreprises et les ménages, qui sont touchés, en vue de limiter les conséquences de la pandémie »[3], de « garantir la continuité de l'économie, la stabilité financière du pays et le fonctionnement du marché, ainsi que protéger le consommateur »[4] et de « suspendre ou prolonger les délais fixés par ou en vertu de la loi selon les délais fixés par Lui »[5]. C'est sur cette base que, le 9 avril suivant, a été adopté un arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 4, « portant des dispositions diverses en matière de copropriété et de droit des sociétés et des associations dans le cadre de la lutte contre la pandémie Covid-19 » (ci-après, l'ARPS n° 4)[6], modifié depuis lors par un arrêté du 28 avril[7]. C'est que les personnes morales vivent à travers leurs organes. Les mesures de confinement et les consignes de distanciation sociale sont donc de nature à poser d'importantes difficultés à cet égard, à un moment où, traditionnellement, les assemblées générales ordinaires de personnes morales sont légion en Belgique. En outre, de nombreuses sociétés et associations avaient prévu d'adapter, dès cette année, leurs statuts au Code des sociétés et associations (ci-après, CSA) et envisageaient en conséquence de tenir une assemblée générale extraordinaire à cet effet. Ce sont les problèmes posés par cette situation que le texte vise à surmonter.

Après avoir précisé les champs d'application temporel (I) et personnel (II) de l'ARPS n° 4, on examinera brièvement le régime mis en place pour les assemblées générales, d'une part, (III) et les organes d'administration, d'autre part (IV).

I. CHAMP D'APPLICATION TEMPOREL

Depuis la modification apportée par l'arrêté royal du 28 avril 2020, les mesures spécifiques portées par l'ARPS n° 4 sont applicables du 1er mars au 30 juin 2020.

Elles s'appliquent à toute réunion d'une assemblée générale ou d'un organe d'administration à tenir, ou qui aurait dû être tenue mais qui ne l'aurait pas été, et à toute convocation de l'assemblée générale ou d'un organe d'administration envoyée ou publiée, ou qui aurait dû l'être, à partir du 1er mars 2020.

Elles visent également tous les délais susceptibles d'être allongés en vertu de l'article 7, §§ 2 et 4, qui ont pris cours à partir du 1er mars 2020[8]. La rétroactivité de l'ARPS n° 4 a été limitée suite à une remarque de la section de législation du Conseil d'État[9] : il ne s'applique pas, en effet, aux réunions d'organes des personnes morales visées par l'arrêté[10] qui se seraient tenues à partir du 1er mars 2020 conformément aux règles applicables avant son entrée en vigueur ; leur validité ne saurait donc être

1 *M.B.*, 30 mars 2020.
2 Article 5, § 1er, 1°, de la loi du 27 mars 2020.
3 Article 5, § 1er, 3°, de la loi du 27 mars 2020.
4 Article 5, § 1er, 4°, de la loi du 27 mars 2020.
5 Article 5, § 1er, 6°, de la loi du 27 mars 2020.
6 *M.B.*, 9 avril 2020.
7 *M.B.*, 28 avril 2020.
8 Sur ce point, *cfr infra*, III.B.
9 Avis 67.180/2 du 3 avril 2020.
10 Sur ce point, *cfr infra*, II.

mise en cause.

L'article 4 de l'ARPS n° 4 prévoit également qu'une assemblée générale ou une réunion d'un organe d'administration convoquée avant le 30 juin 2020 peut être tenue conformément aux dispositions de l'arrêté même si elle a lieu *après* cette date.

II. CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL

Deux catégories de personnes morales sont principalement visées par l'ARPS n° 4[11].

D'une part, nonobstant toute disposition légale, réglementaire ou statutaire contraire, les personnes morales de droit privé sont soumises aux mesures adoptées — pas seulement donc celles qui sont explicitement visées par le CSA (en l'occurrence, les sociétés, les associations et les fondations) mais aussi celles visées par le Code des sociétés, par la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes, par la loi du 31 mars 1898 sur les unions professionnelles et par la loi du 12 juillet 1989 portant diverses mesures d'application du règlement (CEE) n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique, ainsi que les organismes de placement collectif revêtant la forme contractuelle. Le rapport au Roi précise que les mesures de l'arrêté ont également vocation à s'appliquer aux personnes morales soumises au CSA de manière subsidiaire, telles que, par exemple, les personnes morales de droit public[12] et la Banque nationale de Belgique.

D'autre part, l'ARPS n° 4 vise les personnes morales constituées par ou en vertu d'une loi ou d'un règlement particulier, pour autant qu'elles disposent d'un organe d'administration ou d'une assemblée générale. On peut penser à certaines personnes morales de droit public créées par ou en vertu de la loi (telles que les entreprises publiques autonomes fédérales ou régionales), même si elles aussi sont subsidiairement soumises au CSA, de sorte que l'amplitude de la première catégorie eût, selon nous, suffi à les englober[13].

Notons que le régime mis en place par l'ARPS n° 4 est de nature optionnelle. L'article 4, alinéa 3, précise à cet égard que « Les entités visées à l'article 5, alinéa 1er, qui choisissent de ne pas faire usage de l'une ou de l'autre des options ainsi offertes se conforment intégralement au régime qui leur serait autrement applicable en la matière ». Les entités visées restent dès lors toujours libres de se conformer au régime légal habituel si elles le jugent préférable.

III. LES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES

Aux personnes morales visées par l'ARPS n° 4, trois possibilités sont offertes au temps du Covid-19 : tenir l'assemblée suivant le régime ordinaire mais en respectant alors les mesures de distanciation sociale et, plus largement, les dispositifs de lutte contre la propagation de la pandémie ; tenir l'assemblée en imposant, même en l'absence

11 Article 5 de l'ARPS n° 4.
12 La section de législation du Conseil d'État cite notamment le cas des intercommunales.
13 Le texte de l'article 5 précise également que le Roi peut étendre les dispositions de l'arrêté royal applicables aux sociétés cotées aux sociétés dont les actions ou les certificats se rapportant à ces actions sont négociés sur un système multilatéral de négociation visé à l'article 3, 10°, de la loi du 21 novembre 2017 relative aux infrastructures des marchés d'instruments financiers et portant transposition de la directive 2014/65/UE, ou sur un système organisé de négociation au sens de l'article 3, 13°, de la même loi.

de toute autorisation statutaire, des mécanismes de vote par correspondance, de procuration ou de réunion à distance aménagés ; reporter l'assemblée purement et simplement. Le rapport au Roi précise que « les entités visées doivent faire usage des possibilités offertes avec sagesse et choisir l'option qui sert le mieux l'intérêt de toutes les parties prenantes ». Pour la première d'entre elles, il convient simplement de se reporter aux dispositions pertinentes du CSA et aux mesures visant à lutter contre la propagation du Covid-19. Dans les lignes qui suivent, nous concentrons l'attention sur les deux régimes optionnels offerts par l'arrêté.

A. Premier régime optionnel : la tenue de l'assemblée générale moyennant des mécanismes de vote par correspondance, de procuration ou de réunion à distance aménagés

L'article 6, § 1er, alinéa 1er, de l'ARPS n° 4 prévoit que l'organe d'administration peut, même en l'absence d'autorisation statutaire, imposer aux participants à toute assemblée générale d'exercer leurs droits exclusivement par correspondance ou moyennant procuration.

En cas d'organisation d'un vote par correspondance, l'organe d'administration d'une société anonyme doit mettre à disposition de ses actionnaires un formulaire, le cas échéant en le publiant sur son site internet. Ce formulaire doit contenir les mentions obligatoires visées à l'article 7:146 CSA Les autres personnes morales peuvent recourir au vote par correspondance dans le respect de leurs statuts ou, à défaut de disposition statutaire en la matière, en se conformant à l'article 7:146 CSA précité, en principe applicable aux seules sociétés anonymes.

En cas d'organisation d'un vote par procuration, l'organe d'administration peut imposer que le mandataire soit toute personne qu'il désigne, dans le respect des éventuelles règles de conflits d'intérêts prévues par le CSA ou par d'autres lois ou règlements particuliers si ceux-ci s'appliquent. Il faut en effet éviter que la faculté, reconnue dans le chef de l'organe d'administration, d'imposer un mandataire se traduise par la possibilité, pour ce dernier, de tirer profit de la position qui lui est ainsi reconnue.

La section de législation du Conseil d'État s'est interrogée sur la conformité de la mesure à l'exigence de proportionnalité, inhérente à la mise en œuvre des pouvoirs spéciaux. Le rapport au Roi se borne à répondre à la critique en évoquant le seul cas des sociétés cotées[14]. Or la mesure est générale (contrairement à d'autres dispositions qui sont, elles, bel et bien circonscrites aux sociétés cotées). On est dès lors en droit de se demander si, en ce qui concerne les sociétés fermées, dotées d'un actionnariat limité, la mesure n'est pas disproportionnée, comme s'en est inquiété la section de législation. Du reste, même en ce qui concerne les sociétés cotées, la faculté d'imposer un mandataire entre les mains duquel concentrer les procurations semble bien contraire à la directive n° 2007/ 36/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées en vertu de laquelle, notamment, « chaque actionnaire a le droit de désigner comme mandataire toute autre personne physique ou morale pour participer à l'assemblée générale et y voter en son nom. [...]

Indépendamment de l'exigence selon laquelle le mandataire doit posséder la capacité juridique, les États membres abrogent toute disposition légale qui limite

14 « Contrairement à ce que le Conseil d'État suggère, les circonstances actuelles ne permettent pas de maintenir la liberté des actionnaires des sociétés cotées de désigner leur propre mandataire et de permettre à ce dernier de participer — ne fût-ce qu'à distance — à l'assemblée ».

ou autorise les sociétés à limiter la possibilité pour des personnes d'être désignées comme mandataires »[15] [16].

Le risque est toutefois limité par le fait que le mandataire « obligatoire » n'est autorisé à exercer le droit de vote pour compte de l'actionnaire ou du membre qu'à la condition qu'il dispose d'instructions de vote spécifiques pour chaque sujet figurant à l'ordre du jour[17].

En outre, si la personne morale a déjà reçu une procuration valable contenant des instructions de vote spécifiques mais pour laquelle le mandataire n'est pas la personne désignée par son organe d'administration, les votes ou abstentions exprimés dans cette procuration sont pris en compte, sans qu'il soit nécessaire que le mandataire de l'actionnaire ou du membre soit présent.

Les documents (formulaires de vote ou procurations) peuvent être envoyés par tous moyens à la personne morale, y compris par la voie d'un courrier électronique accompagné d'une copie scannée du formulaire de vote ou de la procuration complétée et signée. Si la personne morale est une société cotée, cet envoi doit lui parvenir au plus tard le quatrième jour précédant la date de l'assemblée générale ; pour les autres personnes morales, ce délai peut également être imposé aux actionnaires ou aux membres si l'organe d'administration en décide ainsi. La section de législation du Conseil d'État s'est interrogée sur la validité d'un tel délai, dès lors qu'en temps ordinaire, celui-ci est de six jours pour les sociétés cotées et que, s'agissant des autres personnes morales, aucun délai n'est fixé dans le CSA : en quoi cette mesure est-elle nécessaire au regard des objectifs de l'habilitation sur laquelle l'arrêté repose ?

À défaut de pouvoir faire respecter les mesures de lutte contre la propagation de la pandémie Covid-19 en vigueur à la date prévue pour l'assemblée générale, la personne morale peut interdire toute présence physique d'actionnaires, de membres ou d'autres personnes ayant le droit de participer à l'assemblée, ou de mandataires de ceux-ci, au lieu où se tient l'assemblée générale, sauf, le cas échéant, en ce qui concerne les personnes appelées le cas échéant à constituer le bureau de l'assemblée, les membres de l'organe d'administration, le commissaire et le mandataire obligatoire pour les procurations, visé à l'article 6, § 1er, alinéa 3, de l'ARPS n° 4[18]. Même en l'absence d'autorisation statutaire, les personnes morales peuvent néanmoins, pour pallier l'interdiction de présence physique dans les cas où cela serait nécessaire, mettre à disposition des participants à toute assemblée générale un moyen de communication électronique dans le respect des exigences formulées par l'article 7:137 du CSA.

La nécessité d'éviter autant que possible les réunions physiques vaut non seulement pour les assemblées générales ordinaires mais aussi pour celles qui requièrent la passation d'un acte authentique (telle qu'une assemblée générale extraordinaire en vue de modifier les statuts). Dans ce cas, il suffit que comparaisse physiquement devant le notaire en vue de la signature de l'acte :

15 Article 10, § 1er, de la directive n° 2007/36/CE.

16 Toutes proportions gardées, on retrouve ici une difficulté analogue à celle que pose l'arrêté ministériel du 19 mars 2020 relatif aux remboursement des voyages à forfait annulés (*M.B.*, 20 mars 2020), manifestement contraire à la directive (UE) 2015/ 2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 90/314/CEE du Conseil.

17 Article 6, § 1er, alinéa 4, de l'ARPS n° 4.

18 Toutefois, l'article 6, § 4, précise que même ces personnes « peuvent valablement participer à distance à l'assemblée, en ce compris par conférence téléphonique ou vidéo, et remplir leurs fonctions relatives à l'assemblée générale de cette manière ».

1° dans le cas où un mécanisme de vote par correspondance aurait été privilégié, un membre de l'organe d'administration, dûment habilité, ou toute autre personne désignée par lui dans une procuration ;

2° dans le cas où un mécanisme de vote par procuration aurait été privilégié, le mandataire « obligatoire » désigné par l'organe d'administration.

Toujours dans l'objectif d'éviter que la proximité physique au cours des assemblées générales de personnes morales ne favorise la propagation du virus, ces personnes morales peuvent imposer que seules des questions écrites soient posées, en pouvant le cas échéant exiger que ces questions leur soient adressées au plus tard le quatrième jour précédant l'assemblée générale[19]. Selon la section de législation du Conseil d'État, la nécessité de ce délai s'expose à la même interrogation de validité que l'obligation de communiquer le formulaire de vote ou la procuration dans un délai différent de celui prévu par le CSA. L'organe d'administration de la personne morale doit répondre à ces questions au plus tard le jour de l'assemblée générale « mais avant le vote », précise encore l'arrêté, sans mentionner toutefois de quel vote il s'agit (celui sur les points à l'ordre du jour, celui sur la décharge ?) ; ni le rapport au Roi ni l'avis de la section de législation du Conseil d'État n'apportent d'éclaircissements sur ce point. Il peut également y répondre oralement s'il choisit d'organiser une diffusion en direct ou en différé de l'assemblée par conférence téléphonique ou vidéo accessible à toute personne ayant le droit de participer à l'assemblée générale ou de mettre à disposition des participants à toute assemblée générale un moyen de communication électronique. L'article 6, § 3, alinéas 4 et 5, organise la publicité des réponses aux questions écrites en distinguant les sociétés cotées[20] et les autres personnes morales[21].

En vue de faciliter les aménagements offerts par le premier régime optionnel de l'ARPS n° 4, l'article 6, §§ 5 et 6, permet également aux personnes morales de modifier les modalités de la convocation et la transmission des documents devant être mis à la disposition de toute personne ayant le droit de participer à l'assemblée générale, en distinguant, ici encore, le sort des société cotées[22] et celui des autres personnes morales[23].

B. Second régime optionnel : le report de l'assemblée générale

Plutôt que de maintenir une assemblée générale ordinaire en adoptant les mécanismes prévus par l'article 6 de l'ARPS n° 4, l'organe d'administration peut purement et simplement décider de la reporter à une date ultérieure, même si cette assemblée avait déjà été convoquée. Telle est la principale faculté laissée

19 Article 6, § 3, de l'ARPS n° 4.
20 La publication des réponses aux questions écrites se fait sur le site internet de la société.
21 La publication des réponses aux questions écrites se fait de manière à ce qu'elle soit raisonnablement portée à la connaissance des actionnaires, membres et autres personnes ayant le droit de participer à l'assemblée générale.
22 Les modifications doivent être annoncées par voie de communiqué de presse et sur le site internet de la société, au plus tard le sixième jour qui précède la date de l'assemblée générale. Les sociétés cotées sont en outre dispensées de toute obligation de communiquer par courrier ordinaire la convocation et les autres documents devant être mis à la disposition des actionnaires et des autres personnes ayant le droit de les recevoir ou de les tenir à disposition au siège de la société.
23 Les personnes morales autres que les sociétés cotées veillent, dans la mesure du possible, à ce que les modifications soient portées à la connaissance des actionnaires, membres et autres personnes ayant le droit de participer à l'assemblée générale, par le moyen le plus approprié compte tenu des circonstances, par exemple sur leur site internet, par courrier électronique ou, pour les personnes dont l'adresse électronique lui est inconnue, par courrier ordinaire. Les sociétés non cotées (quid alors des autres personnes morales, telles que les a.s.b.l.? Mystère...) communiquent les documents conformément à l'article 2:32 (communication par voie électronique) ; elles sont en revanche dispensées de l'obligation de les envoyer par courrier ordinaire à toute personne ayant le droit de participer à l'assemblée générale dont l'adresse électronique lui serait inconnue.

par l'article 7 de l'arrêté. La disposition distingue une fois encore la situation des sociétés cotées[24] de celle des autres personnes morales[25]. Ce report est de maximum dix semaines.

Conséquemment, certains délais prévus par le CSA en lien avec l'assemblée générale ordinaire sont systématiquement allongés de dix semaines[26]. Ainsi en va-t-il, en particulier, pour les délais suivants :

1° l'obligation d'établir les comptes annuels et de les soumettre à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire (sous réserve des fondations, dépourvues d'assemblée générale) dans les six mois de la clôture de l'exercice social ;

2° l'obligation de déposer les comptes annuels à la Banque nationale de Belgique au plus tard sept mois après la date de clôture de l'exercice social[27] ;

3° L'obligation pour l'organe d'administration d'une fondation de confectionner, dans les six mois de la clôture de l'exercice social précédent, le budget pour l'exercice suivant.

Les personnes morales disposant d'une succursale en Belgique bénéficient de même d'un allongement de dix semaines pour le dépôt de leurs comptes annuels à la Banque nationale de Belgique (qui doit avoir aussi lieu, en temps ordinaire, dans les sept mois de la clôture de l'exercice social)[28].

L'organe d'administration peut également reporter toute autre assemblée que l'assemblée générale ordinaire, convoquée avant l'entrée en vigueur de l'arrêté royal mais qui n'aurait pas encore été tenue[29], à la date de son choix, à l'exception :

1° des assemblées convoquées lorsque l'actif net de la société risque de devenir ou est devenu négatif ;

2° des assemblées convoquées par ou à la demande du commissaire ;

3° des assemblées convoquées à la demande d'actionnaires ou de membres conformément aux dispositions du CSA Toutefois, dans ces trois derniers cas, où le report est donc impossible en vertu de l'ARPS n° 4, l'assemblée peut se tenir conformément au premier régime optionnel (qui, du coup, ne l'est plus tout à fait). L'annonce du report se fait selon les mêmes modalités que pour les assemblées générales ordinaires[30].

24 Le report est annoncé par voie de communiqué de presse et sur le site internet de la société, au plus tard le quatrième jour qui précède la date de l'assemblée générale déjà convoquée.
25 Ces personnes morales veillent, dans la mesure du possible, à ce que ce report soit porté à la connaissance des actionnaires, membres et autres personnes ayant le droit de participer à l'assemblée générale, par le moyen le plus approprié compte tenu des circonstances, par exemple sur leur site internet ou par courrier électronique ou, pour les personnes dont l'adresse électronique lui est inconnue, par courrier ordinaire.
26 Article 7, § 2, de l'ARPS n° 4.
27 En revanche, le délai pour déposer les comptes à la Banque nationale de Belgique, qui court à partir de leur approbation (trente jours), n'ayant pas été prorogé, il faudra veiller à le respecter.
28 Article 7, § 4, de l'ARPS n° 4.
29 Par exemple, une assemblée générale extraordinaire convoquée en vue de modifier les statuts.
30 *Supra,* notes 24 et 25.

IV. L'ORGANE D'ADMINISTRATION

Tout comme c'est le cas pour les règles de fonctionnement des réunions des assemblées générales, la crise du Covid-19 impacte la tenue et l'organisation des réunions des organes d'administration des personnes morales. Ceci est d'autant plus le cas qu'en ces temps de blocage de l'économie, les entreprises sont particulièrement amenées à prendre des décisions spécifiques et urgentes (suspension de l'activité, organisation du télétravail ou des mesures de distanciation sociale, demandes d'aide temporaire, etc.).

Cette problématique est envisagée à l'article 8 de l'ARPS n° 4 qui s'articule autour de trois préoccupations : l'assouplissement des règles d'adoption de décisions par écrit (alinéa 1er), l'organisation de réunions à distance (alinéa 2) et la conciliation de ces principes avec le formalisme inhérent aux décisions devant être constatées par acte authentique (alinéa 3).

Tout comme les autres dispositions de l'arrêté, cet article instaure un régime optionnel de sorte qu'à côté des mesures d'assouplissement prévues de manière temporaire dans le contexte sanitaire actuel, il sera toujours loisible aux dirigeants de privilégier la tenue de réunions physiques en respectant les mesures de protection et de distanciation requises.

A. Décisions par écrit

Conformément au régime de droit commun prévu au sein du CSA les décisions d'un organe d'administration collégial peuvent être prises par écrit à condition qu'elles soient adoptées à l'unanimité et qu'il ne s'agisse pas de décisions pour lesquelles cette faculté est expressément exclue par les statuts[31].

Cette règle a été maintenue tout en étant assouplie et élargie par l'ARPS n° 4 qui écarte toute disposition statutaire contraire et qui autorise, par ailleurs, que les décisions soient prises par écrit « ou par toute autre moyen de communication visé à l'article 2281 du Code civil ». L'article 2281 vise les télégrammes, télex, télécopies, courriers électroniques ou tout autre moyen de communication, qui se matérialise par un document écrit chez le destinataire.

B. Réunions virtuelles

L'ARPS n° 4 généralise le recours aux réunions virtuelles, même en l'absence de dispositions statutaires qui l'autoriseraient et nonobstant toute stipulation statutaire contraire. Sont ici visées tant les vidéoconférences que les conférences téléphoniques.

C. Décisions devant être constatées par acte authentique

Enfin, l'article 8 envisage expressément l'hypothèse des décisions de l'organe d'administration devant être constatée par acte authentique en prévoyant que, dans ce cas, un seul membre de l'organe d'administration dûment habilité ou toute autre personne désignée en vertu d'une procuration comparaît devant le notaire en vue de passer l'acte. Il suffirait, dès lors, que l'organe d'administration fournisse une procuration à un membre de l'étude du notaire pour éviter un déplacement supplémentaire.

31 Articles 5:75 pour les SRL, 6:63 pour les SCA, 7:95, 7:113 et 7:114 pour les SA., 9:9 pour les ASBL, 10:9 pour les AISBL et 11:10 pour les fondations.

Ce formalisme est notamment applicable dans les hypothèses d'augmentation du capital selon la technique de l'émission d'actions par l'organe d'administration ou encore du capital autorisé.

Nicolas THIRION
Professeur ordinaire à l'ULiège

Zoé PLETINCKX
Juge au tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles

© Extrait du Journal des tribunaux n° 6815 du 16 mai 2020, p. 408-410.

EXPOSÉ SUCCINCT DES MESURES BANCAIRES PRISES AFIN DE LUTTER CONTRE LES EFFETS ÉCONOMIQUES DE LA CRISE DU CORONAVIRUS

Pour lutter contre les problèmes de liquidités auxquels sont confrontés un grand nombre d'entreprises et de particuliers affectés par la crise du coronavirus suite par exemple, pour les premières, à l'obligation de fermeture édictée par le gouvernement ou, pour les seconds, à la mise en chômage temporaire auxquelles de nombreuses entreprises ont recours en cette période, il était crucial que diverses mesures soient prises au niveau du secteur bancaire, à la fois en ce qui concerne la charge des crédits existants et l'octroi de nouveaux crédits.

En ce qui concerne les crédits existants, deux chartes ont été publiées le 31 mars 2020 sous l'égide de Febelfin, la fédération belge du secteur bancaire. Ces chartes (la « charte report de paiement crédit aux entreprises » et la « charte report de paiement crédit hypothécaire ») comprennent un engagement du secteur bancaire d'octroyer aux entreprises et aux particuliers qui répondent à un certain nombre de conditions un report de paiement de six mois maximum sur leurs crédits professionnels et leurs crédits hypothécaires. Les crédits à la consommation ne sont pas visés par ces chartes. Eu égard aux nombreuses dispositions impératives du Code de droit économique relatives aux crédits à la consommation, une initiative législative était requise pour octroyer un report de paiement. Une loi relative au crédit à la consommation visant à aider les emprunteurs à faire face à la crise provoquée par le coronavirus devrait ainsi être adoptée ce 20 mai[1].

La charte relative aux crédits aux entreprises prévoit un report de la seule partie capital des échéances dues entre le 1er avril et le 31 octobre 2020 étant entendu que ce report ne peut jouer que pour six mois maximum et ne concerne que les échéances postérieures à la date à laquelle la demande de report est introduite.

Toutes les formes de crédit aux entreprises peuvent bénéficier de cette mesure, qu'il s'agisse de crédits assortis d'un plan de remboursement, d'avances à terme fixe ou de crédits de caisse. Les opérations de location-financement et d'affacturage ne sont en revanche pas visées par la charte. Pour bénéficier du report de leurs échéances, les entreprises[2] doivent répondre à quatre conditions cumulatives :

1° la crise du coronavirus doit occasionner des difficultés de paiement du fait d'une baisse du chiffre d'affaires ou de l'activité exercée ; d'un recours au chômage temporaire ou complet ou de l'obligation imposée par les autorités de fermer l'entreprise dans le cadre des mesures prises pour endiguer la propagation du virus.

2° l'entreprise doit être basée en permanence en Belgique.

3° l'entreprise ne devait pas accuser de retard de paiement pour ses crédits en cours, ses impôts ou ses cotisations de sécurité sociale au 1er février 2020 ou accusait, à la date du 29 février 2020, un retard de paiement inférieur à 30 jours sur ses crédits en cours, ses impôts ou ses cotisations de sécurité sociale.

4° l'entreprise avait rempli toutes ses obligations contractuelles de crédit auprès de tous les établissements de crédit pendant les 12 mois précédant le 31 janvier 2020

1 Cette loi entre en vigueur le 1er mai 2020 et cessera de produire ses effets le 31 janvier 2021. Elle n'était pas encore publiée au *Moniteur belge* au moment de finaliser le présent texte.

2 Le terme entreprise vise aussi bien les grandes entreprises que les PME, les indépendants et les organisations à but non lucratif. Seules les entreprises financières et les entreprises publiques sont exclues du bénéfice de ce report.

et n'est pas soumise à une procédure de restructuration de crédit active[3].

On observera que le respect de certaines de ces conditions ne peut être contrôlé par l'établissement de crédit auprès duquel le report est sollicité. Afin de ne pas retarder le traitement des nombreux dossiers introduits, la charte prévoit que l'emprunteur doive signer une déclaration sur l'honneur attestant du respect des différentes conditions susvisées[4].

Dès lors que ces conditions sont remplies, le report des échéances doit être accordé. La banque ne peut exciper d'aucun autre motif pour refuser de faire droit à la demande de l'emprunteur[5].

Suite au report, la durée du crédit sera prolongée d'un nombre de mois identique à celui couvert par les échéances reportées.

La charte report de crédits hypothécaires prévoit, pour sa part, un report total, couvrant donc aussi bien le capital que les intérêts, des échéances dues entre le 1er avril et le 31 octobre 2020. Comme pour les crédits aux professionnels, le report ne concerne que les échéances postérieures à la demande de report, ne peut être assorti de frais de dossiers, est limité à 6 mois, doit être octroyé dès que les conditions mentionnées dans la charte sont remplies et implique une prolongation de la durée du crédit égale à la période de report.

Pour ce qui est des intérêts afférents aux échéances reportées, la charte opère une distinction entre les emprunteurs dont les revenus mensuels nets sont inférieurs ou égaux à 1.700 EUR[6] et ceux qui perçoivent des revenus supérieurs à ce montant. Les premiers sont dispensés de rembourser les intérêts dus pendant la période de report. Les seconds devront en revanche payer ces intérêts une fois la période de report terminée. Ceci signifie donc que leurs mensualités futures seront légèrement revues à la hausse afin d'intégrer lesdits intérêts. Un nouveau tableau d'amortissement, intégrant la nouvelle mensualité, devra évidemment leur être communiqué. Un report de paiement du crédit hypothécaire peut être demandé par les emprunteurs qui remplissent les quatre conditions suivantes :

1° la crise du coronavirus a entraîné la baisse ou la disparition des revenus des emprunteurs, ou de l'un d'entre eux, du fait d'un chômage temporaire ou complet, d'une maladie consécutive au Covid-19, d'une fermeture de leur commerce ou de mesures transitoires.

2° au 1er février 2020, il n'existait aucun retard de remboursement du crédit hypothécaire pour lequel un report est demandé.

3° le crédit hypothécaire a été contracté pour l'habitation unique et la résidence principale en Belgique du/des emprunteur(s) au moment de la demande de report.

3 Ce concept, que l'on retrouve aussi dans l'arrêté royal du 15 avril 2020 que nous allons commenter dans la seconde partie de cet article, n'est pas autrement défini. Il fait référence aux entreprises qui ont connu des difficultés de paiement dans le passé et qui ont vu leurs engagements adaptés pour leur permettre d'y faire face plus aisément.

4 Ce qui ne dispense évidemment pas l'établissement de crédit de procéder lui-même à certaines vérifications.

5 Et aucun frais de dossier ne peut être réclamé.

6 Pour déterminer ce montant sont pris en compte les revenus mensuels nets du ménage dont fait partie l'emprunteur. Si celui-ci est salarié, on tient compte de ses revenus mensuels de février 2020, y compris les revenus récurrents tels que les pensions alimentaires et les loyers, à l'exclusion des allocations familiales. Les charges liées aux crédits à la consommation et au crédit hypothécaire de la résidence principale sont en revanche soustraites de ses revenus. Pour les travailleurs indépendants, sont pris en compte ses revenus annuels de 2019 divisés par 12, auxquels sont ajoutés les revenus récurrents mentionnés ci-dessus et desquels sont déduites les charges liées aux crédits à la consommation, au crédit hypothécaire de la résidence principale et aux crédits d'entreprise en leur nom propre.

4° au moment de la demande de report de paiement[7], le total des actifs mobiliers dont disposent les emprunteurs sur leurs comptes à vue, leurs comptes d'épargne et dans leurs portefeuilles d'investissement auprès de la banque prêteuse ou d'une autre banque est inférieur à 25.000 EUR[8].

Les établissements de crédit peuvent évidemment demander certains documents pour vérifier le respect de certaines de ces conditions. Par ailleurs, à l'instar de ce qui est prévu pour les crédits professionnels, une déclaration sur l'honneur doit être signée par les emprunteurs pour attester du respect de l'ensemble de ces conditions.

Certains des principes esquissés ci-dessus se heurtant toutefois aux dispositions du Code de droit économique (CDE) relatives aux crédits hypothécaires, il convenait d'y déroger pour permettre à l'ensemble des dispositions de la charte de s'appliquer valablement. Tel est l'objet de l'arrêté royal n° 11 du 22 avril 2020 relatif aux mesures au regard des modalités en matière de crédit hypothécaire dans le cadre de la crise corona[9].

On peut ainsi citer l'article VII.145 CDE qui prévoit uniquement la possibilité de suspension du paiement des amortissements du capital. Vu les dispositions de la charte, il convenait d'élargir cette faculté à la partie concernant l'intérêt, ce qui est prévu par un nouvel article 145/1 temporaire[10] du Code.

Par ailleurs, il convenait de s'assurer que l'octroi d'un report de paiement ne donne pas lieu à l'enregistrement d'un retard de paiement dans le volet négatif de la Centrale des crédits aux particuliers de la Banque nationale de Belgique tout en veillant à l'actualisation des données du contrat de crédit dans le volet positif de cette même Centrale. L'arrêté complète dès lors l'article VII.148 CDE en prévoyant l'obligation de mentionner l'octroi d'un report de paiement à la Centrale.

Enfin, la législation en vigueur exige que pour signer les modifications apportées au contrat de crédit à la suite de l'octroi d'un report de paiement, il y ait un contact physique ou qu'il soit fait usage de la signature électronique (article VII.134 CDE). Comme cette signature est liée à des lourdes formalités et qu'il convient, en cette période, de limiter au maximum le contact physique, l'arrêté royal n° 11 a prévu de permettre d'autres modes de preuve de la demande de report et de l'accord, comme par exemple un e-mail ou une conversation enregistrée[11].

La loi relative aux crédits à la consommation prévoit, pour sa part, l'obligation d'accorder, au cours de la période située entre le 1er mai et le 31 juillet 2020, un report temporaire de remboursement des prêts ou des ventes à tempérament et des crédits hypothécaires à destination mobilière dont les mensualités sont au moins égales à 50 EUR, ainsi que la prolongation du délai de zérotage en cas d'ouverture de crédit pour une durée de trois mois au maximum, aux emprunteurs qui remplissent les conditions suivantes :

7 On doit regretter cette référence temporelle qui pourrait inciter certains emprunteurs peu scrupuleux à retirer une partie de leurs économies de leurs comptes bancaires avant d'introduire leur demande de report de paiement. La banque qui constaterait un tel comportement serait évidemment en droit de demander des explications aux emprunteurs sur cette baisse soudaine de leurs avoirs en compte avant de faire droit à leur demande de report.

8 L'épargne-pension n'est pas prise en compte dans ce calcul.

9 *M.B.*, 24 avril 2020, p. 27982. Il convient de mentionner que l'arrêté royal ne reprend pas toutes les conditions d'application de la charte. Il est donc possible de bénéficier des dispositions de l'arrêté pour des reports de paiement qui seraient volontairement octroyés par des banques au delà des termes de la charte. Ainsi en irait-il par exemple d'un report de paiement octroyé à un emprunteur qui dispose de plus de 25.000 EUR sur ses comptes en banque.

10 Les dispositions de cet arrêté cesseront d'être en vigueur le 1er novembre 2020.

11 Voy. Rapport au roi, *M.B.*, 24 avril 2020, p. 27982.

1° l'emprunteur n'a pas de retard de paiement du crédit concerné de plus d'un mois au 1er avril 2000;

2° au moins l'un des emprunteurs subit une perte de revenus en raison de la crise du coronavirus[12].

3° au moment de la demande de report de paiement, le patrimoine mobilier total cumulé sur les comptes à vue, les comptes d'épargne et dans tout portefeuille de placements détenu par le demandeur auprès de toutes les banques n'est pas supérieur à 25.000 EUR[13].

Si la durée du report de paiement est inférieure à celle prévue par les deux chartes commentées ci-dessus, la loi prévoit toutefois que, si les conditions cumulatives visées ci-dessus sont toujours remplies à l'expiration du délai de trois mois, le report peut être prolongé (une seule fois) pour une nouvelle durée de trois mois au maximum. À l'instar de ce qui est prévu par la charte sur les crédits hypothécaires, le report de paiement vise aussi bien le capital que les intérêts[14]. Le prêteur a le droit de porter en compte ultérieurement les intérêts reportés pour la période couverte[15], soit en les étalant sur les périodes de remboursement restantes, soit en un seul versement en même temps que le dernier remboursement[16]. En revanche, il ne peut réclamer à l'emprunteur ni frais ni intérêts de retard, à l'exception bien entendu du taux annuel effectif global contractuellement prévu calculé à la période du report.

Afin d'éviter de devoir passer par le formalisme du livre VII du Code de droit économique, la loi du 20 mai dispose que la plupart des dispositions de ce livre ne s'appliquent pas aux contrats temporaires autorisant les prêteurs à accorder un report temporaire de remboursement d'un prêt ou d'une vente à tempérament, ainsi que la prolongation du délai de zérotage en cas d'ouverture de crédit pour une durée de trois mois au maximum[17].

La loi dispose également que cette suspension temporaire des obligations de remboursement ou la prolongation du délai de zérotage n'est pas considérée comme un nouveau contrat de crédit, ni comme un défaut de paiement devant être communiqué au volet négatif de la Centrale des crédits aux particuliers mais comme une modification autorisée du contrat de crédit et peut entraîner un dépassement du délai maximal de remboursement et du délai de zérotage prévus par l'arrêté royal du 14 septembre 2016. Les modifications du contrat de crédit, y compris la nouvelle date de fin du crédit, doivent toutefois être notifiées à la Centrale des crédits aux particuliers.

Enfin, la loi prévoit que la modification du contrat de crédit consistant en un report de remboursement ou en une prolongation du délai de zérotage ne doit pas être formalisée dans le contrat de crédit lui-même, mais peut être déterminée par un avenant sur un support durable qui fournit la preuve de l'accord des parties sur son contenu.

12 Pour les personnes qui résident à la même adresse, il suffit que l'une d'elles subisse une perte de revenus en raison de la crise du coronavirus même si le crédit n'a pas été souscrit à son nom. La preuve de la perte de revenus doit être apportée par l'emprunteur.

13 L'épargne pension n'est pas prise en compte. La preuve de l'insuffisance d'épargne peut être fournie par une déclaration sur l'honneur de l'emprunteur.

14 En cas de prolongation du délai de zérotage seuls les intérêts sont évidemment reportés.

15 La condition de revenus suffisants prévue par la charte relative aux crédits hypothécaires n'est pas reprise dans la loi. Les intérêts impayés pendant la période de report restent donc dus dans tous les cas.

16 Une information adéquate sur les conséquences financières de l'octroi du report de paiement doit être communiquée au client lors de l'octroi du report.

17 Pour les crédits hypothécaires à destination mobilière, la loi du 15 mai a inséré un article 145/2 temporaire dans le Code de droit économique, sur le même modèle que ce qui a été prévu pour les crédits hypothécaires immobiliers.

En ce qui concerne les nouveaux crédits l'État belge a prévu, à l'instar de nombreux autres pays européens, d'octroyer une garantie pour éviter une pénurie de crédit qui pourrait mettre de nombreuses entreprises en grande difficulté financière[18]. Ce système a été introduit par la loi du 27 mars 2020[19] et élaboré par l'arrêté royal du 14 avril 2020 portant octroi d'une garantie d'état pour certains crédits dans la lutte contre les conséquences du coronavirus[20].

Avant d'analyser les principales modalités de ces dispositions, il est important de souligner deux des principes fondamentaux de cette garantie, qui diffèrent fondamentalement des systèmes de garantie d'État mis en place dans la plupart des autres pays.

Le gouvernement ne laisse tout d'abord pas aux établissements de crédit le choix de décider s'ils souhaitent bénéficier ou non de la garantie d'État. Celle-ci est en quelque sorte rendue obligatoire pour tous les nouveaux crédits octroyés pendant la période de référence, quand bien même l'emprunteur n'aurait pas vu sa situation détériorée par la crise du corona. Il s'agit là d'un choix conscient du gouvernement qui a souhaité mutualiser les risques résultant de l'octroi de nouveaux crédits[21]. On verra toutefois que, pour répondre aux nombreuses objections du secteur bancaire, le gouvernement a permis à certains nouveaux crédits d'être « désélectionnés », c'est-à-dire d'échapper au bénéfice de la garantie et, par conséquent, au paiement de la prime qui est due pour tous les crédits garantis[22].

La seconde spécificité du système belge consiste en ce que le régime de garantie est basé sur une approche par portefeuille. L'État ne garantit pas des crédits individuels mais des portefeuilles de crédit par établissement de crédit. La perte et la contribution aux pertes sont calculées au niveau du portefeuille de crédit octroyé par un établissement de crédit, ce qui devrait éviter, compte tenu de l'existence d'une « franchise » laissée à charge de ce dernier[23], que cette garantie soit, sauf catastrophe économique d'une magnitude jamais vue, appelée pour des montants significatifs[24].

Ajoutons encore que, à l'inverse du report de paiement évoqué ci-dessus, qui doit être octroyé dès lors que les conditions pour en bénéficier sont remplies, les établissements de crédit ne sont pas obligés de faire droit à la demande du client de lui octroyer un nouveau crédit. Les prêteurs restent libres d'appliquer leur politique d'octroi de crédit et de refuser de faire droit à la demande parce que, par exemple, le client ne serait pas en ordre au niveau de ses obligations en matière de conformité ou appartiendrait à un secteur d'activités que l'établissement de crédit a décidé de ne plus financer.

18 Le montant total de la garantie d'État est de 50 milliards, répartis entre les établissements de crédit sur la base de leur part de marché au 31 décembre 2019.
19 Loi du 27 mars 2020 donnant habilitation au Roi d'octroyer une garantie d'État pour certains crédits dans la lutte contre les conséquences du coronavirus et modifiant la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse, *M.B.*, 31 mars 2020, p. 22187.
20 *M.B.*, 15 avril 2020, p. 26211.
21 Voy. rapport au Roi, p. 26211.
22 Le montant de cette prime est égal à 0.25 % du montant du crédit (sur base annuelle) pour les PME (au sens du CSA) et 0.50 % pour les autres entreprises (article 26 AR)
23 Les établissements de crédit supportent seuls les trois premiers pourcents de pertes sur leur portefeuille de référence, lequel englobe les crédits garantis et les crédits désélectionnés, la moitié de la perte pour les deux pourcents suivants et un cinquième de la perte garantie qui excèderait 5 % du portefeuille de référence.
24 Voy. rapport au Roi, p. 26212: «Au cours des dix dernières années (y compris pendant la crise financière de 2008-2009), la perte maximale sur les crédits concernés était d'environ 1 %. La contribution aux pertes vise à éviter en même temps les effets pervers en incitant les établissements de crédit à maintenir des pratiques de crédits saines».

Sont visés par l'arrêté royal tous les nouveaux[25] crédits[26] octroyés par les établissements de crédit de droit belge[27] entre le 1er avril et le 30 septembre 2020 pour autant que leur durée n'excède pas 12 mois[28]. On remarquera donc que l'arrêté royal s'applique rétroactivement[29] aux crédits consentis par les établissements de crédit début avril, ce qui n'est pas sans poser de nombreux problèmes, eu égard aux nombreuses formalités devant être respectées par les parties pour pouvoir bénéficier de la garantie. Comme il semble illusoire de renégocier ces crédits avec les emprunteurs, la seule solution semble consister à les désélectionner tous.

Cette solution ne poserait pas de problème si l'arrêté royal ne limitait pas strictement le recours à ce concept. Or, seuls 15 % de l'ensemble des crédits tombant sous le champ d'application de l'arrêté peuvent être désélectionnés. Si d'aventure un établissement de crédit ne devait pas respecter cette limite, il devrait payer une prime sur le pourcentage excédentaire, prime dont le mode de calcul est extrêmement pénalisant[30].

La notion d'emprunteur est également extrêmement large. Toutes les entreprises non financières inscrites à la Banque-carrefour des entreprises[31], quels que soient leur taille ou leur objet, en ce compris les organisations à but non lucratif, les travailleurs indépendants et les hôpitaux sont visées pour autant qu'elles puissent être qualifiées de viables. Ne répond pas à ce qualificatif l'entreprise qui avait un retard de paiement sur ses crédits en cours, sur ses impôts ou sur ses contributions de sécurité sociale au 1er février 2020[32] ; les personnes pour lesquelles une procédure de restructuration de crédit active était en cours auprès d'un ou plusieurs établissements de crédit le 31 janvier 2020 ou les entreprises en difficulté[33]. Comme on l'a déjà indiqué en préambule, il n'est en revanche pas requis que ces entreprises aient été affectées, d'une manière ou d'une autre, par la crise du Covid-19. Sont par ailleurs également exclues du champ d'application de l'arrêté les entités publiques[34].

Le montant du crédit susceptible d'être garanti est plafonné : il ne peut excéder les besoins de trésorerie de l'entreprise pour les 12 prochains mois (18 mois[35] s'il s'agit d'une PME[36]) et est en toute hypothèse limité à 50 millions d'euros. Ces limites s'appliquent au groupe de société dont fait partie l'emprunteur et à l'ensemble des crédits garantis octroyés à l'emprunteur, fût-ce par différents établissements de crédit. On observera enfin que le bénéfice de la garantie est réservé aux activités belges de l'emprunteur[37].

25 Les refinancements d'anciens crédits ou les reprises d'encours sur des crédits octroyés avant le 1er avril ne tombent pas sous le champ d'application de l'arrêté.
26 Sont visés aussi bien les crédits de décaissement, tels les crédits de caisse, les avances ou les crédits remboursables par amortissement, que les crédits de signature, tels les garanties bancaires ou les crédits documentaires. Seules les opérations de location-financement et d'affacturage ne sont pas visées par l'arrêté.
27 En ce compris les succursales belges d'établissements de crédit de droit étranger.
28 Les crédits à durée indéterminée sont assimilés à des crédits de 12 mois si l'état contractuel permet au prêteur d'y mettre fin de manière discrétionnaire pendant la première année (article 1, 15°, AR).
29 Possibilité prévue par l'article 2, § 3, de la loi du 27 mars 2020.
30 Voy. article 28 AR.
31 Ce qui exclut donc les entreprises étrangères.
32 Ou qui avait un retard de paiement de plus de 30 jours sur ses crédits en cours, sur ses impôts ou sur ses contributions de sécurité sociale au 29 février 2020. On cherche en vain l'utilité de cette seconde référence temporelle, maladroitement transposée de la charte report de paiement aux entreprises dont question ci-dessus.
33 Voy. définition à l'article 1, 21°, de l'AR.
34 Voy. article 6, § 2, a), AR.
35 Il est assez étonnant de permettre la prise en compte des besoins de trésorerie des 18 prochains mois alors que la durée des crédits garantis est limitée en toute hypothèse à 12 mois.
36 Au sens du droit européen. On notera donc le recours aux définitions belge et européenne de la PME dans le texte de l'arrêté, ce qui n'en facilite évidemment pas la lisibilité.
37 Une exception limitée est prévue pour les activités étrangères qualifiées de l'emprunteur, telles que définies à l'article 1er, 20°, de l'AR.

Si l'établissement de crédit souhaite bénéficier de la garantie de l'État, il doit veiller à respecter certaines règles : outre l'obligation de vérifier que le crédit sollicité tombe bien sous le champ d'application de l'arrêté, on mentionnera que le taux d'intérêt du crédit est plafonné à 1.25 % et que seuls les frais usuels et le montant de la prime payée pour bénéficier de la garantie peuvent être réclamés à l'emprunteur. Par ailleurs, si le prêteur obtient des nouvelles sûretés pour garantir des crédits qu'il aurait octroyé précédemment, ces sûretés doivent aussi couvrir le crédit garanti[38].

Il peut être fait appel à la garantie de l'État jusqu'au 31 mars 2023[39]. Pourquoi avoir prévu une date aussi éloignée dans le temps ? Il n'est évidemment pas exclu qu'à l'échéance du crédit garanti la situation de l'emprunteur reste critique et que celui-ci ne puisse rembourser son crédit. En temps normal, le prêteur analyserait alors la situation du crédité et accepterait, dans certains cas, de rééchelonner son crédit. L'arrêté n'a pas voulu que, par peur de perdre le bénéfice de la garantie d'État, les établissements de crédit modifient leurs pratiques et dénoncent immédiatement le crédit garanti[40].

L'arrêté comporte encore de nombreuses dispositions sanctionnant les établissements de crédit en cas de pratiques jugées contraires à l'esprit de l'arrêté royal. Ces sanctions revêtent trois formes : est tout d'abord prévue l'exclusion de l'indemnisation de la perte encourue sur un ou plusieurs crédits déterminés[41] ; pour les cas plus graves (par exemple : le non-paiement de la prime due pour bénéficier de la garantie, le non-respect de la charte report de paiement crédit aux entreprises, l'application à grande échelle de certaines pratiques contraires aux dispositions de l'arrêté, le recours à des pratiques frauduleuses) la sanction consistera en la déchéance de la garantie[42] ; enfin, des sanctions administratives, pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffres d'affaires net de l'établissement de crédit, et pénales peuvent être respectivement prononcées à l'encontre de l'établissement de crédit ou de ceux qui violent intentionnellement les dispositions de la loi du 27 mars 2020[43].

Jean CATTARUZZA
Juriste d'entreprise,
Collaborateur scientifique à l'ULiège

© Extrait du Journal des tribunaux n° 6817 du 30 mai 2020, p. 446-448.

38 Ce qui est important pour l'État dans la mesure où la garantie qu'il octroie bénéficie du privilège de discussion. Elle revêt donc un caractère résiduaire sous réserve de l'existence d'autres garanties qui porteraient, elles aussi, sur le portefeuille garanti. En ce cas, un règlement pari passu entre ces garanties est prévu.
39 Article 18 AR.
40 L'arrêté exige toutefois que, si des mesures de renégociation sont octroyées, elles concernent l'ensemble des crédits octroyés à l'emprunteur et pas seulement le crédit garanti.
41 L'article 22 de l'AR n'énumère pas moins de 11 cas de réduction de la perte garantie.
42 Article 23 AR.
43 Voy. articles 3 à 5 de la loi du 27 mars 2020 modifiant la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse.

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF

L'INCIDENCE DE L'ÉPIDÉMIE DE COVID-19 SUR L'EXÉCUTION DES MARCHÉS DE CONSTRUCTION

INTRODUCTION

1. «Quand le bâtiment ne va pas, rien ne va». — L'épidémie de Coronavirus (Covid-19) représente une menace sévère pour la santé des individus. Elle est également lourde de conséquences pour l'économie belge, et notamment pour le secteur de la construction immobilière. Ce secteur d'activité génère plus de 5 % de la valeur ajoutée du pays[1], compte de très nombreuses petites et moyennes entreprises et emploie plus de 10 % du total des personnes occupées en Belgique.

Selon l'adage populaire «quand le bâtiment va, tout va». L'incidence financière de l'épidémie de Covid-19 (et des mesures gouvernementales adoptées pour combattre celle-ci) sur l'exécution des marchés privés et publics de construction permet donc de se faire une idée de son impact sur l'économie belge dans sa globalité.

La présente contribution propose une première analyse des conséquences juridiques de l'épidémie, et des mesures adoptées pour la combattre, sur l'exécution des marchés privés et publics de construction immobilière.

2. Limites de la présente contribution. — L'on précise immédiatement que seules les conséquences propres à l'exécution des contrats de construction seront abordées. L'incidence de l'épidémie de Covid-19 sur la formation du contrat, et notamment sur les procédures de passation des marchés publics, ne se pas examinée. De même, les matières périphériques au droit de la construction, tels le droit pénal de la construction, le droit fiscal ou encore le droit social (notamment les mesures permettant la mise au chômage temporaire économique des travailleurs du secteur de la construction, ou encore les mesures de protection sanitaire des travailleurs), ne seront pas abordées ici. Par ailleurs, la présente contribution tient compte des dispositions réglementaires publiées au *Moniteur belge* jusqu'à la date du 30 avril 2020.

1 INCIDENCE DES MESURES GOUVERNEMENTALES SUR L'ACTIVITÉ DE LA CONSTRUCTION

3. Les arrêtés ministériels portant des mesures d'urgence. — Le gouvernement belge a adopté différentes mesures afin de lutter contre la propagation du virus Covid-19 parmi la population belge, et ce dans le but louable d'éviter la saturation des services de soins intensifs des établissements de soins situés sur le territoire de la Belgique[1bis].

1 Ce pourcentage monte même à plus de 10 % si l'on prend en compte toute la chaîne des acteurs de la construction (architectes, ingénieurs, géomètres, fabricants et distributeurs de matériaux, assureurs, etc.).

1bis Le gouvernement peut, à cet égard, s'appuyer sur la loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (I) (*M.B.*, 30 mars 2020, 2e éd., p. 22054) et sur la loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II) (*M.B.*, 30 mars 2020, 2e éd., p. 22056).

Parmi les différents actes réglementaires adoptés à la date de la rédaction de la présente contribution, les arrêtés ministériels des 13, 18 et 23 mars 2020 «portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19» retiennent plus particulièrement l'attention[2]. Les deux premiers arrêtés (du 13 et du 18 mars 2020) ont été remplacés par celui du 23 mars 2020, qui a lui-même fait l'objet de plusieurs modifications par la suite (le 24 mars 2020[3], le 3 avril 2020[4], le 17 avril 2020[5] et le 30 avril 2020[5bis]) (ci-après «l'arrêté Covid-19»).

En son article 1er, l'arrêté *Covid-19* impose la fermeture des «commerces et magasins», moyennant certaines exceptions (notamment les magasins d'alimentation, les pharmacies, les marchands de journaux, etc.). À l'occasion de sa modification par l'arrêté ministériel du 17 avril 2020, le gouvernement a fait figurer dans la liste des exceptions — et, partant, autorisé la réouverture à compter de cette date — les: «magasins en gros destinés aux professionnels, mais uniquement au bénéfice de ces derniers»; la mesure de distanciation sociale doit toutefois être respectée dans ces magasins, «(...) en particulier le maintien d'une distance d'1,5 mètre entre chaque personne». En outre, selon l'article 1er, § 2, comme pour les grandes surfaces et magasins de bricolage et jardineries ou pépinières, «l'accès aux (...) aux magasins en gros destinés aux professionnels ne peut avoir lieu que selon les modalités suivantes: (i) limiter à maximum 1 client par 10 mètres carrés pendant une période de maximum 30 minutes; (ii) dans la mesure du possible, s'y rendre seul».

Selon l'article 2 de l'arrêté *Covid-19* (jusqu'à sa modification par l'arrêté ministériel du 30 avril 2020), «le télétravail à domicile est obligatoire dans toutes les entreprises non essentielles, quelle que soit leur taille, pour tous les membres du personnel dont la fonction s'y prête». L'article 2 poursuit en adoptant la mesure dite de «distanciation sociale» dans les entreprises: «pour les fonctions auxquelles le télétravail à domicile ne peut s'appliquer, les entreprises doivent prendre les mesures nécessaires pour garantir le respect des règles de distanciation sociale, en particulier le maintien d'une distance d'1,5 mètre entre chaque personne. Cette règle est également d'application pour les transports organisés par l'employeur». La disposition imposait une fermeture complète des entreprises qui ne pouvaient respecter cette mesure de distanciation sociale: «les entreprises non essentielles dans l'impossibilité de respecter les mesures précitées doivent fermer». Les entreprises qui, après avoir fait l'objet d'un premier constat, ne respectaient pas les obligations en matière de distanciation sociale, pouvaient faire l'objet d'une

2 Arrêté ministériel du 13 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19, Erratum, (*M.B.*, 14 mars 2020, p. 15590) (abrogé et remplacé par l'arrêté ministériel du 18 mars 2020); arrêté ministériel du 18 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19 (*M.B.*, 18 mars 2020, 3e éd., p. 16037) (abrogé et remplacé par l'arrêté ministériel du 23 mars 2020); arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19 (*M.B.*, 23 mars 2020, 2e éd., p. 17603).

3 *M.B.*, 23 mars 2020, 2e éd., p. 17824.

4 *M.B.*, 3 avril 2020, 2e éd., p. 24619, et erratum, *M.B.*, 7 avril 2020, 2e éd., p. 25000.

5 *M.B.*, 17 avril 2020, 3e éd., p. 26890.

5bis *M.B.*, 30 avril 2020, p. 30027.

5ter Selon l'article 2, § 2, de l'arrêté Covid-19 tel que modifié par l'arrêté ministériel du 30 avril 2020, «ces mesures de prévention appropriées sont des prescriptions de sécurité et de santé de nature matérielle, technique et/ou organisationnelle telles que définies dans le guide générique en vue de lutter contre la propagation du Covid-19 au travail, mis à disposition sur le site web du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, complété par des directives au niveau sectoriel et/ou de l'entreprise, et/ou d'autres mesures appropriées qui offrent un niveau de protection au moins équivalent. Les mesures collectives ont toujours la priorité sur les mesures individuelles. Ces mesures de prévention appropriées sont élaborées au niveau de l'entreprise et adoptées dans le respect des règles de concertation sociale au sein de l'entreprise, ou à défaut, en concertation avec les travailleurs concernés et en concertation avec les services de prévention et de protection au travail. Les entreprises informent en temps utile les travailleurs des mesures de prévention en vigueur et leur dispensent une formation appropriée. Ils informent également les tiers en temps utile des mesures de prévention en vigueur. Les employeurs, les travailleurs et les tiers sont tenus d'appliquer les mesures de prévention en vigueur dans l'entreprise».

mesure de fermeture (article 10, § 2). Cette obligation de fermeture a été levée à compter du 4 mai 2020, date de l'entrée en vigueur de l'arrêté ministériel du 30 avril 2020. En effet, dans la perspective d'un déconfinement progressif, l'article 2 de l'arrêté *Covid-19* a été modifié par cet arrêté ministériel : à compter du 4 mai 2020, le télétravail reste la norme, mais pour les fonctions pour lesquelles il ne peut être appliqué, le respect de la distanciation sociale ne consiste plus ce que l'on pouvait qualifier comme une « obligation de résultat » pour les entreprises non essentielles, mais comme une « obligation de moyens ». Il n'y a donc plus, à compter du 4 mai 2020, d'obligation de fermeture des entreprises qui ne peuvent pas respecter à tout moment la distanciation sociale. Pour les fonctions auxquelles le télétravail à domicile ne peut s'appliquer, lorsque le respect de la distanciation sociale n'est pas possible, l'entreprise doit cependant prendre des mesures de prévention adéquates qui garantissent un niveau de protection au moins équivalent[5ter].

En application de l'article 3 de l'arrêté ministériel, l'imposition du télétravail et de la règle de distanciation sociale n'a toutefois jamais été rendue contraignante « aux entreprises des secteurs cruciaux et aux services essentiels », qui sont visés à l'annexe de l'arrêté ministériel ; ces entreprises et services sont toutefois tenus de mettre en œuvre, dans la mesure du possible, le système de télétravail à domicile et les règles de distanciation sociale.

Enfin, les déplacements professionnels demeurent autorisés (notamment les déplacement vers les lieux de travail), pour autant que la règle de la distanciation sociale demeure respectée (article 8).

4. Construction et « secteurs cruciaux ». — À l'examen de l'annexe à l'arrêté ministériel *Covid-19*, il apparaît que le secteur de la construction immobilière n'est pas considéré comme un secteur « crucial », de telle sorte que, pour poursuivre leurs activités durant la période allant du 18 mars 2020 (date du premier arrêté ministériel ayant prévu la mesure de fermeture) jusqu'au 4 mai 2020 (date à laquelle les activités peuvent reprendre moyennant adoption des mesures de prévention adéquates, lorsque le respect de la distanciation sociale n'est pas possible), les entreprises relevant de ce secteur devaient se conformer aux mesures visées à l'article 2 de l'arrêté ministériel (c'est-à-dire le télétravail pour tous les membres du personnel dont la fonction s'y prête, et le respect de la distanciation sociale pour les autres, en ce compris à l'occasion des transports organisés par l'employeur), ceci ne pouvant impliquer un arrêt complet de l'activité sur certains chantiers.

Par exception, certaines entreprises actives dans le secteur de la construction peuvent revendiquer, soit qu'elles appartiennent à l'un des secteurs « cruciaux », soit qu'elles fournissent des « services essentiels », au sens de l'annexe à l'arrêté Covid-19. Il en est ainsi, par exemple, des entreprises actives dans la gestion des terres polluées, des entreprises fournissant des « services essentiels liés aux réparations urgentes impliquant des risques de sécurité ou d'hygiène », des entreprises actives dans le secteur « du nettoyage, de l'entretien ou de la réparation pour les autres secteurs cruciaux et services essentiels », des entreprises actives dans le secteur de l'énergie (en ce compris les activités de « construction » dans le secteur de l'énergie). Ces entreprises n'ont pas été contraintes de fermer même lorsque la mesure de distanciation sociale ne pouvait être respectée.

Pour les entreprises relevant de la Commission paritaire de la construction, sauf lorsqu'elles démontrent appartenir par ailleurs à l'un des secteurs « cruciaux » ou fournir des « services essentiels », seuls les travaux urgents et les interventions d'urgence pouvaient, pendant la période du 18 mars 2020 au 4 mai 2020, justifier une dérogation aux règles établies à l'article 2 de l'arrêté *Covid-19*.

5. Incidence de la mesure de distanciation sociale sur l'activité des entreprises de construction. — Le gouvernement fédéral a mis en ligne un site internet répondant à certaines questions « types » (FAQ) relatives à l'incidence du Covid 19[6]. Ce site pose notamment la question du maintien de l'activité dans le secteur de la construction : « Les activités de construction peuvent-elles être poursuivies ? ». La réponse suivante est apportée (jusqu'au 4 mai 2020 au moins) : « Les activités de construction peuvent avoir lieu à l'extérieur, y compris les activités d'un géomètre, à condition que les mesures de distanciation sociale soient respectées. Cela s'applique également aux travaux effectués à l'intérieur des bâtiments non occupés. Les travaux de réparation à l'intérieur des habitations individuelles peuvent être exécutés s'ils sont urgents du point de vue de la sécurité, du bien-être ou de l'hygiène. Les travaux en construction essentiels au sein des entreprises des secteurs cruciaux et des services essentiels peuvent avoir lieu même s'il n'est pas possible de respecter les distances sociales. Celles-ci doivent toutefois être mises en œuvre dans la mesure du possible ».

Une question similaire vise également les fournisseurs de matériaux de construction : « les concessionnaires en matériaux de construction peuvent-ils continuer à approvisionner leurs clients ? ». La réponse est affirmative, pour autant que certaines mesures de protection soient prises : l'approvisionnement est possible, « mais uniquement pour usage professionnel et dans le respect de la règle d'un client par 10 m². Pour les particuliers, le recours à l'e-commerce ou à la livraison à domicile est possible. Toute livraison doit avoir lieu dans le respect des mesures de distance sociale ». Entretemps, cette précision a été consacrée par l'arrêté ministériel du 17 avril 2020[7] modifiant l'arrêté *Covid-19*, l'article 1er prévoyant désormais expressément, parmi les exceptions aux magasins devant restés fermés, les « (...) magasins en gros destinés aux professionnels, mais uniquement au bénéfice de ces derniers ».

Pour ce qui concerne les personnes qui « travaillent en extérieur », de même que pour les personnes exécutant des « travaux routiers », leur activité peut être poursuivie « (...) pour autant que leur employeur puisse garantir les mesures de distanciation sociale pendant leur travail et leurs transports professionnels ».

Ces prescriptions (qui sont amenées à évoluer en fonction du déconfinement progressif) définissent donc ce que le gouvernement permet ou pas, afin de lutter le plus possible contre la propagation du coronavirus. Cependant, la circonstance que ces prescriptions soient incluses dans une « foire aux questions » ne permet pas d'élever celles-ci au rang de dispositions légales contraignantes[8]. Les seules dispositions contraignantes juridiquement sont celles énoncées dans le texte de l'arrêté *Covid-19*, qui prévoyait la fermeture des entreprises faisant partie des secteurs non essentiels et dans lesquelles les règles de distanciation sociale ne pouvaient être appliquées.

En bref, pendant la période s'étant écoulée entre le 18 mars 2020 et le 4 mai 2020, l'activité des entreprises de construction a été sérieusement impactée par les mesures énoncées dans l'arrêté Covid-19. Selon une première étude publiée par la Confédération de la Construction à la date de la rédaction de la présente consultation, pas moins de quatre entreprises sur dix relevant du secteur de la construction étaient encore complètement à l'arrêt à la date du 15 avril 2020, tandis que les activités de la plupart des autres entreprises ne pouvaient s'envisager que

6 Voy. www.info-coronavirus.be/fr/ faq.
7 *M.B.*, 17 avril 2020, 3e éd., p. 26890.
8 Elles pourraient toutefois être utilisées par le juge en cas d'incertitude sur la compréhension des dispositions légales.

de manière partielle ou ralentie[9]. En effet, certaines prestations ne pouvaient être réalisées sans violer la règle de la distanciation sociale. D'autres prestations, en revanche ont pu se poursuivre normalement. Enfin, pour certaines, l'activité pouvait être poursuivie, mais de manière significativement ralentie, en raison de la mesure de distanciation sociale : pour ne prendre qu'un exemple, le transport collectif des ouvriers vers les chantiers a été rendu très compliqué, voire en pratique impossible ; de même, certaines opérations de manutention, de construction ou de fabrication ne peuvent s'envisager sans la présence de plusieurs personnes dans des endroits confinés à moins d'1,5 mètre de distance.

À compter du 4 mai 2020, une reprise progressive des chantiers interrompus depuis le 18 mars 2020 en raison de l'impossibilité d'y faire respecter la mesure de distanciation sociale devrait toutefois pouvoir s'envisager : l'article 2 de l'arrêté *Covid-19* a été modifié de telle manière qu'il n'y a plus d'obligation de fermeture des entreprises qui ne peuvent pas respecter à tout moment la distanciation sociale, pour les fonctions auxquelles le télétravail à domicile ne peut s'appliquer (ce qui est évidemment le cas des entreprises des construction). Des mesures préventives appropriées doivent toutefois, dans ce cas, être élaborées et appliquées par les entreprises. Les mesures à appliquer sont des consignes de santé et de sécurité de nature matérielle, technique et/ou organisationnelle. Les entreprises peuvent se baser sur le « guide générique visant à contrer la propagation du Covid-19 au travail »[9bis], publié par le SPF Emploi, complété par des directives au niveau sectoriel et/ou au niveau de l'entreprise. Il est également possible d'appliquer d'autres mesures adéquates garantissant un niveau de protection similaire.

6. Rôle du maître de l'ouvrage et du coordinateur de sécurité-santé. — S'il revient à chaque entreprise capable de poursuivre ses activités de s'assurer que la règle de la distanciation sociale peut être respectée (ou, à compter du 4 mai 2020, que des mesures de prévention garantissant un niveau de protection équivalent ont été prises), aussi bien sur le chantier que pour les déplacements professionnels vers et au départ du chantier, le maître de l'ouvrage assume également de son côté certaines obligations.

Il repose en effet sur le maître de l'ouvrage une obligation de sécurité. Celle-ci peut être expressément visée par le contrat conclu avec l'entrepreneur. À défaut, elle est déduite par la jurisprudence du principe d'exécution de bonne foi des conventions, dans sa fonction dite « complétive »[10]. Le maître de l'ouvrage doit s'assurer que l'entrepreneur puisse accomplir ses prestations sans encourir de risques pour sa sécurité, ainsi que celle des personnes dont il a la charge. Il doit, ainsi, « donner au locateur en temps utile tous renseignements et indications nécessaires, voire collaborer à la prévention de dangers qu'il connaît »[11]. Cette obligation, généralement qualifiée de moyens, repose non seulement sur le maître de l'ouvrage qui fait intervenir un entrepreneur dans une situation qu'il sait dangereuse (par exemple construire sur un terrain contaminé, rénover un immeuble atteint d'amiante, etc.), mais également sur tout maître de l'ouvrage quelle que soit la nature de la prestation, dans la limite toutefois des compétences et connaissances de ce dernier[12]. En l'espèce, manquerait assurément à son obligation le maître de l'ouvrage qui, alors que le caractère hautement contaminant du Covid-19 est devenu connu de tous, ne préviendrait pas l'entrepreneur de ce que lui-même ou

9 Flash Confédération du 15 avril 2020 (www.confederationcontruction. be).
9bis www.emploi.belgique.be.
10 Voy. sur cette obligation, B. KOHL, *Contrat d'entreprise,* coll. R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2016, n° 161.
11 M.A. FLAMME et J. LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 114, n° 138.
12 Voy. W. GOOSSENS, *Aanneming van werk : het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Bruges, die Keure, 2003, p. 922 et réf. citées.

certains de ses travailleurs, amenés à être en contact avec l'entrepreneur ou ses ouvriers, sont atteints par le virus.

Le maître de l'ouvrage supporte également certaines obligations en matière de sécurité du prestataire et de ses travailleurs et sous-traitants en vertu de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail[13]. En présence de chantiers temporaires ou mobiles — tels les chantiers de construction — le système mis en place par le législateur (transposant en droit belge une directive européenne 92/57 du 24 juin 1992) consiste à rendre obligatoire l'intervention d'un coordinateur de sécurité et santé. Le régime de la coordination de la sécurité sur les chantiers est établi par l'arrêté royal du 25 janvier 2001 sur les chantiers temporaires ou mobiles[14]. Sur les chantiers égaux ou supérieurs à 500 m^2, l'obligation de désigner le coordinateur repose sur le maître de l'ouvrage[15] ; sur les chantiers inférieurs à 500 m^2, elle repose sur le maître d'œuvre[16], c'est-à-dire la personne chargée de concevoir l'ouvrage pour le compte du maître de l'ouvrage — autrement dit, en général, l'architecte.

Le respect des exigences formelles établies par l'arrêté royal du 25 janvier 2001 ne relève pas le maître de l'ouvrage de son devoir de collaboration avec l'entrepreneur dans la prévention des risques liés à la sécurité des biens et des personnes, et ce spécialement lorsque le maître de l'ouvrage a une connaissance particulière des circonstances ou caractéristiques du site, du bâtiment ou des matériaux mis à disposition du prestataire, qui pourraient présenter un risque pour sa sécurité, à l'occasion de l'exécution par ce dernier de ses prestations. En d'autres termes, confrontée aux mesures de distanciation sociale, l'entreprise de construction aurait-elle manifesté à l'égard du maître de l'ouvrage le souhait de poursuivre ou de reprendre l'activité sur le chantier, encore cette poursuite ou cette reprise des activités aurait-elle supposé que les conditions propres à l'exécution de l'ouvrage et qui relèvent de la sphère de compétences du maître de l'ouvrage puissent, du point de vue sanitaire, être rencontrées. Ceci suppose sans doute une adaptation du plan de sécurité et de santé, dont une nouvelle version, tenant compte des prescriptions gouvernementales, devrait être notifiée à l'ensemble des intervenants sur le chantier[17]. Ceci passe également par la mise en place de mesures sanitaires sur le chantier, lorsqu'il est prévu que l'entreprise puisse bénéficier de certaines installations du maître de l'ouvrage (ou, le cas échéant, d'un co-traitant).

L'attention du maître de l'ouvrage sera plus particulièrement portée sur les chantiers exécutés en co-traitance. Dans ce cas, en effet, l'obligation de coordination entre les entreprises repose sur le maître de l'ouvrage, avec le concours du coordinateur de sécurité santé, pour ce qui concerne les mesures de sécurité. Au contraire, lorsque l'ouvrage est réalisé par le recours à l'entreprise générale, il revient à celle-ci d'assurer la coordination entre les interventions de ses sous-traitants, notamment en gardant à l'esprit les mesures de distanciation sociale établies par le gouvernement (ou, à compter du 4 mai 2020, les mesures préventives assurant

13 *M.B.*, 18 septembre 1996.
14 *M.B.*, 7 février 2001. Pour une description générale de la mission et des responsabilités du coordinateur de sécurité, voy. par exemple B. KOHL, *op. cit.*, n^{os} 369-373 ;
15 Articles 5 et 15 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001.
16 Article 4*bis* de l'arrêté royal du 25 janvier 2001. Cette obligation vise la désignation du coordinateur projet. Sur ces chantiers inférieurs à 500 m^2, la désignation du coordinateur réalisation est faite par le maître d'oeuvre chargé du contrôle de l'exécution — autrement dit l'architecte — ou, à défaut par le maître d'oeuvre chargé de l'exécution — autrement dit l'entrepreneur général — (ou, en cas de construction par lots séparés, le premier entrepreneur contractant avec le maître de l'ouvrage). Voy. l'article *4decies* de l'arrêté royal du 25 janvier 2001.
17 Les obligations qui sont formulées de manière plus générale par l'arrêté royal du 25 janvier 2001 — par exemple les obligations de conseil ou de coordination — sont habituellement qualifiées de moyens (voy. F. BURSSENS, «De veiligheidscoördinator», *in* K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS et A.L. VERBEKE (éd.), *Handboek Bouwrecht*, 2^e éd., Anvers et Bruges, Intersentia et die Keure, 2013, p. 978).

une protection équivalente), dans le respect du plan de sécurité adapté par le coordinateur de sécurité.

2 INCIDENCE DES MESURES GOUVERNEMENTALES PENDANT L'EXÉCUTION DES MARCHÉS DE CONSTRUCTION, AVANT LA RÉCEPTION DE L'OUVRAGE

A. Suspension du chantier à l'initiative de l'entrepreneur

7. Retard dommageable au maître de l'ouvrage et suppléments de coûts pour l'entrepreneur. Présentation. — En cas de retard résultant de la suspension du chantier à l'initiative de l'entrepreneur, et à condition que la cause du retard soit imputable à ce dernier, le préjudice résultant pour le maître de l'ouvrage du retard d'exécution de l'ouvrage causé par cette suspension est usuellement réparé par la condamnation de l'entrepreneur au paiement des dommages et intérêts ; il est à ce égard fréquent que le contrat comporte une clause pénale fixant le montant des « amendes » ou « pénalités » forfaitaires en cas de retard.

En revanche, si la suspension du chantier, cause du retard, résulte d'un cas de force majeure dont l'entrepreneur peut administrer la preuve, celui- ci sera valablement exonéré des conséquences dommageables résultant pour le maître de l'ouvrage du retard d'exécution. La suspension du chantier peut, en outre, entraîner dans le chef de l'entrepreneur un supplément de coûts que celui-ci ne pensait pas devoir rencontrer.

Bref, la suspension du chantier par l'entrepreneur résultant des mesures adoptées pour limiter la propagation de l'épidémie de Covid-19 pose au moins deux questions : (1) l'entrepreneur peut-il valablement faire état d'un cas de force majeure permettant d'échapper aux conséquences d'un retard imputable dans son chef et (2) l'entrepreneur peut-il solliciter du maître de l'ouvrage un supplément de prix résultant de la suspension du chantier ?

1. Covid-19 : indemnisation du maître de l'ouvrage en raison du retard causé par la suspension du chantier ?

8. Retard d'exécution et cause étrangère libératoire : principes. — L'obligation pour l'entrepreneur d'effectuer le travail dans le délai convenu s'analyse traditionnellement en une obligation de résultat[18]. Il en résulte, conformément au droit commun, que l'entrepreneur ne peut s'exonérer de sa responsabilité liée au retard d'exécution qu'en établissant une cause étrangère libératoire, c'est-à-dire un événement exempt de toute faute de l'entrepreneur, tant avant, pendant, qu'après sa survenance et qui a rendu impossible l'exécution de son obligation, cette impossibilité pouvant être (i) soit temporaire, soit définitive, mais également (ii) soit totale, soit partielle. Des difficultés d'exécution, même considérables, ne pourront cependant pas être assimilées à un cas de force majeure : les circonstances imprévisibles, pour être admises au titre de la force majeure, doivent constituer pour l'entrepreneur un obstacle insurmontable à la poursuite de l'exécution de ses prestations.

Ainsi, il a déjà été jugé, par exemple, que l'incendie des ateliers de l'entreprise ainsi que le manque de stock de bois de parquet commandé par le commettant, s'ils constituent des événements imprévisibles, ne présentent cependant pas la caractéristique d'un obstacle insurmontable à la poursuite de l'exécution du

18 Voy. par exemple B. KOHL, *op. cit.*, n° 124 ; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1999, p. 335, n° 202.

contrat : ils n'entraînent qu'une exécution plus difficile de ce dernier, de telle sorte que la cause étrangère alléguée ne peut recevoir l'effet libératoire escompté[19].

9. Le Covid-19 et les mesures de lutte contre sa propagation : cas de force majeure pour le secteur la construction ? — La force majeure constitue un « événement à caractère insurmontable, et selon certains imprévisible, indépendamment de toute faute du débiteur, qui empêche ce dernier d'exécuter ses obligations ou de se conformer aux normes exclusives de faute, tout en restant dans les limites de la diligence que l'on peut attendre de lui »[20].

En l'espèce, il est peu probable que le caractère imprévisible de l'épidémie de Covid-19 fasse débat, eu égard, entre autres, à la soudaineté de sa survenance et à son ampleur, qui se manifeste notamment par la rapidité de sa propagation.

Le caractère *postérieur à la conclusion du contrat* que doit présenter l'événement constitutif du cas de force majeure ne devrait pas poser de difficulté non plus. En effet, même en considérant que l'existence du Covid-19 était connue dès le mois de janvier 2020, l'ampleur de sa propagation en Europe ne pouvait sans doute, à cette date, être perçue, de sorte que même un entrepreneur ayant conclu un contrat d'entreprise pendant la période s'étant écoulée entre le mois de janvier 2020 et le 13 mars 2020 (date du premier arrêté ministériel *Covid-19*) pourra faire valoir l'existence du cas de force majeure.

De même, *l'absence de faute dans le chef de l'entrepreneur* pourra sans doute être aisément démontrée par ce dernier, la situation s'apparentant en l'espèce à un « fait du Prince ». Bien entendu, si l'entrepreneur a été empêché de réaliser les prestations uniquement en raison d'une contamination personnelle au Covid-19 (le cas échéant suivie d'une hospitalisation) — alors que son activité aurait, par hypothèse, normalement pu se poursuivre sans obstacle majeur — la force majeure ne pourra être retenue s'il s'avère en réalité que la contamination personnelle au Covid-19 résulte uniquement de l'absence de prise en compte par l'entrepreneur des précautions imposées (par exemple une violation avérée des mesures de distanciation sociale, dans le cadre privé ou dans le cadre professionnel). Par ailleurs, si la date fixée pour l'achèvement de l'ouvrage était déjà dépassée au jour de la survenance de l'épidémie de Covid-19 et de l'arrêt des activités en ayant résulté, seule la portion du retard résultant de l'épidémie pourra, naturellement, être couverte par l'exception de force majeure dans le calcul du retard dans l'exécution. En outre, si l'entrepreneur, débiteur de l'obligation de *facere* (c'est-à-dire de prester) était déjà en demeure au jour de la survenance du cas de force majeure, la force majeure ne pourra plus être valablement invoquée par ce dernier : la mise en demeure opère un transfert des risques, aux dépens du débiteur, en ce compris pour les obligations de faire ; l'entrepreneur ne pourrait donc plus, dans ce cas, se prévaloir de l'effet (temporairement) libératoire qui normalement s'attache à la force majeure[21].

19 Bruxelles, 26 avril 2002, *Res jur. imm.*, 2003, p. 58.

20 P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, t. II, vol. 2, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 966.

21 Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, 2e éd., coll. Précis Faculté de droit de l'UCL, Bruxelles, Larcier, 2011, n° 475. Le débiteur peut certes échapper à sa responsabilité dans le cas où il peut démontrer que le dommage dont il est allégué qu'il est la conséquence de sa faute se serait aussi réalisé sans cette faute (voy. l'article 1302, alinéa 2, dont l'application a été étendue aux obligations de facere). En l'espèce, cependant, si la période endéans laquelle l'ouvrage devait être achevé était échue à la date du 13 mars 2020, que l'entrepreneur avait été mis en demeure avant cette date, et que le retard d'exécution de l'ouvrage ne peut être justifié par des événements qui ne lui sont pas imputables (telles des intempéries, des modifications commandées par le maître de l'ouvrage ou des difficultés d'exécution causées par le maître de l'ouvrage ou par des co-traitants), l'entrepreneur pourra difficilement soutenir que le dommage (c'est-à-dire le retard d'exécution supplémentaire résultant de l'épidémie de Covid-19) se serait aussi réalisé, puisque sans sa faute (c'est à- dire sans le retard qui lui est par hypothèse, déjà imputable au jour où survient le cas de force majeure), l'ouvrage aurait été en état de réception à la date du 13 mars 2020.

En revanche, *la condition relative au caractère irrésistible et à l'impossibilité d'exécution* pose plus de difficulté. Il ne suffit pas, en effet, que les événements aient rendu l'exécution plus difficile ou plus onéreuse. Par exemple, il ne suffirait pas, pour un entrepreneur, d'invoquer la circonstance que son fournisseur habituel de matériaux aurait suspendu son activité, si les mêmes matériaux pouvaient, durant cette période, être achetés auprès d'un autre fournisseur. En effet, les matériaux étant, en principe, des choses dites «de genre», l'entrepreneur n'est pas fondé à invoquer la force majeure dans un tel cas, sauf à ce qu'il démontre, soit la position monopolistique détenue par son fournisseur[22], soit la suspension de l'activité des autres fournisseurs des matériaux nécessaires à l'exécution de l'ouvrage, auprès desquels il était raisonnable de demander à l'entrepreneur qu'il se fournisse.

Il était traditionnellement enseigné que l'impossibilité d'exécution doit être absolue[23]. Une partie de la doctrine moderne se montre aujourd'hui partisane d'une appréciation raisonnable de l'impossibilité[24]. La mesure de la force majeure tiendrait désormais, selon cette doctrine, à «l'impossibilité réelle normale» d'exécution, et non à l'impossibilité théorique absolue[25] [26].

En l'espèce, les entreprises de construction qui pourront démontrer que, pour la période s'étant écoulée entre le 18 mars 2020 et le 4 mai 2020, les mesures adoptées par le gouvernement, énoncées dans l'arrêté ministériel Covid-19, sont d'une nature telle que, pour chaque chantier envisagé *in concreto*, une poursuite des activités n'était pas possible (que ce soit en raison de la nature des prestations à accomplir, de la configuration du chantier ou de l'impossibilité d'assurer la fourniture des matériaux nécessaires à la poursuite du chantier), seront sans doute admises à faire état d'un cas de force majeure pour la durée pendant laquelle la reprise des activités n'était pas possible : il s'agit là, en effet, d'une situation de

22 Voy. en ce sens J. VAN ZUYLEN, «L'obligation de somme peut-elle être atteinte par la force majeure? - Une question de genre!», note sous Cass., 28 juin 2018, *R.G.D.C.*, 2020, p. 26.

23 Voy. notamment Cass., 12 juin 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 264; Cass., 15 février 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 388; Cass., 9 décembre 1976, *Pas.*, 1077, I, p. 408; sur les conditions de la force majeure telle qu'elle est traditionnellement enseignée, voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 596 et s. Voy. égal. Anvers, 26 février 2007, *R.W.*, 2010-2011, p. 574).

24 Voy. par exemple M. DE POTTER DE TER BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht,* Anvers, Intersentia, 2017, pp. 41 et s. En réalité, une telle thèse conduit à inclure les cas d'imprévision dans le concept de force majeure. Voy. égal. en ce sens J.-F. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, «La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles», *in La force majeure - État des lieux,* coll. J.B. Charleroi, Limal, Anthemis, 2013, pp. 34-35.

25 Voy. F. GLANSDORFF, «La force majeure», *J.T.*, 2019, p. 356; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit,* n° 968; P. WÉRY, *op. cit.*, n° 562; J.- F. GERMAIN et Y. NINANE, «Force majeure et imprévision en matière contractuelle», *in Droit des obligations,* Louvain-la-Neuve, Anthemis 2011, p. 86; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, «Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun?», *in* R. JAFFERALI (éd.), *Le droit commun des contrats - Questions choisies,* coll. UB3, Bruxelles, Bruylant 2016, p. 117, n° 57; ces derniers auteurs citent ainsi l'arrêt prononcé par la cour d'appel de Gand le 2 avril 2012 (*R.G.D.C.*, 2013, p. 479), dans lequel la cour a considéré que des travaux routiers rendant très difficile, mais pas impossible, l'accès à un show-room permettaient à l'entreprise concernée, sans commettre de faute, de se délier d'une convention de participation à une exposition, qu'elle avait conclue : selon la cour, l'impossibilité d'assurer une circulation normale des clients lors de l'exposition était constitutive de force majeure. Force est de constater que, si une telle jurisprudence venait à s'étendre, la frontière avec la théorie de l'imprévision s'en trouverait fortement réduite; voy. également en ce sens J.P. Tournai, 8 mai 2007, *J.T.*, 2008, p. 162 (à propos de «l'impossibilité» d'occuper un logement d'étudiant en cas de refus d'inscription dans l'établissement d'enseignement visé; cette décision aurait toutefois pu s'analyser, de manière plus rigoureuse, sous l'angle de la théorie des risques (article 1722 C. civ.)).

26 En matière fiscale, la Cour de cassation, dans ses décisions les plus récentes, exige que le débiteur puisse démontrer avoir fourni «tous les efforts requis» afin de pallier aux difficultés résultant de l'événement soulevé comme constituant un cas de force majeure (Cass., 4 juin 2005, *J.T.*, 2015, p. 1460, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1510 : à propos des conséquences fiscales d'une inoccupation d'immeuble, la Cour casse la décision d'appel au motif que «par ces énonciations d'où il ne résulte pas que la défenderesse a fourni tous les efforts requis pour mettre fin à l'inoccupation de l'immeuble, l'arrêt n'a pu, sans violer les dispositions précitées, décider que celle-ci "résulte d'un cas de force majeure"»). Cet arrêt ayant été prononcé en matière fiscale, on ne pas en déduire avec certitude que la Cour de cassation se serait prononcée en faveur d'un assouplissement généralisé de la condition d'impossibilité.

force majeure temporaire[27]. En revanche, si un maintien de l'activité était possible, par exemple parce que le respect de la mesure de distanciation sociale ne posait aucune difficulté (par exemple pour certains chantiers, tels les travaux routiers, exécutés uniquement en extérieur), les conditions de la force majeure ne seront pas rencontrées. Il en est de même lorsque seule certaines prestations pouvaient être exécutées (par exemple lorsque certaines activités pouvaient toujours, durant cette période, être exécutées en extérieur dans le respect des mesures de distanciation, mais que d'autres étaient impossibles à réaliser dans ces conditions) : dans ce cas, seule l'inexécution temporaire de la partie de l'ouvrage visée par l'impossibilité pourra bénéficier de l'exception de force majeure. Enfin, si l'exécution n'a pas été rendue impossible, mais qu'elle s'est trouvée, pendant la durée des mesures et malgré tous les efforts possibles de l'entrepreneur, objectivement et irrésistiblement ralentie (notamment afin d'assurer le respect des mesures de distanciation sociale), le retard d'exécution nous semblerait également pouvoir bénéficier de l'exception de force majeure. Cette situation pourrait, par exemple, se rencontrer si le respect des mesures de distanciation sociale rendait impossible le respect des délais d'exécution qui avaient été calculés en fonction d'un nombre déterminé d'ouvriers travaillant dans le même temps sur le chantier pendant une certaine période, et que la présence d'un tel nombre n'a temporairement plus été possible. Ne se trouve-t-on pas là également face à une situation de force majeure temporaire ? Une appréciation au cas par cas des incidences sur l'exécution du contrat devra sans doute s'envisager dans pareille circonstance.

En toute hypothèse, comme nous l'écrivions par ailleurs, « la reconnaissance de l'existence d'un cas de force majeure (...) relève du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond, en fonction des caractéristique propres à chaque espèce. Toute généralisation est donc exclue »[28].

Enfin, pour prétendre au bénéfice de la force majeure, l'entrepreneur est tenu d'informer le maître de l'ouvrage de la survenance de celle-ci : la force majeure donne en effet naissance à une obligation nouvelle, celle d'aviser le créancier de la survenance de ce cas de force majeure[29]. Cette information permet essentiellement au maître de l'ouvrage d'éviter d'engager inutilement les frais justifiés initialement par l'exécution attendue de la prestation (par exemple, les frais concernant l'alimentation en énergie du chantier, les frais correspondant à la présence sur le chantier du personnel du maître de l'ouvrage, devant être mis en chômage temporaire en raison de l'arrêt du chantier, etc.). De même, une information similaire devrait être adressée au maître de l'ouvrage pour l'avertir de la reprise du chantier, lorsque l'impossibilité résultant de la force majeure a pris fin (soit, probablement, à compter du 4 mai 2020, pour autant que les mesures préventives assurant une protection équivalente à la distanciation sociale aient été prises par l'entrepreneur).

27 Voy. par exemple D. PHILIPPE, « La force majeure temporaire et la suspension des obligations contractuelles », *in* C. DELFORGE, S. STIJNS et P. WÉRY (éd.), *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise - Het verbintenissenrecht in het leven van de onderneming*, coll. Groupe de recherche en droit des obligations, n° 6, Bruges, la Charte, 2017, p. 230.

28 B. KOHL, *op. cit.*, n° 126.

29 Il s'agit d'une application de la fonction complétive du principe de l'exécution de bonne foi des conventions (article 1134, alinéa 3, du Code civil). Cette obligation est aussi reprise dans le projet d'article 5.300, § 2, du livre 5 « Les obligations » du (nouveau) Code civil : « Dès que le débiteur a connaissance ou doit avoir connaissance d'une cause d'impossibilité d'exécution, il doit en informer le créancier dans un délai raisonnable. Si le débiteur manque à ce devoir, il est tenu de réparer le dommage qui en résulte » (voy. la proposition de loi du 16 juillet 2019 portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, sess. extr. 2019, n° 174/1).

10. Conséquence du cas de force majeure sur le contrat : suspension du contrat (théorie des risques). — Lorsque le cas de force majeure empêche temporairement l'entrepreneur de s'exécuter, il suspend l'exigibilité de son obligation : l'entrepreneur peut soulever l'exception de force majeure pour suspendre ses prestations, sans devoir supporter l'indemnisation des conséquences dommageables résultant pour le maître de l'ouvrage d'un tel retard. Par exemple, la portion du retard consécutif au cas de force majeure ne devrait pas donner lieu à l'application des pénalités (ou « amendes ») de retard. En application de la théorie des risques, le contrat — en ce qu'il présente un caractère synallagmatique — sera suspendu pour les deux parties pendant une durée correspondant à l'impossibilité d'exécution résultant de la force majeure : la suspension des obligations de l'entrepreneur emporte donc corrélativement celle des engagements du maître de l'ouvrage, en raison de l'interdépendance des obligations réciproques qui caractérise le contrat d'entreprise[30]. Ainsi, l'obligation du maître de l'ouvrage de procéder au paiement de tout ou partie du prix de l'ouvrage correspondant aux prestations qui auraient dû être accomplies durant la période de force majeure, à condition qu'elle ne soit pas déjà échue à la date du 13 mars 2020, est également suspendue à due concurrence jusqu'au jour où l'empêchement aura pris fin.

Dès que l'impossibilité d'exécuter résultant des mesures de lutte contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 aura pris fin, le contrat d'entreprise reprendra automatiquement son cours normal, aux mêmes conditions qu'à l'origine, sauf dans les cas dans lesquels l'exécution du contrat n'aurait plus de sens : dans ce cas, la force majeure causera en réalité la fin prématurée du contrat[31]. L'on pense, par exemple, aux hypothèses dans lesquelles la réalisation d'un ouvrage aura été commandée pour être livrée dans un délai présentant un caractère essentiel (et reconnu comme tel), lequel serait dépassé ou ne pourrait plus être respecté lors de la levée des mesures adoptées par le gouvernement[32].

11. Incidence du Covid-19 sur les contrats de sous-traitance. — Lorsque le cas de force majeure empêche temporairement le chantier de se poursuivre, totalement ou en partie, les contrats de sous-traitance sont-ils nécessairement affectés par le cas de force majeure ?

Même si le contrat d'entreprise principale et le contrat de sous-traitance sont fondamentalement liés sur le plan économique, le contrat de sous-traitance demeure autonome par rapport au contrat principal : le contrat de sous-traitance n'est nullement accessoire au contrat principal, et peut répondre à des conditions propres au regard de celles convenues entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal. Bref, les deux contrats sont juridiquement indépendants[33].

Ainsi, ce n'est pas parce que l'entrepreneur principal a eu, pendant la période durant laquelle il ne pouvait être dérogé à la règle de la distanciation sociale

30 Voy. Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 460. La cour décide que « la force majeure, qui empêche une partie de remplir ses obligations, suspend l'exécution de tous les engagements nés d'un contrat synallagmatique, lorsque cet empêchement n'est que temporaire et que le contrat peut encore être utilement exécuté après le délai convenu ».

31 Voy. en ce sens M. DE POTTER DE TER BROECK, « Tijdelijke versus definitieve overmacht », *NjW*, 2017, pp. 378-383 et réf. citées ; voy. également A. DE BOECK, « De schorsing bij overmacht in het gemene verbintenissen- en contractenrecht », *in* A. DE BOECK, S. STIJNS et R. VAN RANSBEECK (éd), *Leerstoel professor Constant Mattheeussen, Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten*, Bruges, die Keure, 2010, p. 76.

32 Pour une analyse des hypothèses dans lesquelles l'événement de force majeure présentant un caractère a priori temporaire cause néanmoins la dissolution du contrat, voy. M. DE POTTER DE TER BROECK, « Tijdelijke versus definitieve overmacht », *op. cit.*, pp. 378-383.

33 Comm. Hasselt, 31 octobre 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 993 ; voy. également A. DELVAUX et D. DESSARD, *Le contrat d'entreprise de construction*, coll. Rép. not., t. IX, livr. VIII, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 107, n° 85-1 ; M.A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise - Chronique de jurisprudence (1990-2000)*, Coll. Les dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2001, p. 238, n° 295 ; B. KOHL, *op. cit.*, n^{os} 262 et s.

(soit du 18 mars 2020 au 4 mai 2020), la possibilité de poursuivre son activité sur le chantier que tel a été nécessairement le cas pour son sous-traitant. La nature des activités et l'accès à la fourniture de matériaux peuvent être différents pour l'un et pour l'autre ; les obstacles peuvent également varier de sous-traitant à sous-traitant, selon le type de prestations qui ont été confiées à chaque sous-traitant. Le sous-traitant qui serait invité à poursuivre (ou à reprendre) l'exécution de ses prestations sur chantier pourra valablement invoquer le cas de force majeure, s'il démontre se trouver dans l'impossibilité de poursuivre ou de reprendre l'exécution de ses obligations. Les conditions de la force majeure examinées ci-dessus[34] s'appliquent en effet, *mutatis mutandis*, à la relation de sous-traitance.

Si les conditions de la force majeure se trouvent réunies dans le chef du sous-traitant et que celui-ci doit suspendre son activité, ceci constituera sans doute également pour l'entrepreneur général un cas de force majeure temporaire dans sa relation contractuelle avec le maître de l'ouvrage, car les mesures de distanciation sociale qui peuvent avoir empêché le sous-traitant de prester ne sont — en principe — pas propres à l'identité du sous-traitant, mais plutôt à la nature des activités exercées ; elles auraient dû être respectées par l'entrepreneur s'il avait lui-même pris en charge l'activité déléguée, de sorte que plaider que l'entrepreneur aurait dû se retourner, au bénéfice de l'urgence, pour reprendre à son compte l'activité sous-traitée ou pour la faire reprendre par un autre sous-traitant, ne nous semblerait guère raisonnable.

2. Covid-19 : supplément de prix pour l'entrepreneur en raison de la suspension du chantier ?

12. L'incidence du Covid-19 sur le coût du marché lorsque l'exécution du marché a été (temporairement) totalement impossible. — La force majeure temporaire — comme peut l'être l'épidémie de Covid-19, à condition que l'entrepreneur démontre l'impossibilité d'exécution qui en a résulté — est génératrice d'obligations nouvelles : « puisque, par essence, la suspension est "destinée à assurer une restauration de l'obligation", les parties ont, d'une part, le devoir de "faire cesser l'impossible" et, d'autre part, de "ne rien faire qui puisse attenter à la vie du contrat, mais au contraire [de] prendre des mesures pour assurer sa survie" »[35]. C'est ainsi que l'entrepreneur a l'obligation, au moment d'abandonner temporairement le chantier, de prendre les mesures nécessaires (notamment en ce qui concerne la sécurisation du chantier ou la préservation des ouvrages déjà construits) afin de ne pas compromettre la reprise du chantier une fois celle-ci rendue possible. De même, il a l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour, dans la mesure du possible, s'organiser et reprendre l'exécution de l'ouvrage en assurant le respect des mesures de distanciation sociale ou en prenant les mesures préventives assurant une protection équivalente (même si une telle réorganisation suppose certains coûts). Ces obligations participent en réalité au devoir d'éviter une aggravation du dommage.

La question de l'indemnisation de ces frais (par exemple ceux résultant des mesures de sécurité particulières, ou les coûts supplémentaires (notamment la location de machines, le gardiennage du chantier, etc.) résultant de l'allongement de la durée du chantier) se pose également. Elle est rarement abordée en jurisprudence ou en doctrine, en Belgique à tout le moins.

34 Voy. *supra*, n° 10.
35 P. WÉRY, *op. cit.*, n° 577.

Il nous semble qu'une distinction peut être opérée entre, d'une part, les coûts liés à la prolongation de la durée d'exécution résultant de la suspension (notamment les frais généraux et frais de siège, la prolongation de la durée d'utilisation de certaines machines, l'augmentation éventuelle du prix des matériaux pendant la durée de la prolongation, etc.), qui pourraient s'apparenter à des coûts «fixes» et, d'autre part, les coûts propres liés à la préservation du chantier pendant la période d'inactivité et à la remobilisation des équipes une fois que l'événement de force majeure a pris fin.

S'agissant des premiers, ils doivent, en principe, par l'effet de la force majeure, être supportés par le débiteur de l'obligation, c'est-à-dire l'entrepreneur. Le maître de l'ouvrage, en raison de la force majeure, se trouve privé de son droit d'obtenir l'indemnisation du dommage résultant de la prolongation de la durée du chantier, et il ne lui revient pas de prendre en charge, en outre, les coûts supportés par l'entrepreneur du seul fait de la prolongation de cette durée. Il ne nous semblerait pouvoir être dérogé à ce principe que dans les cas dans lesquels, en fonction des circonstances propres à l'espèce, le comportement du maître de l'ouvrage serait constitutif d'un abus de droit manifeste[35bis].

En revanche, les coûts spécialement supportés par l'entrepreneur pour réduire les conséquences dommageables de la force majeure et pour lutter contre les obstacles résultant de celle-ci concrétisent en réalité l'obligation de collaboration loyale et de modération, tant durant la période de suspension que lorsque l'impossibilité d'exécution cesse. Cette obligation trouve son fondement dans l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions (article 1134, alinéa 3, C. civ.) : «en somme, [les cocontractants] doivent lutter, conjointement, en faveur de la restauration du lien contractuel»[36]. Si le devoir de prendre les mesures permettant la sauvegarde puis la restauration du lien contractuel repose a priori sur le débiteur (en l'espèce l'entrepreneur), la doctrine fait de plus en plus souvent état de ce que le débiteur doit pouvoir également compter sur le devoir de collaboration reposant sur le créancier (en l'espèce le maître de l'ouvrage)[37].

Dans sa thèse de doctorat, M. de Potter de ter Broeck estime par exemple que chaque partie, donc aussi le créancier, doit prendre en charge une partie des frais rendus nécessaires pour permettre de surmonter l'événement de force majeure, dans la mesure notamment où, en règle générale, le débiteur et le créancier sont tous deux «victimes» des conséquences de cet événement[38]. D. Philippe indique de son côté, dans le même sens, que «(...) ceci peut, à notre avis, être une question de circonstances, mais effectivement nous ne croyons pas que les frais doivent être mis systématiquement à charge du débiteur»[39]. Bien que l'on flirte dans ce cas avec la théorie de l'imprévision — qui en principe devrait conduire

35bis Il est toutefois rappelé que, en principe, le créancier qui, face à des circonstances nouvelles, demande au débiteur la poursuite des relations aux conditions convenues (c'est-à dire, ici, au prix convenu), ne commet pas pour ce seul motif un abus de droit (voy. *infra*, n° 13).

36 J.-F. GERMAIN, E. PLASSCHAERT et J. VAN ZUYLEN, «L'exécution des obligations contractuelles», *in Les obligations - Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2013, n° 2.418 (nous soulignons).

37 Voy. par exemple A. DE BOECK, «Genera non pereunt, toch wel?», *R.G.D.C.*, 2009, p. 446, n° 46 et réf. citées.

38 «Het is dan moeilijk om te rechtvaardigen dat één enkele contractpartij — doorgaans de schuldenaar — moet instaan voor de kosten die werden gemaakt om de tijdelijke gevolgen van de wijziging van omstandigheden op te heffen» (M. DE POTTER DE TER BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 344). L'on précise cependant que l'auteur défend l'idée d'une appréciation très souple de la condition d'impossibilité de la force majeure, conduisant à élargir celle-ci aux cas d'imprévision. L'auteur estime également (pp. 242 et s., nos 237 et s.) que, même dans l'hypothèse de la force majeure, une obligation de renégociation s'imposerait aux parties. Si l'idée est séduisante — et figure d'ailleurs régulièrement dans les clauses de force majeure qu'insèrent les parties dans leur contrat — elle n'est toutefois pas, de lege lata, consacrée comme telle en droit belge.

39 D. PHILIPPE, «La force majeure temporaire et la suspension des obligations contractuelles», *in Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, Bruges, la Charte, 2017, p. 233.

au rejet de l'idée d'un partage de ces coûts[40] — il nous semble défendable de soutenir l'idée que dans la mesure où l'épidémie de Covid-19 n'est imputable ni à l'une, ni à l'autre des parties, un partage des coûts spécifiquement supportés par l'entrepreneur pour sauvegarder le chantier et pour, ensuite, permettre sa reprise dans le respect des conditions sanitaires[40bis], devrait s'envisager, en fonction des circonstances propres à chaque espèce, et sans préjudice de l'application des stipulations contractuelles éventuellement convenues à ce propos entre parties.

13. L'incidence du Covid-19 sur le coût du marché lorsque l'exécution du marché n'a pas été totalement impossible : imprévision ou sujétions imprévues ? — Pour les entreprises qui ne démontreraient pas avoir été placées face à une impossibilité (temporaire) d'exécution, les mesures gouvernementales de lutte contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 peuvent également entraîner des coûts supplémentaires. L'entrepreneur peut-il espérer répercuter, à charge du maître de l'ouvrage, les frais supplémentaires résultant des difficultés d'exécution ou de la prolongation du délai d'exécution ? La réponse à cette question passe par l'examen de la théorie dite de « l'imprévision » et sa réception en droit de la construction.

Il est habituel, en droit privé belge de la construction, distinguer la théorie des sujétions imprévues, d'une part, et la théorie de l'imprévision, d'autre part.

Les « sujétions imprévues » peuvent être définies comme les difficultés existantes mais non connues et non prévisibles lors de la formation du contrat, qui bouleversent l'économie de celui-ci, et dont l'impossibilité pour le prestataire d'en tenir compte lors de la remise de son prix forfaitaire ne résulte pas de la faute de ce dernier[41] [42]. La survenance d'une sujétion imprévue rend l'exécution du contrat bien plus onéreuse pour l'entrepreneur. En cela, elle se distingue du cas de force majeure, qui constitue un événement insurmontable qui rend impossible l'exécution de tout ou partie des obligations contractuelles[43]. Cette théorie, qui est explicitement reconnue en droit des marchés publics[44], est timidement, mais certainement, appliquée de manière de plus en plus générale par les cours et tribunaux en droit privé du contrat d'entreprise de construction immobilière[45].

40 Mais dont nous pensons qu'elle devrait être remise en cause (voy. *infra*, n° 14).

40bis À condition toutefois qu'il qu'il s'agisse bien de coûts spécifiques au chantier, et non du coût de la mise en place des mesures préventives de protection « générales », tels les équipements de protection individuelle des travailleurs ou le coût lié à l'aménagement des véhicules assurant le transport des ouvriers vers les chantiers, qui nous paraissent relever davantage de la catégorie des frais généraux à supporter par l'entreprise.

41 Le fondement de la théorie des sujétions imprévues réside, pour certains dans le caractère vicié du consentement de l'entrepreneur à l'époque de la conclusion du contrat (erreur substantielle) (voy. par exemple H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, *Les principaux contrats*, Bruxelles, Bruylant, 1972, n° 910 ; A. DELVAUX, *Traité juridique des bâtisseurs*, t. 1, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1968, n° 63), pour d'autres, sur la notion même de forfait (voy. par exemple P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 810-811).

42 Par exemple, la présence sur le terrain de grandes quantités de grès et de résidus de mastic (Cass., 28 février 1986, *Entr. et dr.*, 1988, p. 151, note M.A. FLAMME) ; des fondations bancales de l'immeuble voisin des travaux (Gand, 1er octobre 2004, *Entr. et dr.*, 2005, p. 142) ; la découverte sur le chantier de bombes datant de la seconde guerre mondiale (Liège, 28 juin 1995, *Pas.*, 1995, II, p. 36). Pour un aperçu des circonstances habituellement rencontrées, voy. par exemple M. DEVROEY, *De uitvoering van overheidsopdrachten van werken - Commentaar op de algemene aannemingsvoorwaarden*, Lokeren, Konstruktieve Publ., 2011, pp. 151- 155 ; R. SIMAR et F. VISEUR, « Les incidents d'exécution des marchés publics », *in* S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (dir.), *Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1er juillet 2013*, coll. Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 599-600.

43 Sur la théorie des sujétions imprévues, voy. B. KOHL, *op. cit.*, n° 90.

44 Voy. *infra*, n° 16.

45 Voy. par exemple l'arrêt prononcé par la cour d'appel de Liège le 27 janvier 2000 (ayant donné lieu à un pourvoi suivi d'un arrêt de rejet de ce pourvoi prononcé par la Cour de cassation le 5 décembre 2002 [Cass., 5 décembre 2002, *Res Jur. Imm.* 2003, p. 133]), dans lequel cour d'appel reconnaît que les difficultés géologiques rencontrées par l'entrepreneur avaient constitué pour ce dernier des difficultés anormales et imprévues d'exécution (auxquelles n'avaient pensé ni le bureau d'étude chargé des études du sol, ni les architectes, ni même le maître de l'ouvrage), de sorte qu'il convenait de faire droit à sa demande d'indemnisation malgré le prix forfaitaire convenu. Voy. également Bruxelles, 26 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1289.

En l'espèce, cependant, les difficultés d'exécution et suppléments de coûts résultant de l'épidémie de Covid-19 n'étaient pas préexistantes à la conclusion du contrat d'entreprise. *Stricto sensu*, la théorie des sujétions imprévues ne devrait, dès lors, pas trouver à s'appliquer. L'on se situe alors dans un cas d'imprévision. La théorie de l'imprévision permet de s'écarter de la force obligatoire du contrat lorsque, postérieurement à la conclusion de la convention, surviennent des circonstances nouvelles et imprévisibles qui, bouleversant l'économie du contrat, ont pour effet de rendre l'exécution de ses obligations par l'une des parties beaucoup plus difficile ou beaucoup plus onéreuse[46]. En d'autres termes, « alors que l'imprévision concerne essentiellement des circonstances d'ordre économique (ou politiques ou encore technologiques), la théorie des sujétions imprévues a trait à des difficultés techniques résultant d'éléments préexistants mais légitimement ignorés par les parties »[47].

À plusieurs reprises, la Cour de cassation a rejeté la théorie de l'imprévision[48], sous réserve, bien entendu, de stipulations conventionnelles organisant les conséquences d'un bouleversement de l'économie contractuelle (dites clauses de « hardship »). Dès lors, en principe, le créancier (tel le maître de l'ouvrage) qui réclamerait l'exécution du contrat au prix convenu malgré la survenance de circonstances nouvelles rendant l'exécution beaucoup plus difficile ou beaucoup plus onéreuse pour le débiteur (tel l'entrepreneur) ne commet pas un abus de droit. Par conséquent, il devrait normalement en résulter un rejet, par les cours et tribunaux, de la demande de l'entrepreneur de voir le maître de l'ouvrage l'indemniser pour les suppléments de coûts résultant, soit du retard accusé par le chantier, soit des mesures particulières prises pour assurer la poursuite du chantier, et qui auraient été rendues nécessaires à compter du 18 mars 2020 pour assurer le respect des mesures de distanciation sociale imposées par le gouvernement, lorsqu'il ne peut être démontré que la poursuite du chantier a été rendue impossible par l'effet de ces mesures.

14. L'épidémie de Covid-19, occasion d'une remise en cause du rejet de la théorie imprévision ? — Le rejet par la Cour de cassation de la théorie de l'imprévision fait l'objet de critiques de plus en plus nombreuses. Des arrêts du 20 juin 2009[49] et du 12 avril 2013[50], rendus en matière de vente internationale de marchandises, pourraient d'ailleurs laisser entrevoir l'amorce d'une évolution de la jurisprudence en droit interne[51]. Certaines décisions des juges du fond semblent également faire application de la théorie de l'imprévision, sous couvert d'une interprétation moins stricte de la condition d'impossibilité propre à la force majeure[52].

46 Sur cette théorie, voy. en particulier D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986 ; voy. également M. DE POTTER DE TER BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Anvers, Intersentia, 2017 ; D. PHILIPPE, « L'imprévision », *J.T.*, 2007, pp. 738-741 ; J. GERMAIN et Y. NINANE, « Force majeure et imprévision en matière contractuelle », *in Droit des obligations*, Louvain-la- Neuve, Anthemis, 2011, pp. 81- 160 ; J. VAN ZUYLEN, « L'exécution des obligations contractuelles. Section 2. *L'inexécution des obligations contractuelles*. § 3. Force majeure et imprévision », *in* X., *Obligations - Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, II.1.6-1 - II.1.6-96 (108 p.).

47 P. VAN OMMESLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les Obligations*, vol. 1, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 830. L'auteur cite Liège, 30 mai 1974, *Entr. et dr.*, 1977, p. 286, note A. BONDROIT.

48 Voy. de manière explicite : Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365 : « la règle de l'exécution de bonne foi des conventions n'implique pas que, si des circonstances nouvelles et non prévues par les parties rendent l'exécution du contrat plus difficile pour le débiteur, le créancier ne puisse demander le paiement de sa créance » ; voy. également Cass., 20 avril 2006, *Pas.*, 2006, p. 884 ; Cass., 7 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 150.

49 Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1590, *D.A. O.R.*, 2010, p. 149, note D. PHILIPPE et note K. COX.

50 Cass., 12 avril 2013, *Pas.*, 2013, p. 863, *R.G.D.C.*, 2013, p. 478.

51 Voy. également à ce sujet C. BIQUET-MATHIEU, « Soubresauts en matière d'imprévision - Les arrêts des 19 juin 2009 et 14 octobre 2010 », *Rev. fac. dr. Liège*, 2012, pp. 239-257.

52 Voy. Gand, 2 avril 2012, *R.G.D.C.*, 2013, p. 479 ; J.P. Tournai, 8 mai 2007, *J.T.*, 2008, p. 162. Voy. à ce égard *supra*, n° 9. Une interprétation extensive de la force majeure mènerait à une acceptation implicite de la théorie de l'imprévision (voy. S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 119).

En outre, le détour par la théorie de l'abus de droit a déjà permis à certains juges de pallier l'absence de prise en compte en droit belge des situations de bouleversement de l'économie contractuelle[53]. Ce procédé, qui paraît bien avoir été validé par la Cour de cassation dans un arrêt du 14 octobre 2010[54], ne permet cependant pas au juge de contraindre les parties à renégocier le contrat ou à modifier, d'autorité, le contenu de leur contrat.

L'ampleur sans précédent de l'épidémie de Covid-19 ne constituera-telle pas l'élément décisif faisant basculer définitivement la Belgique vers une reconnaissance de la théorie du bouleversement de l'économie contractuelle ? La Belgique nous paraît prête à reconnaître cette théorie. En effet, le changement de circonstances est désormais pris en compte par toutes les législations modernes[55]. Le projet de réforme du droit des obligations reconnaît également cette théorie : l'article 5.77 du projet de livre 5, sous le titre « Changement de circonstances », prévoit à charge des parties une obligation de renégociation du contrat en cas de survenance de circonstances imprévisibles[56].

15. L'organisation contractuelle des circonstances imprévisibles : la clause de *hardship* ou la conclusion d'une convention de renégociation ou de tierce décision obligatoire. — Par l'insertion d'une clause — habituellement qualifiée de « hardship » — dans le contrat, les parties peuvent conventionnellement se référer à la théorie de l'imprévision. L'entrepreneur et le maître de l'ouvrage peuvent ainsi avoir prévu que si, par suite de circonstances nouvelles, imprévisibles et indépendantes de leur volonté, l'économie du contrat se trouvait bouleversée et son exécution rendue beaucoup plus onéreuse pour l'une d'elles (ou privée de tout intérêt pour l'une d'elles), il y aurait lieu, selon la variante de la clause, à renégociation entre elles, à dissolution voire à modification du contrat par le juge ou par un tiers « arbitre ».

53 Voy. par exemple Liège, 21 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 564. En l'espèce, l'exécution par l'une des parties de ses obligations était devenue totalement disproportionnée en raison de l'effondrement du dollar américain. La cour d'appel a considéré qu'abusait de son droit, le contractant qui, nonobstant la dégradation du cours, exigeait de l'autre qu'il respecte ses obligations telles qu'originairement convenues, ce qui aurait pour conséquence que cette partie soit ruinée ; add. Gand, 3 février 2014, *NjW*, 2015, p. 202, note C. LEBON (à propos d'une demande d'une société de transport, jugée abusive, de voir son cocontractant condamné à une compensation financière suite au non-respect des garanties de transport minimum convenues avec ce dernier ; le cocontractant n'avait pu respecter son engagement en raison d'une chute drastique et imprévisible de ses exportations en raison d'une crise mondiale dans le secteur du textile). Voy. sur ces arrêts S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, pp. 119-120.

54 Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643 : dans cet arrêt, rendu en matière de pensions alimentaires dont un des ex-époux sollicitait la suppression (car — même si la théorie de l'imprévision ne fut pas, en tant que telle, invoquée en l'espèce — les circonstances de fait depuis la signature de la convention préalable à divorce avaient profondément évolué, bouleversant l'économie de la convention), la Cour admit que « (...) le jugement attaqué a pu légalement considérer que la poursuite par [le créancier de la pension] de l'exécution de [la] convention était constitutive d'un abus de droit et ordonner la suppression de la pension litigieuse sans violer les articles 23 de la Constitution, 1134, 1382 et 1383 du Code civil ni méconnaître le principe général du droit qui prohibe l'abus de droit ».

55 Voy. par exemple en France, le nouvel article 1196 du Code civil ; en Allemagne, l'article 313 du Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ; aux Pays-Bas, l'article 6:258 du Nieuwe Burgerlijk Wetboek (NBW). Voy. également, au niveau européen, l'article III.1 :110 du Draft Common Frame of Reference (DCFR).

56 Proposition de loi du 16 juillet 2019 portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, sess. extr. 2019, n° 174/1 : « Chaque partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué. Toutefois, le débiteur peut demander au créancier de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions suivantes sont réunies : 1° un changement de circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger ; 2° ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat ; 3=) ce changement n'est pas imputable au débiteur ; 4° le débiteur n'a pas assumé ce risque ; et 5° la loi ou le contrat n'exclut pas cette possibilité. Les parties continuent à exécuter leurs obligations pendant la durée des renégociations ». La disposition en projet précise également les conséquence du refus ou de l'échec des renégociations : « En cas de refus ou d'échec des renégociations dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande de l'une ou l'autre des parties, adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances, ou mettre fin au contrat en tout en partie à une date qui ne peut être antérieure au changement de circonstances et selon des modalités fixées par le juge. L'action est formée et instruite selon les formes du référé ».

Même si elles n'ont pas prévu une telle clause dans leur contrat, les parties peuvent toujours, par une convention spécifiquement conclue à cet effet, prévoir un tel mécanisme de renégociation du contrat. Le cas échéant, elles pourront, pour plus de simplicité, recourir aux services d'une institution prévoyant des clauses modèles ou des règlements spécialement adaptés à ce type de circonstances. Par exemple, en Belgique, le CEPANI propose un « Règlement d'adaptation des contrats » particulièrement adapté à la situation actuelle[57]. L'article 2 de ce Règlement précise que celui-ci s'applique « (...) si une ou les parties veulent recourir à un tiers dont la mission consiste à parfaire le contrat sur les points où celui-ci ne l'a pas été par les parties ou à adapter leur volonté commune, qui est à la base du contrat, à de nouvelles circonstances ».

Lorsqu'elles recourent aux services d'un tiers pour procéder à l'adaptation du contrat, l'avis de ce tiers peut contribuer à permettre la conclusion amiable d'un avenant au contrat d'entreprise. Le cas échéant, les parties peuvent également convenir de se soumettre à la décision de ce tiers. L'on parle dans ce cas de « tierce décision obligatoire »[58].

16. Le Covid-19 et l'exécution des marchés publics. — Si la théorie de l'imprévision est rejetée en droit commun — et donc notamment en présence d'un contrat d'entreprise de droit privé — elle est cependant admise pour les contrats auxquels les règles générales d'exécution des marchés publics sont applicables. L'article 38/9 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics[59] a vocation à s'appliquer aussi bien en cas de sujétions imprévues qu'en présence de circonstances imprévisibles qui ne préexistaient pas à la conclusion du contrat[60] [61]. L'entrepreneur adjudicataire pourra se prévaloir de cette disposition « s'il démontre que la révision est devenue nécessaire à la suite des circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir lors du dépôt de son offre, qu'il ne pouvait éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier, bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires. L'adjudicataire ne peut invoquer la défaillance d'un sous-traitant que pour autant que ce dernier puisse se prévaloir des circonstances que l'adjudicataire aurait pu lui-même invoquer s'il avait été placé dans une situation analogue ». La révision peut consister soit en une prolongation des délais d'exécution, soit, lorsqu'il s'agit d'un préjudice très important, en une autre forme de révision ou en la résiliation du marché.

Il ne fait pas de doute que, même dans les cas dans lesquels les restrictions imposées par les mesures gouvernementales de lutte contre l'épidémie de Covid-19 ne devaient pas être qualifiées d'événements de force majeure (en fonction de leurs conséquences concrètes sur la possibilité de poursuivre l'exécution du marché[62]), ces mesures constituent en toute hypothèse pour l'entrepreneur des « circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir lors du dépôt de son

57 Voy. https://www.arbitrationbelgium.com/ Autres%20ADR%20en%20FR/adaptation_ des_contrats.pdf.

58 Voy. à ce sujet B. KOHL et A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *in* O. CAPRASSE (éd.), *Modes alternatifs et règlement des conflits - Réformes et actualités*, coll. CUP, vol. 178, Limal, Anthemis, 2017, pp. 121-162.

59 *M.B.*, 14 février 2013, 8752. L'arrêté royal a été modifié de manière substantielle par un arrêté royal du 22 juin 2017 (*M.B.*, 27 juin 2017, p. 68311).

60 Voy. par exemple M.A. FLAMME, P. MATHEI, P. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaires pratique de la réglementation des marchés publics*, t. 2, 6e éd., Bruxelles, éd. Confédération de la Construction, 1997, pp. 366-368.

61 La crise liée à l'épidémie de Covid-19 pourrait également donner lieu à l'application de l'article 38/2, 1°, de l'arrêté royal, qui est très rarement appliqué. Cette disposition permet au pouvoir adjudicateur d'apporter une modification au marché sans nouvelle procédure de passation lorsque « 1o la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir ». Force est en effet de constater que la propagation du virus Covid-19 constitue une telle circonstance.

62 Voy. *supra*, n° 9.

l'offre »[63].

Pour obtenir une prolongation de délai du marché, il n'est pas nécessaire de démontrer un préjudice très important[64]. En revanche, lorsque l'adjudicataire souhaite obtenir un supplément de prix, il doit démontrer avoir subi un préjudice « très important ». L'article 38/9 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 considère en effet que l'on sort du risque normal d'entreprise lorsque le préjudice est très important. L'article 38/9, § 3, fixe désormais à 2,5 % du montant initial du marché le seuil du préjudice très important, non sans préciser que ce seuil est de toute façon atteint lorsque le préjudice est supérieur ou égal à un certain montant[65]. Les mesures prises pour lutter contre la propagation du virus Covid-19 n'impliqueront donc pas automatiquement des circonstances imprévisibles rentrant dans les conditions visées par l'article 38/9, mais dépendront de la situation spécifique à apprécier au cas par cas.

Une condition d'introduction des réclamations est par ailleurs posée à l'article 38/14 : « l'adjudicateur ou l'adjudicataire qui veut se baser sur une des clauses de réexamen telles que visées aux articles 38/9 à 38/ 12, doit dénoncer les faits ou les circonstances sur lesquels il se base, par écrit dans les trente jours de leur survenance ou de la date à laquelle l'adjudicataire ou l'adjudicateur aurait normalement dû en avoir connaissance ». Le pouvoir adjudicateur doit être informé « de manière succincte » de « l'influence de ces faits ou circonstances sur le déroulement et le coût du marché » (article 38/15)[66].

En l'espèce, les pouvoirs adjudicateurs soutiendront sans nul doute qu'à la date du 18 mars 2020 (étant la date du premier arrêté ministériel ayant ordonné la fermeture des entreprises incapables d'assurer le respect des mesures de distanciation sociale), les entreprises frappées par les prescriptions édictées par le gouvernement, auraient normalement dû avoir connaissance des faits ou circonstances sur lesquels elles entendent fonder leur demande d'indemnisation[67]. En conséquence, les entreprises adjudicataires devraient avoir notifié par écrit au pouvoir adjudicataire pour la date du 17 avril 2020, les circonstances spécifiques et leur impact sur les coûts du marché et le délai d'exécution. Enfin, l'adjudicataire doit,

63 Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, il n'est en effet pas exigé que l'adjudicataire se trouve nécessairement, en raison des circonstances imprévisibles, dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations dans les délais contractuels (Cass., 20 septembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 63).

64 En principe, en cas de dépassement du délai contractuel, celui-ci donne lieu de plein droit, pour la totalité des jours de retard, à des amendes de retard sans intervention d'un procès-verbal ou d'une mise en demeure. Vu les circonstances particulières liées à l'épidémie de Covid-19, il a toutefois été recommandé aux pouvoirs adjudicateurs de ne pas appliquer les amendes pour retard dès que le retard qu'elles sanctionnent est justifié par les mesures sanitaires prises dans le cadre de lutte contre la propagation de l'épidémie (voy. à cet égard, en Région wallonne, la circulaire du 26 mars 2020 relative aux conséquences des mesures sanitaires liées au Covid-19 sur les marchés publics wallons - Recommandations à l'attention des pouvoirs adjudicateurs wallons, *M.B.*, 26 mars 2020, 2e éd., p. 18472 ; voy. également son addenda, *M.B.*, 30 mars 2020, 1re éd., p. 22018).

65 Ce montant s'élève à : « (a) 175.000 EUR pour les marchés dont le montant initial du marché est supérieur à 7.500.000 EUR et inférieur ou égal à 15.000.000 EUR ; (b) 225.000 EUR pour les marchés dont le montant initial du marché est supérieur à 15.000.000 EUR et inférieur ou égal à 30.000.000 EUR ; (c) 300.000 EUR pour les marchés dont le montant initial du marché est supérieur à 30.000.000 EUR ».

66 À cet égard, selon la page du site web du SPF Public Procurement spécialement créée pour répondre aux questions relatives à l'incidence de l'épidémie de Covid-19 sur l'exécution des marchés publics (www.publicprocurement. be/fr/faq), « un simple renvoi aux "mesures prises dans le cadre de la lutte contre le virus Covid-19" peut difficilement être considéré comme suffisant, vu qu'il ne s'agit pas d'une description de l'impact probable sur le déroulement et le coût du marché. La description des faits ou des circonstances et leur influence sur le déroulement et le coût du marché peut cependant se faire de manière succincte et cela sera souvent nécessairement le cas, vu les imprécisions dans la crise actuelle et notamment la définition future de la réduction graduelle des mesures prises pour lutter contre le virus Covid-19 ». Le SPF invite par ailleurs les pouvoirs adjudicateurs à ne pas exiger une description détaillée à ce stade de la notification : « la description de l'impact rencontré ou probable doit bien avoir trait au déroulement et au coût du marché mais, dans le cadre de la crise sanitaire actuelle, on peut difficilement attendre que l'adjudicataire communique directement tous les effets concrets sur le coût et le déroulement du marché ».

67 D'autres dates pourraient, le cas échéant, également être prises en compte. Ainsi, il n'est pas impossible que d'éventuelles difficultés d'approvisionnement ne se sont pas nécessairement manifestées dès le 18 mars 2020.

s'il estime qu'il y a un bouleversement de l'équilibre contractuel, veiller à présenter une demande écrite comportant une justification chiffrée dans les délais fixés à l'article 38/16 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, sous peine de déchéance[68]. Bien entendu, au jour de la rédaction de la présente contribution, les conséquences exactes et les circonstances concrètes sont encore, pour certaines, inconnues ; elles pourraient du reste évoluer dans les semaines et les mois à venir, en fonction des mesures qui seront prises ou des précisions qui seront encore apportées par le gouvernement dans le cadre de la lutte pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19.

Enfin, la crise du coronavirus pourrait, si elle se prolonge, présenter une incidence sur les formules de révision des prix : de fortes fluctuations des prix sur les marchés des matières premières peuvent en effet entraîner des baisses disproportionnées des formules de révision des prix. Une compensation financière pourrait alors également être demandée sur la base et dans les conditions prévues par l'article 38/9 de l'arrêté royal.

B. Suspension ou résiliation du chantier à l'initiative du maître de l'ouvrage

17. Suspension du marché résultant d'une décision du maître de l'ouvrage. — Il pourrait également se produire que l'entreprise de construction ait été disposée à poursuivre son activité, mais que l'accès au chantier lui ait été interdit par le maître de l'ouvrage. Dans un tel cas, le maître de l'ouvrage est *a priori* en situation d'inexécution de son obligation de collaboration, qui s'impose à lui, soit par les clauses du contrat d'entreprise, soit en raison du principe de l'exécution de bonne foi des conventions.

Si la suspension des travaux décidée par le maître de l'ouvrage résulte des mesures sanitaires adoptées par le gouvernement (par exemple, parce que les travaux à réaliser ne permettait pas le respect des mesures de distanciation sociale), ou par des raisons personnelles liées à l'épidémie de Covid-19 (par exemple en raison de la contamination du maître de l'ouvrage ou de son personnel, amené, par la configuration du chantier, à côtoyer les travailleurs de l'entrepreneur), le maître de l'ouvrage pourra sans doute faire valoir, à bon droit, que l'inexécution de son obligation est imputable à un cas de force majeure[68bis]. Par l'effet de la théorie des risques, l'exécution du contrat d'entreprise se trouvera, dans cette situation également, suspendue pendant le temps durant lequel le maître de l'ouvrage aura été placé dans l'impossibilité de permettre à l'entrepreneur l'accès au chantier ; par conséquent le retard d'exécution ne pourra être imputé à l'entrepreneur, qui ne pourra pas se voir appliquer des « amendes » de retard pour cette période.

En présence d'un marché public également, l'ordre de suspension décidé par le pouvoir adjudicateur ne pourra donner lieu à dommages et intérêts si la suspension est due « (...) à (des) circonstances auxquelles l'adjudicateur est resté étranger et qui, à la discrétion de l'adjudicateur, constituent un obstacle à continuer l'exécution du marché à ce moment »[69]. La suspension ordonnée par le pouvoir adjudicateur

68 Soit « 1° avant l'expiration des délais contractuels pour obtenir une prolongation des délais d'exécution ou la résiliation du marché ; 2° au plus tard nonante jours à compter de la date de la notification à l'adjudicataire du procès-verbal de la réception provisoire du marché (...) ; 3° au plus tard nonante jours après l'expiration de la période de garantie (...), lorsque ladite demande d'application de la clause de réexamen trouve son origine dans des faits ou circonstances survenus pendant la période de garantie ».

68bis Il en résulte qu'en principe, l'entrepreneur n'est pas fondé à réclamer au maître de l'ouvrage l'indemnisation du dommage résultant pour lui de la prolongation du délai d'exécution causée par l'interdiction qui lui est faite d'accéder au chantier en raison de la force majeure : l'inexécution de l'obligation du maître de l'ouvrage de permettre l'accès au chantier n'est, en effet, pas imputable à ce dernier en raison de la force majeure.

69 Article 38/12 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, *a contrario*.

en raison des mesures sanitaires adoptées par le gouvernement ou par des raisons personnelles liées à l'épidémie de Covid-19 devrait pouvoir entrer dans le champ d'application de cette disposition, et permettre d'éviter au pouvoir adjudicateur, comme en droit privé, d'être tenu au paiement de dommages et intérêts dans ce cas. L'application de cette disposition exclut-elle également la possibilité pour l'adjudicataire de réclamer la révision du marché sur la base de l'article 38/9 de l'arrêté royal, examiné précédemment ? « Rien dans la réglementation ou dans le rapport au Roi ne permet de répondre à cette question »[70].

En revanche, si les mesures prises dans le cadre de la lutte contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 n'étaient pas de nature telle qu'elles rendaient impossible l'exécution de l'ouvrage que l'entrepreneur se déclarait prêt à poursuivre (par exemple parce que le chantier devait être réalisé en extérieur et dans des conditions telles que les mesures de distanciation sociale pouvaient être respectées sans trop de contrainte, et que l'entrepreneur était disposé à poursuivre l'exécution de ses prestations), la fermeture ou la suspension de l'accès au chantier par décision unilatérale de pure convenance du maître de l'ouvrage constitue alors plus probablement un manquement qui pourrait lui être imputable. Ce manquement du maître de l'ouvrage à l'une de ses obligations permettrait de justifier, dans le chef de l'entrepreneur, un prolongement du délai d'exécution et une indemnisation de la totalité du dommage en ayant résulté[71]. Ceci est également valable pour les chantiers relevant de la réglementation relative aux marchés publics[72].

Si la décision du maître de l'ouvrage de suspendre l'exécution du chantier est justifiée par un manque soudain mais temporaire de liquidités résultant de l'épidémie de Covid-19 (par exemple en raison de l'effondrement des marchés financiers, ou en raison des défauts de paiement des clients du maître de l'ouvrage), ceci ne constitue pas pour autant un cas de force majeure permettant au maître de l'ouvrage d'échapper à son obligation d'indemniser l'entrepreneur du préjudice résultant de sa décision ; l'argent est un chose de genre, de sorte que l'adage genera non pereunt reçoit application. Ce principe a encore été rappelé par la Cour de cassation dans un arrêt du 28 juin 2018[73] : l'incapacité financière ne peut pas constituer un cas de force majeure, même si cette incapacité est due à des circonstances externes qui forment un cas de force majeure pour le débiteur.

70 M. THOMAS et M. OLIVOTTO, « Les circonstances imprévisibles », *in Chronique des marchés publics 2018-2019*, Bruxelles, EBP Consulting, 2019, p. 560. Ne pourrait-on pas admettre en effet que l'entrepreneur est confronté dans ce cas également à des « circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir lors du dépôt de son l'offre », au sens de l'article 38/9 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics ?

71 L'évaluation de ce préjudice s'avère particulièrement complexe, et requiert généralement un avis technique d'expert. Différents postes peuvent être pris en compte, tels que, entre autres, l'accroissement des frais de siège, l'immobilisation du matériel, la perte de rendement du personnel, les frais de reprise de travaux, les frais d'entretien, etc. L'indemnisation suppose un examen attentif des documents comptables de l'entrepreneur. Par le passé, les cours et tribunaux ont parfois eu recours à certaines méthodes de calcul forfaitaires (telles que la formule FLAMME), basées notamment sur le montant du marché et permettant de faciliter la valorisation de ce préjudice (voy. P.L. DOCQ et J.P. VERGAUWE, « L'expertise en droit immobilier de la construction », i*n Expertise - Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, 2009, n° 75). Cette technique de valorisation ne donne toutefois pas un reflet fidèle du préjudice réellement subi par l'entrepreneur. Or, ce dernier ne peut réclamer que l'indemnisation du dommage réel et direct subi (articles 1149 et 1151 C. civ.). Pour cette raison, à juste titre, les cours et tribunaux rejettent désormais habituellement ces évaluations et ordonnent une expertise comptable (voy. en ce sens, P. HOREMANS, « Cour d'appel de Mons. 10 ans de droit des marchés publics [2001- 2011] - Analyse et commentaire de 52 arrêts inédits », *Le Pli juridique*, 2012, liv. 19, p. 31 ; voy. également à ce sujet C. MARKOWICZ, « Expertises judiciaires : pour une méthode moderne alternative à la formule Flamme », *M.C.P.*, 2019, liv. 1, pp. 11-25).

72 Dans ce cas, il sera question d'une carence, d'une lenteur ou d'un fait quelconque du pouvoir adjudicateur (article 38/11 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics) et/ou d'une suspension qui n'est due ni à des conditions météorologiques défavorables, ni à des circonstances constituant un obstacle à la poursuite du chantier (article 38/ 12). Cette décision donnerait alors droit, entre autres, à la prolongation du délai d'exécution ou à des dommages et intérêts.

73 Cass., 28 juin 2018, *R.G.D.C.*, 2020, p. 26, note J. VAN ZUYLEN.

73bis *M.B.*, 24 avril 2020, p. 28732.

Enfin, le défaut de paiement par le maître de l'ouvrage peut normalement donner lieu à une action en résolution du contrat à la demande de l'entrepreneur, ou à l'application d'une clause résolutoire expresse le cas échéant. Toutefois, par un arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 15 du 24 avril 2020 « relatif au sursis temporaire en faveur des entreprises des mesures d'exécution et autres mesures pendant la durée de la crise du Covid-19[73bis], le gouvernement a prévu que les contrats conclus avant le 24 avril 2020 « ne peuvent être résolus unilatéralement ou par voie judiciaire en raison du défaut de paiement d'une dette d'argent exigible sous le contrat », et ce jusqu'au 17 mai 2020.

18. Réduction ou résiliation de la mission par le maître de l'ouvrage en raison du contexte économique. — Si, en raison du contexte économique — et notamment d'un manque de liquidités résultant de l'effondrement des marchés financiers dans le contexte de l'épidémie de Covid-19 —, le maître de l'ouvrage décidait de modifier la mission initialement confiée à l'entrepreneur en limitant les prestations lui confiées, il y aurait lieu, sauf accord contraire des parties dont la preuve revient au maître de l'ouvrage, d'appliquer l'article 1794 C. civ., avec pour conséquence principale l'indemnisation de l'entrepreneur pour le lucrum cessans (bénéfice manqué) correspondant au travail décommandé[74]. Il en serait de même, a fortiori, si le maître de l'ouvrage, à court de liquidités, devait prendre la décision de résilier purement et simplement le contrat d'entreprise.

La diminution des revenus du maître de l'ouvrage ne constitue pas, en effet, un cas de force majeure dans son chef[75]. La règle est la même en présence d'un marché public : « le contrat de marché public est un contrat administratif, donc, avant toute chose, un contrat soumis — de manière supplétive mais certaine — aux règles du Code civil »[76]. Partant, l'article 1794 du Code civil n'est pas incompatible avec le droit des marchés publics, de telle sorte que le pouvoir adjudicateur qui résilie unilatéralement un marché public valablement conclu doit indemniser l'adjudicataire à concurrence des coûts supportés par celui-ci et du bénéfice manqué[77].

Bien entendu, les parties peuvent avoir modalisé, dans une clause de résiliation unilatérale, le droit du maître de l'ouvrage de déclarer le contrat résilié unilatéralement, par exemple en fixant le montant de l'indemnité forfaitaire due par ce dernier dans un tel cas.

74 Il est fait exception à cette règle lorsque le contrat d'entreprise accorde de manière explicite au maître de l'ouvrage — par exemple en cas de réalisation de projets par phases successives — le droit d'abandonner partiellement la réalisation de certaines parties de l'ouvrage tel qu'initialement prévu, sans indemnité pour le bénéfice manqué de l'entrepreneur relativement à ces phases (voy. en ce sens B. KOHL et V. VAN HOUTTEVAN POPPEL, *De aannemingsovereenkomst, coll. Artikel & Commentaar*, Malines, Kluwer, 2012, p. 90).

75 Cass., 13 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 108 ; voy. également Liège, 31 mars 2006, *J.T.*, 26, p. 727 : la cour rappelle au débiteur d'une somme d'argent qui se trouvait face à des difficultés financières que « s'agissant d'une obligation de donner une chose de genre, il ne peut y avoir impossibilité d'exécution, une chose de même qualité et en même quantité pouvant toujours être trouvée par le débiteur » : *genera non pereunt*.

76 D. RENDERS, C. DELFORGE et K. POLET, *Principes élémentaires de droit des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 81. Voy. également en ce sens K. WAUTERS et T. CAMBIER, « La distinction droit privé - droit public et le droit des marchés publics », *Ann. dr. Louvain*, 2012/2, pp. 163- 164.

77 Voy. par exemple civ. Namur, 27 septembre 2013, *Rev. Dr. Comm.*, 2014/2, p. 22.

3 INCIDENCE DES MESURES GOUVERNEMENTALES APRÈS LA RÉCEPTION DE L'OUVRAGE

19. Incidence sur l'exécution de l'obligation de lever les réserves. — Lorsque la réception provisoire est accordée par le maître de l'ouvrage « avec réserves »[78], le procès-verbal de réception provisoire prévoit généralement un délai endéans lequel les réserves doivent être « levées » par l'entrepreneur. À défaut pour l'entrepreneur d'avoir remédié aux réserves reprises dans le procès-verbal de réception provisoire, le maître de l'ouvrage est fondé à refuser d'accorder la réception définitive : tant que les réserves n'ont pas été levées, le maître de l'ouvrage est toujours fondé à obtenir l'exécution en nature par l'entrepreneur de ses obligations et peut également demander la réalisation de ces travaux par un tiers aux frais de l'entrepreneur.

il démontre avoir été confronté à une impossibilité de remédier aux réserves dans les délais convenus (étant au plus tard le délai fixé pour la réception définitive) en raison des mesures gouvernementales adoptées pour lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19, l'entrepreneur pourra se prétendre exonéré des conséquences dommageables résultant pour le maître de l'ouvrage du retard dans la levée des réserves. En réalité, les principes exposés précédemment s'appliqueront ici *mutatis mutandi*.

20. Incidence sur l'exécution d'un jugement de condamnation de l'entrepreneur sous astreinte à réparer les vices affectant l'ouvrage. — La réception de l'ouvrage laisse intacte la responsabilité décennale de l'entrepreneur pour les vices graves affectant l'ouvrage (c'est-à-dire les vices pouvant porter atteinte à la stabilité ou à la solidité de l'ouvrage), ainsi que la responsabilité contractuelle de droit commun pour les vices cachés (appelée également responsabilité pour vices dits « véniels »). La responsabilité de l'entrepreneur peut être mise en cause pendant une durée de dix ans à compter de l'agréation de l'ouvrage, qui intervient lors de la réception définitive, sauf convention contraire des parties faisant reporter à la réception provisoire l'effet d'agréation de l'ouvrage. De droit supplétif, la responsabilité de l'entrepreneur pour les vices cachés véniels peut, à la différence de la responsabilité décennale (article 1792 C. civ.), être limitée, par exemple dans son montant ou dans la durée de sa mise en œuvre.

Lorsque le maître de l'ouvrage découvre l'existence d'un défaut affectant l'ouvrage, par hypothèse imputable à l'entrepreneur et que ce dernier n'y remédie pas spontanément dans un délai raisonnable à la satisfaction du maître de l'ouvrage, ce dernier initie en général une procédure devant les cours et tribunaux et sollicite la condamnation de l'entrepreneur, sous astreinte, à procéder aux réparations nécessaires[79].

Condamné à procéder sous astreinte aux réparations décidées par le juge, l'entrepreneur pourrait tenter de faire valoir que les mesures gouvernementales adoptées pour lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 ont temporairement rendu impossible la réalisation des travaux de réparation. Si la preuve d'une telle impossibilité est rapportée — ce qui, ici également, supposera

78 Accorder la réception de l'ouvrage constitue pour le maître de l'ouvrage une obligation contractuelle. Lorsque subsistent des imperfections mineures, qui n'empêchent pas l'utilisation de l'immeuble conformément à sa destination, la pratique consiste à accorder la réception à l'entrepreneur, en formulant des réserves pour les points à propos desquels un manquement dans l'exécution est constaté : il en résulte alors que les effets de la réception — en particulier la libération de la responsabilité de l'entrepreneur relativement aux défauts apparents — sont acquis au prestataire, sauf à propos des manquements pour lesquels des réserves explicites ont été formulées. Sur la réception, ses conditions et ses conséquences, voy. B. KOHL, *op. cit.*, n^os^ 164 et s.

79 Rien n'empêche par ailleurs de cumuler l'astreinte avec une mesure de remplacement judiciaire, à défaut pour l'entrepreneur défaillant d'exécuter personnellement l'exécution en nature à laquelle il aura été condamné sous astreinte (voy. par exemple J.P. Jumet, 16 février 1999, *R.R.D.*, 1999, p. 296, note P. WÉRY).

un examen au cas par cas —, une suspension totale ou partielle de l'astreinte pourra, à la demande de l'entrepreneur, être décidée par le juge qui l'a prononcée (article 1385quinquies C. jud.)[80]. En outre, le juge des saisies pourrait également être saisi, dans la mesure où il est compétent pour apprécier si le recouvrement de l'astreinte dans les circonstances données donne lieu à un abus de droit[81] ; la sanction de l'abus du droit de prétendre au bénéfice de l'astreinte consiste alors en la réduction de ce droit à son usage normal.

21. Incidence sur le délai des actions en responsabilité : l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 2. — Tant l'action en responsabilité décennale que l'action en responsabilité pour vices cachés véniels doivent être initiées par le maître de l'ouvrage dans un délai de dix ans à compter de l'agréation de l'ouvrage. Le délai de la première est considéré comme un délai préfix (articles 1792 et 2270 du Code civil). Le délai de la seconde est en réalité le délai de prescription de droit commun des actions personnelles (article 2262*bis* du Code civil). En outre, l'action en responsabilité pour vices cachés véniels doit, selon la jurisprudence de la Cour de cassation être introduite en temps utile par le maître de l'ouvrage, à partir du moment où il a découvert le vice[82]. Il appartient au juge du fond d'apprécier en fait, et dès lors souverainement, si cette condition a été respectée[83]. L'épidémie de Covid-19 présente une incidence sur ces délais. En effet, selon l'article 1er, § 1er, alinéa 1er, de l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 2 du 9 avril 2020 concernant la prorogation des délais de prescription et les autres délais pour ester en justice ainsi que la prorogation des délais de procédure et la procédure écrite devant les cours et tribunaux[84], tel que modifié par l'arrêté royal du 28 avril 2020[84bis] « par dérogation aux dispositions légales et réglementaires et sans préjudice des régimes adoptés ou à adopter par les autorités compétentes, les délais de prescription et les autres délais pour introduire une demande en justice auprès d'une juridiction civile qui expirent à partir de la date de la publication de cet arrêté jusqu'au 17 mai 2020 inclus, date de fin susceptible d'être adaptée par le Roi par arrêté délibéré en Conseil des ministres, sont prolongés de plein droit d'une durée d'un mois après l'issue de cette période prolongée le cas échéant ».

Le texte vise aussi bien les délais de prescription que les « autres délais pour introduire une demande en justice auprès d'une juridiction civile » : le délai préfix de l'action en responsabilité décennale nous paraît donc bien visé également.

Partant, si le délai décennal de l'action en responsabilité décennale ou de l'action en responsabilité pour vices cachés véniels venait à expirer entre le 9 avril 2020 et le 17 mai 2020 inclus (sous réserve de prolongation éventuelle), il s'en trouverait automatiquement reporté jusqu'au 17 juin 2020 (ou, en cas de nouvelle prolongation de la période, jusqu'à un mois après l'issue de la prolongation de la

80 Il y a impossibilité, non seulement en présence d'une cause étrangère libératoire, mais également lorsque l'astreinte, en tant que moyen de coercition, « perd sa raison d'être lorsqu'il est déraisonnable d'exiger plus d'efforts et de diligence que le condamné n'a montrés » (Cass., 17 octobre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2265 ; Cass., 30 mai 2002, *Pas.*, 2002, p. 1250). L'impossibilité visée par cette disposition est celle qui n'était pas connue du juge qui a rendu la décision prononçant la condamnation principale et ordonnant l'astreinte, soit qu'elle est apparue après le prononcé de cette décision, soit qu'elle n'a pas été portée à la connaissance du juge avant sa décision » (Cass., 2 décembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2702).

81 Cass., 19 octobre 2018, *R.W.*, 2019-2020, p. 189.

82 Cass., 15 septembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 454, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1068, note B. LOUVEAUX ; Cass., 8 avril 1988, *Entr. et dr.*, 1989, p. 301, note S. DE COSTER.

83 La détermination de la durée du délai utile varie en fonctions des circonstances propres à chaque espèce, telles que la nature des prestations (ouvrage matériel [mobilier ou immobilier] ou prestations intellectuelles), la nature du défaut, la qualité des parties, l'existence de négociations (sérieuses) ou de tentatives de solutions amiables, la réalisation d'une expertise unilatérale ou judiciaire, les tentatives de réparation ou encore le caractère progressif de la manifestation du défaut. Pour un examen de jurisprudence concernant la durée du « délai utile », voy. B. KOHL, *op. cit.*, n° 220.

84 *M.B.*, 9 avril 2020, p. 25727.

84bis *M.B.*, 28 avril 2020, p. 29444.

période). Cette règle s'applique également dans le cas où le délai de l'action en responsabilité pour vices véniels aurait été conventionnellement réduit à une durée inférieure à dix ans (par exemple, deux ou cinq ans) : si ce délai conventionnel vient à expirer pendant la période précitée, il bénéficie d'un report automatique aux mêmes conditions.

Il convient cependant d'être attentif au fait que seuls les délais qui expirent pendant cette période se trouvent prolongés d'un mois. Il ne s'agit donc pas d'une mesure de suspension généralisée des délais de prescription. Par exemple, si une réception emportant effet d'agréation a été accordée à un entrepreneur le 18 juin 2010, la date ultime pour introduire l'action en responsabilité décennale ou en responsabilité pour vices véniels demeurera celle du 18 juin 2020 (sauf nouvelle prolongation de la durée reprise dans l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 2).

Enfin, s'agissant de l'exigence, propre à l'action en responsabilité pour vices véniels, que le maître de l'ouvrage initie celle-ci dans un « délai utile », il ne fait de doute que la période visée par l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 2 sera également prise en compte par le juge dans le cadre de la fixation, selon les circonstances propres à chaque cause, de la durée de ce délai utile.

CONCLUSION

22. À situations multiples, solutions multiples. — L'épidémie de Covid-19, et les mesures adoptées pour lutter contre sa propagation, frappent durement le secteur de la construction immobilière. Il n'existe toutefois pas, sur le plan juridique, de solution unique car, en réalité, les situations concrètes peuvent être très différentes selon les entreprises. Certaines ont été confrontées à une impossibilité totale d'exécuter leurs prestations, et ce sur une période s'étant écoulée du 18 mars 2020 au 4 mai 2020, au moins. D'autres, en raison du type d'activité qu'elles développent ou de la configuration des chantiers sur lesquelles elles interviennent, n'ont subi en rien les conséquences de l'épidémie — et peuvent même voir leur chiffre d'affaires augmenter en cette période. D'autres enfin n'ont pu réaliser leurs prestations qu'au ralenti et en adoptant certaines mesures particulières, qui représentent un coût qui, pour nombre d'entre elles, n'est pas négligeable. Et pour les entreprises qui ont été confrontées à une impossibilité totale, la reprise progressive de leurs activités à compter du 4 mai 2020 entraînera également des coûts importants (notamment afin d'assurer les mesures de protection alternatives à la distanciation sociale, lorsque celle-ci est impossible à respecter).

La détermination des conséquences que présente cette situation sur le contrat de construction immobilière supposera dès lors une analyse au cas par cas, et ce tant pour les contrats relevant de la réglementation sur les marchés publics, que pour ceux relevant du droit privé de la construction.

Pour ce qui concerne les marchés publics, l'épidémie de Covid-19, et les mesures adoptées pour lutter contre sa propagation devraient sans doute être qualifiées de circonstances exceptionnelles au sens de l'article 38/9 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Il revient alors aux entreprises de veiller au respect des délais visés par la réglementation relative à l'exécution des marchés publics et de démontrer l'incidence précise de ces circonstances sur le déroulement et le coût du marché. Lorsque l'adjudicataire souhaite obtenir un supplément de prix, il doit en outre démontrer avoir subi un préjudice « très important ». Les mesures prises pour lutter contre la propagation du virus Covid-19 n'impliqueront donc pas automatiquement une indemnisation de l'entrepreneur, laquelle dépendra de la situation spécifique à apprécier au cas par cas.

Les entreprises engagées dans les lien d'un contrat de droit privé sont naturellement invitées à examiner le libellé des clauses de leur contrats. De nombreux contrats comportent en effet des clauses de force majeure ou des clause de « hardship ».

À défaut, la solution passera, ici également, par une analyse précise de l'impact qu'aura présenté l'épidémie de Covid-19 sur l'activité de l'entrepreneur. Cette épidémie ne constitue pas en effet, en soi, un événement de force majeure ; en particulier, il reviendra à l'entrepreneur d'indiquer si cet événement a constitué un obstacle insurmontable à l'exécution de l'ouvrage, ou s'il a entraîné uniquement des difficultés d'exécution. Pour faire valoir la force majeure, le coronavirus doit avoir rendu impossible le respect des engagements contractuels, qu'il s'agisse de fournir des produits ou de finir un chantier dans les délais par exemple. Lorsque l'épidémie de Covid-19 a rendu impossible l'exécution de l'ouvrage, ni l'entrepreneur, ni le maître de l'ouvrage ne sont en principe (sous réserve d'une éventuelle application de la théorie de l'abus de droit), tenus l'un envers l'autre à l'indemnisation des conséquences dommageables résultant du retard accusé par le chantier. Il revient par ailleurs à l'entrepreneur d'assurer la préservation du chantier pendant la période d'inactivité, ainsi que la remobilisation des équipes une fois que celle-ci a pris fin. Sur ce point, l'entrepreneur, s'appuyant sur une certaine doctrine, pourrait défendre l'idée qu'il convient de compter sur la collaboration (notamment financière) du maître de l'ouvrage, bien que, de *lege lata*, cette thèse n'ait pas encore été formellement consacrée.

Si l'épidémie ne rend pas impossible l'exécution des prestations, mais que le coût des mesures prises pour poursuivre les chantiers entraîne un « bouleversement de l'économie contractuelle », le rejet en droit belge de la théorie de l'imprévision ne permet actuellement pas de reporter sur le maître de l'ouvrage tout ou partie du coût de ces mesures. Il devrait en être de même pour le coût des mesures préventives assurant une protection adéquate (alternative à la distanciation sociale), mises en place par l'entrepreneur afin de permettre la reprise de son activité sur les chantiers à compter du 4 mai 2020.

Nous avons toutefois rappelé que ce rejet de la théorie de l'imprévision n'est plus aussi dogmatique qu'il le fut : la prise en compte d'un assouplissement de la condition d'impossibilité propre à la force majeure, le développement du concept de l'abus de droit en matière contractuelle, les enseignements du droit comparé et la consécration du « changement de circonstances » dans le projet de livre 5 du nouveau Code civil belge, tel qu'il est déposé sous forme de proposition de loi au Parlement, constituent autant d'éléments pouvant laisser prévoir une évolution du droit belge[85]. Le caractère exceptionnel de l'épidémie de Covid-19 pourrait y contribuer plus rapidement que ce que d'aucuns l'avaient imaginé…

Benoît KOHL
Professeur ordinaire à l'ULiège,
Avocat au barreau de Bruxelles

© Extrait du Journal des tribunaux n° 6814 du 9 mai 2020, p. 361-371.

85 Voy. déjà D. PHILIPPE, « Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances : une porte entrouverte ? », note sous Cass., 19 juin 2009, *D.A. O.R.*, 2010, n° 94, p. 162.

LES POUVOIRS DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL EN PÉRIODE DE CRISE : LE GOUVERNEMENT WILMÈS FACE À L'ÉPIDÉMIE DE COVID-19

INTRODUCTION

Le 13 mars 2020, la phase fédérale de coordination et de gestion de la crise provoquée par le Covid-19 est enclenchée par arrêté ministériel[1], tandis qu'un autre arrêté ministériel contient une première série de mesures visant à interdire ou restreindre certaines activités en vue de limiter la propagation du virus[2]. Le gouvernement est alors toujours en affaires courantes. Le 16 mars 2020, Sabine Laruelle et Patrick Dewael, chargés d'une mission royale depuis le 19 février, remettent leur rapport final au Roi. Dans la foulée, Sophie Wilmès est nommée formatrice. La veille, un consensus s'est dessiné entre la plupart des partis politiques pour faire face à la pandémie : la confiance devrait être accordée au gouvernement Wilmès, qui deviendrait un cabinet de plein exercice, et il devrait recevoir des pouvoirs spéciaux[3]. Le 17 mars, le Roi nomme par arrêté royal un gouvernement de plein exercice dirigé par Mme Wilmès, composé de la même équipe que celle chargée, jusque-là, d'expédier les affaires courantes[4]. Après avoir prêté serment avec ses ministres devant le monarque, la première ministre demande la confiance à une Chambre des représentants dépeuplée, lors de sa déclaration gouvernementale[5]. Le 18 mars, le gouvernement adopte une seconde série de mesures, qui s'approchent d'un confinement total, par le biais d'un nouvel arrêté ministériel[6]. Le 19 mars, la Chambre octroie la confiance au nouveau cabinet avec une majorité confortable de quatre-vingt-deux députés[7], après discussion de la déclaration gouvernementale[8]. Le 21 mars, une proposition de loi « habilitant le Roi à prendre des mesures contre la propagation du Coronavirus Covid-19 »[9] est déposée à la Chambre. Après avis du Conseil d'État[10], la proposition débouche sur deux lois de pouvoirs spéciaux du 27 mars, adoptées à une très large majorité de cent quatre députés[11]. La succession de ces événements constitue un échantillon d'analyse passionnant pour le juriste. La crise sanitaire engendre en effet une importante parenthèse dans le fonctionnement normal de notre régime parlementaire : le Pouvoir exécutif fédéral se voit attribuer d'importantes compétences par le biais de mécanismes constitutionnels rarement utilisés. Les développements qui suivent visent à revenir sur ces mécanismes, à en rappeler les principales caractéristiques,

1 Arrêté ministériel du 13 mars 2020 portant le déclanchement de la phase fédérale concernant la coordination et la gestion de la crise coronavirus Covid-19, *M.B.*, 13 mars 2020, 2e éd.
2 Arrêté ministériel du 13 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour lutter la propagation du coronavirus Covid-19, *M.B.*, 13 mars 2020, 2e éd., err. 14 mars 2020.
3 Pour un aperçu détaillé des événements politiques, voy. F. BOUHON, A. JOUSTEN, X. MINY et E. SLAUTSKY, « L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », *C.H. CRISP*, 2020, n° 2446, pp. 15-18.
4 Voy. les arrêtés royaux du 17 mars 2020, *M.B.*, 18 mars 2020, 2e éd.
5 Déclaration du gouvernement, *C.R.I.V.*, Chambre, 2019-2020, séance du 17 mars 2020, n° 29.
6 Arrêté ministériel du 18 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour lutter la propagation du coronavirus Covid-19, *M.B.*, 18 mars 2020, 3e éd.
7 *C.R.I.V.*, Chambre, 2019-2020, séance du 19 mars 2020, n° 31. La motion est adoptée à 82 votes pour, 44 votes contre, et aucune abstention. La *N-VA*, le *Vlaams Belang*, le *PTB* et le député indépendant Jean- Marie Dedecker ont voté contre.
8 *C.R.I.V.*, Chambre, 2019-2020, séance du 19 mars 2020, n° 30.
9 Proposition de loi habilitant le Roi à prendre des mesures contre la propagation du Coronavirus Covid-19, *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 1104/001.
10 Avis du 25 mars 2020 de la section de législation du Conseil d'État, n° 67.142/AG, sur une proposition de loi « habilitant le Roi à prendre des mesures contre la propagation du Coronavirus Covid-19 ».
11 Loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (I) et loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II), *M.B.*, 30 mars 2020, 2e éd., ci-après « loi du 27 mars 2020 précitée n° I » et « loi du 27 mars précitée n° II » ; *C.R.I.V.*, Chambre, 2019-2020, séance du 26 mars 2020, n° 33. Le député indépendant Emir Kir a voté en faveur de la loi tout comme les députés *N-VA*, ceux du *PTB* et Jean-Marie Dedecker contre, et ceux du *Vlaams Belang* se sont abstenus.

mais également à réaliser une première évaluation de leur mise en œuvre dans le cadre de l'épidémie de Covid-19. Plusieurs «compétences de crise» peuvent être exercées par un gouvernement fédéral : tout d'abord, en période d'affaires courantes, il peut expédier les affaires urgentes (1) ; en dehors de l'hypothèse des affaires courantes sensu stricto, il peut recevoir du Parlement l'exercice de pouvoirs spéciaux (2) ; enfin, il est permis de se demander s'il pourrait déroger à certaines libertés fondamentales (3).

1 LES AFFAIRES URGENTES

Au début de la crise, le gouvernement Wilmès est en affaires courantes, ce qui limite sa marge de manœuvre. La question de la fin desdites affaires est délicate : elles sont souvent présentées comme se terminant le jour de la prestation de serment du nouveau gouvernement devant le Roi[12]. Dans cette perspective, les arrêtés ministériels du 13 mars devaient se limiter aux affaires courantes, au contraire de celui du 18 mars, adopté après la prestation de serment mais avant le vote de confiance des députés. Une telle position va toutefois à rebours de la finalité de la théorie des affaires courantes, qui vise à assurer la protection du Parlement face aux actions ministérielles, tout en préservant la continuité du service public[13]. Elle mène au paradoxe selon lequel un gouvernement détiendrait la plénitude de ses attributions le jour de la prestation de serment, qui met fin aux affaires courantes, mais qu'il perd ensuite l'exercice entier de ses compétences si la Chambre ne lui accorde pas sa confiance, quelques jours plus tard[14].

Cela signifierait, hypothèse d'école, que le Roi pourrait nommer un gouvernement qui n'obtiendrait de toute façon pas la confiance, faute d'accord entre les partis politiques, mais qui pourrait, durant le délai séparant sa prestation de serment et le vote des députés sur la confiance, adopter n'importe quelle mesure tout en n'étant pas limité aux affaires courantes. Nous sommes d'avis que ladite période se termine le jour où les députés accordent leur confiance à l'équipe gouvernementale, et ce même si le gouvernement est valablement constitué au jour de la prestation de serment, puisque la motion de confiance n'est pas un vote d'investiture[15]. Appliquée aux actes adoptés par le gouvernement Wilmès, cette position signifie que les arrêtés ministériels du 13 mars, rédigés avant la nomination du nouveau cabinet, mais également celui du 18 mars, rédigé avant le vote de confiance, devaient se limiter aux affaires courantes, dans le sens que l'on va préciser ci-après.

Le principe est bien connu : dans l'exercice du pouvoir exécutif, les affaires courantes sont les affaires de gestion journalière, les affaires en cours ainsi que les affaires urgentes[16]. En période de crise, ce sont les dernières qui revêtent une importance capitale. L'urgence permet au gouvernement de s'occuper des dossiers «dont le règlement ne souffre aucun retard sous peine de mettre en danger des intérêts fondamentaux ou de leur porter préjudice»[17], même si ceux-ci constituent des «affaires de gouvernement», qui impliquent des choix politiques importants et ne pourraient normalement être réglés que par un gouvernement qui dispose

12 Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge - Fondements et institutions*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 682.
13 F. DELPÉRÉE, «Les affaires courantes en Belgique», *in Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Éditions de l'université et de l'enseignement moderne, 1981, pp. 54- 60. (
14 L'article 46, alinéa 2, de la Constitution établit en effet que «Les motions de confiance et de méfiance ne peuvent être votées qu'après un délai de quarante-huit heures suivant le dépôt de la motion». Voy. également l'article 140, § 6, du règlement de la Chambre des représentants.
15 Y. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 682.
16 C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *Principes de Droit constitutionnel belge*, Bruxelles, la Charte, 2019, p. 331.
17 Voy. notamment C.E., 31 août 2011, *Syndicat des avocats pour la démocratie*, n° 214.911.

d'un appui parlementaire[18]. Les arrêtés des 13 et 18 mars sont sans aucun doute des affaires de gouvernement, au vu des mesures qu'ils contiennent, justifiées par la nécessité de réagir promptement à la pandémie. En outre, le caractère urgent de ce genre d'affaire courante entraîne une importante conséquence : en cas d'urgence spécialement motivée, l'article 3, § 1er, premier alinéa, des lois coordonnées le 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État dispense le Pouvoir exécutif de l'obligation de soumettre son projet d'arrêté réglementaire à l'avis de la section de législation du Conseil d'État. Les arrêtés ministériels précités indiquent qu'il en a été fait usage[19].

Concrètement, les arrêtés ministériels de mars 2020 imposent la fermeture des magasins non alimentaires, suspendent de nombreuses activités récréatives ainsi que les cours de l'enseignement maternel, primaire et secondaire, tout en généralisant l'enseignement à distance pour l'enseignement supérieur, et interdisent les voyages non essentiels à l'étranger[20]. Il s'agit là d'importantes restrictions aux libertés d'entreprendre, de réunion et d'enseignement[21]. Comme le soulignent les préambules des arrêtés ministériels[22], ces mesures peuvent être prises par le ministre de l'Intérieur en vertu de ses de très larges pouvoirs pour assurer la protection civile sur l'ensemble du territoire[23]. La protection civile est définie comme « l'ensemble des mesures et des moyens destinés à assurer la protection et la survie de la population, ainsi que la sauvegarde du patrimoine national en cas de conflit armé [...], de secourir les personnes et de protéger les biens en tout temps lors d'événements calamiteux, de catastrophes et de sinistres »[24]. Dans ce cadre, le ministre de l'Intérieur peut exercer à titre subsidiaire les compétences des bourgmestres en matière d'ordre public, lorsque les troubles à ce dernier s'étendent au territoire de plusieurs communes[25], mais aussi, en cas de danger, obliger la population à s'éloigner des endroits exposés ou menacés, assigner un lieu de séjour provisoire aux personnes, ou encore interdire tout déplacement ou mouvement de la population[26]. Par ailleurs, les arrêtés ministériels précités sont conformes aux règles répartitrices de compétences entre l'État, les communautés et les régions : comme l'a souligné la section de législation du Conseil d'État, « le législateur spécial a clairement exprimé la volonté de maintenir la matière de la protection civile (au sens large) dans la sphère du pouvoir fédéral » lors de la cinquième réforme de l'État, de sorte que cette compétence « est demeurée de la compétence de l'autorité fédérale au titre de sa compétence résiduelle »[27].

18 M. UYTTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 471 ; C.E., 17 mai 2016, *de Crombrugghe de Picquendaele*, n° 234.747 ; C.E., 24 février 2005, *Meulemeester*, n° 141.188 ; C.E., 31 mai 1994, *Ory*, n° 47.691.

19 Les préambules des arrêtés ministériels du 13 mars 2020 précités et du 18 mars précité mentionnent tous l'article 3, § 1er, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

20 Voy. plus précisément l'arrêté ministériel précité du 18 mars 2020, articles 1-8.

21 Il ne s'agit pas d'une suspension des libertés d'entreprendre et d'enseignement, mais d'importantes restrictions : elles demeurent possibles, mais sont aménagées. Quant à la liberté de réunion, elle obéit à un régime distinct des autres droits fondamentaux, dès lors qu'elle peut être soumise à des autorisations préalables (article 26 Const.).

22 Les préambules font références à l'article 4 de la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile ; aux articles 11 et 42 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police ; et aux articles 181, 182 et 187 de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile. Notons que la première version de l'arrêté ministériel du 13 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour lutter la propagation du coronavirus Covid-19 invoque, dans un de ses considérants, l'article 11, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui autorise des restrictions à la liberté de réunion et d'association (*M.B.* du 13 mars). Ce considérant disparaît de l'erratum publié au *Moniteur belge* du lendemain (*M.B.* du 14 mars).

23 Loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile, *M.B.*, 16 janvier 1964, article 4, alinéa 1er.

24 Loi précitée du 31 décembre 1963, article 1er.

25 Loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, *M.B.*, 22 décembre 1992, article 11, alinéa 1er. Le gouverneur de province dispose également de ce pouvoir de substitution.

26 Loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile, *M.B.*, 31 juillet 2007, article 182.

27 Avis du 17 janvier 2007 de la section de législation du Conseil d'État, n° 41.963/2, sur un avant-projet de loi « relative à la sécurité civile », pp. 10-11. La sixième réforme de l'État n'a pas modifié les règles répartitrices de compétence sur ce point. Pour une analyse détaillée de la répartition des compétences en matière de crise sanitaire, voy. F. BOUHON et al., *op. cit.*, pp. 9-14.

2 LES POUVOIRS SPÉCIAUX

Le 19 mars 2020, le gouvernement Wilmès reçoit la confiance des députés et devient un cabinet de plein exercice. Ses compétences ne sont plus limitées aux affaires courantes, mais la crise sanitaire requiert davantage : très vite émerge l'idée de lui octroyer des pouvoirs spéciaux. D'emblée, précisons qu'il n'est pas requis juridiquement qu'un gouvernement soit de plein exercice pour qu'une loi de pouvoirs spéciaux soit adoptée : l'on considère aujourd'hui que la théorie des affaires courantes ne s'applique pas chaque fois que le cabinet agit avec le concours du Parlement[28]. Il n'en demeure pas moins que d'un point de vue démocratique il est heureux que l'équipe ministérielle ait obtenu la confiance des députés avant de recevoir les pouvoirs spéciaux. Le 21 mars 2020, une proposition de loi « habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 » est déposée à la Chambre. Un avis est demandé au Conseil d'État[29], qui remarque que la proposition doit être scindée en deux, puisqu'elle relève pour une part de la procédure monocamérale, et pour une part de la procédure bicamérale optionnelle[30]. Les députés suivent l'avis de la section de législation sur ce point, et deux lois de pouvoirs spéciaux sont finalement votées : l'une pour les matières visées à l'article 74 de la Constitution, l'autre pour les matières visées à l'article 78, laquelle n'est pas amendée par le Sénat[31]. Un premier arrêté de pouvoirs spéciaux est adopté le 6 avril 2020, avec une note infrapaginale n° 32 rédigée comme suit : « Arrêté royal n° 1 du 6 avril 2020 portant sur la lutte contre le non-respect des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19 par la mise en place de sanctions administratives communales, *M.B.*, 7 avril 2020.

La technique des pouvoirs spéciaux autorise le Roi à dépasser la simple exécution des lois et le cas échéant abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions légales existantes par arrêté royal. Cette habilitation s'opère à travers une loi de pouvoirs spéciaux[32]. Pour la section de législation du Conseil d'État, une telle délégation de pouvoirs n'est autorisée que pourvu qu' « il y ait des circonstances exceptionnelles, que l'attribution au Roi de tels pouvoirs soit limitée dans le temps et que les pouvoirs conférés au Roi soient précisément définis, tant en ce qui concerne les finalités et les objectifs qu'en ce qui concerne les matières dans lesquelles des mesures peuvent être prises, et que soit indiquée la portée précise des mesures que le Roi est habilité à prendre ». En outre, lorsque la loi autorise le Roi « à régler des matières que la Constitution réserve expressément au législateur », « cette délégation de compétence n'est admissible que lorsque le législateur se trouve dans l'impossibilité d'établir lui-même tous les éléments essentiels de la réglementation parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permettrait pas d'agir avec la promptitude voulue pour réaliser un objectif d'intérêt général et à condition que les mesures prises par le Roi soient examinées par le pouvoir législatif dans un délai relativement court, fixé dans la loi d'habilitation, et qu'en l'absence de confirmation, les arrêtés adoptés soient réputés n'avoir jamais produit leurs effets »[33]. Enfin, aux termes de l'article 3*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État, les arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux doivent faire l'objet d'un

28 Y. LEJEUNE, *op. cit.*, pp. 685-686. Voy. cependant H. DUMONT, « Les leçons constitutionnelles d'une crise politique inédite en Belgique dans cinq de ses collectivités politiques fédérées », *R.B.D.C.*, 2018, pp. 185- 187.
29 Ce qui n'était pas obligatoire dès lors qu'il s'agit d'une proposition de loi.
30 Avis précité du 25 mars 2020 de la section de législation du Conseil d'État, p. 29.
31 Projet de loi habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (I), *Doc. parl.*, Sénat, 2019-2020, n° 152/2.
32 Voy. M. LEROY, « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », *A.P.T.*, 2014, pp. 483 et s.
33 En ce sens, voir déjà l'avis du 18 août 2009 de la section de législation du Conseil d'État, n° 47.061/1, sur un avant-projet de loi « accordant des pouvoirs au Roi en cas d'épidémie ou de pandémie de grippe », pp. 2 et 5.

avis de la section de législation, sans que le Roi ne puisse exciper de l'urgence[34].

Les deux lois de pouvoirs spéciaux de mars 2020 reprennent la plupart des principes qui viennent d'être énoncés. Elles autorisent le Roi à adopter des arrêtés pouvant abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions légales en vigueur, même dans les matières réservées au législateur[35], et ce en raison de la crise provoquée par l'épidémie ou pandémie de Covid-19[36]. Les pouvoirs royaux ne peuvent excéder trois mois[37], et sont clairement définis. La première loi confère au Roi le pouvoir d'adapter la réglementation relative aux juridictions administratives, pour assurer leur bon fonctionnement et la continuité de leurs missions[38]. La seconde loi Lui octroie divers pouvoirs en vue de combattre la propagation du virus, tant en matière de maintien de l'ordre que de santé publique, de garantir la capacité des hôpitaux, de faire face à ses conséquences économiques, d'adapter la législation relative aux juridictions judiciaires et de se conformer aux décisions de l'Union européenne[39] ; mais les arrêtés pris en exécution de cette loi ne peuvent ni porter atteinte au pouvoir d'achat, ni à la protection sociale, et ne peuvent concerner ni les cotisations sociales, ni le droit fiscal[40]. Tant la première que la seconde loi autorisent le Roi à déterminer des sanctions administratives, civiles et pénales aux infractions prévues par les arrêtés de pouvoirs spéciaux, sous la réserve que « les sanctions pénales ne peuvent comporter de peines supérieures à celles que la législation modifiée ou remplacée attache aux infractions en cause »[41]. Enfin, tous les arrêtés, même ceux qui ne concernent pas une matière réservée au Pouvoir législatif, doivent être confirmés dans un délai d'un an par la loi, sans quoi ils sont réputés ne jamais avoir produit d'effet[42].

Deux remarques doivent être formulées. Tout d'abord, les lois précitées prévoient que les arrêtés peuvent revêtir un effet rétroactif qui ne peut toutefois être antérieur au 1er mars 2020[43]. Comme l'a souligné la section de législation dans son avis,

34 Durant le mois de mars 2020, la presse a entretenu une grande confusion entre les notions d'arrêtés de pouvoirs spéciaux et les arrêtés-lois de guerre ou de pouvoirs extraordinaires (notons que la littérature juridique n'est elle-même pas très claire sur la distinction). Or, les notions — quoique semblables — ne se recoupent pas : les arrêtés-lois de guerre sont des actes auxquels la Cour de cassation a octroyé une valeur législative, adoptés par le Roi et son gouvernement ou le seul Conseil des ministres, parce que les autres branches du Pouvoir législatif n'étaient plus en l'état de se réunir, conflits mondiaux obligent (Y. LEJEUNE, *op. cit.*, pp. 117-118 ; pour la liste exhaustive des arrêtéslois de guerre, voy. C. BEHRENDT, « Excursion à l'orée de la chasse gardée du juge constitutionnel », *Rev. dr. ULg*, 2007, pp. 537-542). Les arrêtés-lois de pouvoirs extraordinaires, quant à eux, sont des normes à valeur réglementaire qui peuvent abroger, modifier, compléter, remplacer les dispositions légales en vigueur, adoptés en vertu d'une loi de pouvoirs extraordinaires. La technique des pouvoirs extraordinaire diffère de celle des pouvoirs spéciaux à double titre : il n'existe que deux lois de pouvoirs extraordinaires (voy. la loi du 7 septembre 1939 donnant au Roi des pouvoirs extraordinaires, *M.B.*, 8 septembre 1939, complétée par la loi du 14 décembre 1944, *M.B.*, 16 décembre 1944 ; et la loi du 20 mars 1945 donnant au Roi, pour une durée limitée, des pouvoirs extraordinaires, *M.B.*, 16 décembre 1945), toutes deux adoptées en raison de circonstances particulièrement exceptionnelles, soit pendant la guerre aux fins de relancer l'économie ; et par ailleurs, aucune de ces lois n'a imposé de confirmation ultérieure par le législateur, quand bien même les matières réglées par les arrêtés-lois de pouvoirs extraordinaires étaient-elles réservées au Pouvoir législatif (F. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, t. II, *Le système constitutionnel*, v. 2, *Les fonctions*, Bruxelles, Larcier, 1988, pp. 325-327 et les lois de pouvoirs extraordinaires précitées).

35 Loi du 27 mars 2020 précitée n° I, article 3, § 2, alinéa 1er ; loi du 27 mars 2020 précitée n° II, article 5, § 2, alinéa 1er.

36 Loi du 27 mars 2020 précitée n° I, article 2, alinéa 1er ; loi du 27 mars 2020 précitée n° II, article 2, alinéa 1er.

37 Loi du 27 mars 2020 précitée n° I, article 5, alinéa 1er ; loi du 27 mars 2020 précitée n° II, article 7, alinéa 1er.

38 Loi du 27 mars 2020 précitée n° I, article 3, §1er.

39 Loi du 27 mars 2020 précitée n° II, article 5, §1er, 1°-8°.

40 Loi du 27 mars 2020 précitée n° II, articles 3 et 4

41 Loi du 27 mars 2020 précitée n° I, article 3, § 2, alinéas 2 et 3 ; loi du 27 mars 2020 précitée n° II, article 5, § 2, alinéas 2 et 3.

42 Loi du 27 mars 2020 précitée n° I, article 5, alinéas 2 et 3 ; loi du 27 mars 2020 précitée n° II, article 7, alinéas 2 et 3. La technique des pouvoirs spéciaux ne donne toutefois pas un blanc-seing au gouvernement : durant cette période, un contrôle parlementaire doit pouvoir continuer à être exercé sur l'équipe gouvernementale. Sur cette question, voy. E. SLAUTSKY, « Pouvoirs spéciaux : quel contrôle parlementaire ? », *Carnet de crise du Centre de droit public de l'ULB*, 30 mars 2020 ; J. CLARENNE, « Quelle garantie de contrôle parlementaire des pouvoirs spéciaux en période de confinement ? », *Le Soir*, 27 mars 2020.

43 Loi du 27 mars 2020 précitée n° I, article 2, alinéa 2 ; loi du 27 mars 2020 précitée n° II, article 2, alinéa 2.

la rétroactivité ne pourra être tolérée «que lorsqu'elle est indispensable à la réalisation d'un objectif d'intérêt général». En outre, si elle a pour but d'influencer les procès en cours, «des circonstances exceptionnelles ou des motifs impérieux d'intérêt général» seront requis[44]. Il y a lieu d'opérer ces vérifications au cas par cas, pour chaque arrêté de pouvoir spéciaux, surtout en cas de sanctions pénales rétroactives. Une seconde remarque peut ensuite être formulée, à l'encontre de la première loi de pouvoirs spéciaux. Elle autorise le Roi à déroger à l'obligation de consultation de la section de législation en cas d'urgence, uniquement pour les arrêtés de pouvoirs spéciaux visant à combattre la propagation du virus, tant en matière de maintien de l'ordre que de santé publique[45]. Il s'agit d'une véritable modification des lois coordonnées sur le Conseil d'État, et plus précisément à leur article 3*bis*. Certes, le législateur peut déroger, par une disposition particulière, à une loi à portée plus générale en vertu de l'adage *lex specialis derogat generali*. Mais sur le plan des principes, on peut regretter que l'article 3*bis* soit neutralisé au moment où il a précisément vocation à s'appliquer, d'autant que l'exception concerne de larges pouvoirs conférés au Roi[46]. Il s'agit là d'un inquiétant précédent pour les lois de pouvoirs spéciaux à venir. À notre sens, il eût été souhaitable que le législateur privilégie l'adage patere legem quam ipse fecisti et applique ce «droit de crise», sans y déroger au moment où la crise survient. Les auteurs de la proposition de loi ont en tous cas privilégié une dérogation, de manière moins manifeste (et moins audacieuse) que le Parlement wallon, toutefois. En effet, le décret du 17 mars 2020 confère des pouvoirs spéciaux extrêmement larges au gouvernement wallon[47] et précise que l'avis du Conseil d'État pourra ne pas être demandé au sujet des arrêtés pris en exécution du décret[48]. Il s'agit là d'une modification d'une loi fédérale par un décret régional. Les travaux préparatoires du décret invoquent la théorie des pouvoirs implicites comme fondement à cette dérogation[49]. Toutefois, l'on peut très sérieusement douter de la conformité du décret du 17 mars 2020 aux conditions de recours à la technique des pouvoirs implicites[50]. L'obligation de consultation de la section de législation ne nous semble pas se prêter à un traitement différencié entre les composantes de l'État fédéral, sans quoi l'article 3*bis* perd tout effet utile; et l'impact sur les compétences de l'autorité fédérale n'est absolument pas marginal, dès lors que le défaut de mise en œuvre de cette modalité entraîne l'illégalité de l'arrêté de pouvoirs spéciaux[51]. En réalité, il s'agit ni plus ni moins que d'une violation frontale d'une loi fédérale relevant de la procédure bicamérale optionnelle, qui n'est pas nécessaire à la mise en œuvre d'une compétence régionale wallonne[52].

44 Avis précité du 25 mars 2020 de la section de législation du Conseil d'État, p. 30.

45 Loi du 27 mars 2020 précitée n° I, article 4, alinéa 2, lequel renvoie à l'article 5, § 1er, 1°, de l'autre loi de pouvoirs spéciaux (n° II). Les autres arrêtés de pouvoirs spéciaux, visés par la première et la seconde loi, doivent quant à eux faire l'objet d'un avis de la section de législation.

46 Le Roi peut en effet prendre toute mesure pour «combattre la propagation ultérieure du coronavirus Covid-19 au sein de la population, y compris le maintien de la santé publique et de l'ordre public» (loi du 27 mars précitée n° II, article 5, § 1er, 1°).

47 Décret du 17 mars 2020 octroyant des pouvoirs spéciaux au gouvernement wallon dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19, *M.B.*, 18 mars 2020, 3e éd., article 1er.

48 Décret précité du 17 mars 2020, article 3, § 1er, alinéas 1 et 2.

49 Proposition de décret octroyant des pouvoirs spéciaux au gouvernement wallon dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19, développement, *Doc., Parl.* w., 2019-2020, p. 3.

50 Sur ces conditions, voy. P. LAGASSE et M. RUYS, «Le principe de légalité et les pouvoirs implicites», *in* L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 326.

51 M. LEROY, *op. cit.*, p. 489.

52 Le Parlement wallon a adopté un second décret de pouvoirs spéciaux avec une dérogation semblable aux lois coordonnées sur le Conseil d'État (décret du 17 mars 2020 octroyant des pouvoirs spéciaux au gouvernement wallon dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19 pour les matières réglées par l'article 138 de la Constitution, *M.B.*, 18 mars 2020, 3e éd., article 4, § 1er, alinéa 2). La Communauté française a également prévu dans son décret de pouvoirs spéciaux une exception à la consultation de la section de législation, formulée en des termes différents (décret du 17 mars 2020 octroyant des pouvoirs spéciaux au gouvernement dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19, *M.B.*, 20 mars 2020, 1re éd., article 3, alinéa 3). Le Parlement bruxellois a adopté deux ordonnances de pouvoirs spéciaux, qui ne prévoient pas de dérogation aux lois

3 LA SUSPENSION DES DROITS ET LIBERTÉS

Si la crise venait à prendre des proportions dramatiques, le gouvernement pourrait-il suspendre — et non plus «seulement» restreindre — les libertés fondamentales? Certes, l'on sait que la Constitution belge n'autorise normalement pas ce mécanisme: son article 187 déclare sans équivoque qu'elle «ne peut être suspendue, en tout ou en partie». Certes, l'on sait aussi que l'arrêté-loi (de guerre) relatif à l'état de guerre et l'état de siège[53] autorise une suspension des libertés «en temps de guerre». Concrètement, le Roi peut alors exercer tous les pouvoirs de police et déroger aux libertés de réunion, d'expression et de circulation. Si le Roi déclare également l'état de siège, ces pouvoirs exceptionnels sont transférés aux autorités militaires[54]. Cet arrêté-loi, toujours en vigueur, ne pourrait toutefois pas être utilisé dans le cadre d'une crise sanitaire. Il ne s'applique qu'en «temps de guerre», lequel «commence au jour fixé par arrêté royal pour la mobilisation de l'armée» et «prend fin au jour fixé par arrêté royal pour la remise de l'armée sur le pied de paix»[55]. Les vocables employés désignent manifestement l'hypothèse d'un conflit armé. En outre, l'arrêté-loi est dérogatoire à la Constitution elle-même: le seul fondement juridique dégagé par la doctrine est l'état de nécessité, parfois conjugué — mais cela n'est pas exempt de controverses — au décret «supraconstitutionnel» du 18 novembre 1830 proclamant l'indépendance du peuple belge[56]. Dès lors, il nous paraît devoir être d'interprétation restrictive et ne pas pouvoir être étendu à l'hypothèse d'une épidémie.

L'on sait encore que l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme autorise une dérogation aux droits et libertés qu'elle consacre, «en cas de guerre ou en cas d'autre danger menaçant la vie de la nation», cependant «dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations de droit international». L'article ne s'applique toutefois pas aux droits indérogeables[57]. Les termes «danger menaçant la vie de la nation» ne sont pas définis par la Convention. La Cour européenne des droits de l'homme considère toutefois qu'il convient de se référer au sens habituel et normal de ces derniers, car ils sont suffisamment clairs: «ils désignent, en effet, une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État»[58]. Bien que la jurisprudence de la Cour ne concerne — pour le moment — que les hypothèses de terrorisme ou de situation de violence[59], l'article 15 semble parfaitement applicable à l'hypothèse

coordonnées (ordonnance du 19 mars 2020 visant à octroyer des pouvoirs spéciaux au gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19, *M.B.*, 20 mars 2020, 2e éd., article 2, § 4, alinéa 2, et ordonnance 19 mars 2020 visant à octroyer des pouvoirs spéciaux au Collège réuni de la Commission communautaire commune dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19, *M.B.*, 20 mars 2020, 2e éd., article 2, § 4, alinéa 2), tout comme la COCOF (décret du 23 mars 2020 accordant des pouvoirs spéciaux au Collège de la Commission communautaire française dans le cadre de la pandémie Covid-19, *M.B.*, 3 avril 2020, 2e éd., article 2, § 4, alinéa 2). Pour l'heure, le Parlement flamand et le Parlement de la Communauté germanophone n'ont pas adopté de décrets de pouvoirs spéciaux (pour une analyse détaillée des différents décrets et ordonnances de pouvoirs spéciaux, voy. F. BOUHON e.a., *op cit.*, pp. 26-33).

53 Arrêté-loi du 11 octobre 1916 relatif à l'état de guerre et l'état de siège, *M.B.*, 15 octobre 1916.

54 R. ERGEC et S. WATTHÉE, «Les dérogations aux droits constitutionnels», *in* M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique: les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, v. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 398- 399; S. VAN DROOGHENBROECK, «L'article 187 de la Constitution», *R.B.D.C.*, 2006, pp. 294-295.

55 Loi du 15 juin 1899 comprenant le titre Ier et II du Code de procédure pénale militaire, *M.B.*, 30 juin 1899, article 58, aujourd'hui abrogée par la loi du 10 avril 2003, *M.B.*, 7 mai 2003, article 108.

56 S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 295 et les références citées.

57 Droit à la vie, interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, interdiction de l'esclavage et de la servitude, principe de la non-rétroactivité des lois ou des peines pénales, abolition de la peine de mort et droit à ne pas être jugé ou puni deux fois (R. ERGEC et S. WATTHÉE, *op. cit.*, p. 413).

58 C.E.D.H., 1er juillet 1961, arrêt *Lawless c. Irlande* (n° 3), § 28.

59 Voy. le guide sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme (dérogations en cas d'urgence), mis à jour au 31 décembre 2019, § 12, et la jurisprudence citée.

d'une pandémie[60]. Toutefois, il semble que le gouvernement belge ne puisse valablement faire usage de cette possibilité. En effet, l'article 53 de la Convention s'oppose à ce que l'État belge invoque une disposition du traité pour amenuiser le niveau de protection consacré par son droit national, en vertu du principe de la clause la plus favorable. Puisque la suspension des libertés est interdite par la Constitution belge, l'article 187 apparaît plus strict que l'article 15 de la Convention et doit par conséquent prévaloir. Le gouvernement Wilmès ne peut déroger aux droits fondamentaux en invoquant la disposition conventionnelle précitée.

CONCLUSION

En période de crise, la logique sous-jacente au système parlementaire est inversée : le Pouvoir exécutif, dont le Congrès national se méfiait tant[61], devient le pouvoir le plus important. Pour faire face à l'urgence, le recours à l'Exécutif offre de nombreux avantages : l'on évite la longue et transparente procédure parlementaire, ce qui permet une grande flexibilité et ainsi qu'une certaine confidentialité. En outre, le gouvernement apporte une approche nationale unifiée de la position stratégique à adopter pour faire face à la crise. Une telle unité est plus difficile à atteindre au sein des assemblées parlementaires, dont le processus délibératif suppose de longs échanges de vues entre la majorité et l'opposition, souvent contradictoires[62]. Toutefois, et malgré ces indéniables avantages, il convient de veiller, même en période de pandémie, à la préservation de l'État de droit. Les développements qui précèdent tendent à démontrer qu'il existe un droit public de crise. Il s'agit d'un garde-fou qui a vocation à protéger les droits fondamentaux et les dispositions constitutionnelles. Plus précisément, nous regrettons le sort réservé à l'article 3*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Certes, l'adage l*ex specialis derogat generali* autorise qu'une disposition législative à portée spécifique déroge à une autre, à portée générale. Il n'empêche que le procédé est inélégant. En outre, il revient à nier tout effet utile à l'article 3*bis* précité, tout en constituant, au demeurant, un regrettable précédent pour les périodes de crises à venir. Le législateur sera ainsi incité à éviter systématiquement la consultation de la section de législation du Conseil d'État en insérant dans la loi de pouvoirs spéciaux une disposition dérogatoire. Plus encore, l'on doute que la théorie des pouvoirs implicites puisse servir de fondement à une dérogation ponctuelle de la législation fédérale, cette fois de la part des entités fédérées. En temps de crise, le droit est certes bousculé et des entorses à son fonctionnement habituel sont admissibles. Pour autant, il ne faut pas jeter le bébé avec l'eau du bain : il s'agit donc au moins de garder l'intervention de ceux qui sont les vigiles de l'État de droit, même en crise.

Nicolas B. BERNARD
Assistant à l'Université Saint-Louis - Bruxelles
et à l'UCLouvain

© Extrait du Journal des tribunaux n° 6814 du 9 mai 2020, p. 372-375.

60 Des arrêts de la Cour sont sans doute à prévoir en la matière : en mars 2020, plusieurs États ont invoqué l'article 15 pour déroger aux droits fondamentaux dans le contexte de la pandémie de Covid-19 (voy. F. BOUHON e.a., *op. cit.*, pp. 37-38).

61 F. BELLEFLAMME et E. MAES, « Origine et cheminement du principe de légalité en droit public belge : gouvernement par la loi ou État de droit ? », *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?*, *op. cit.*, pp. 638 et s.

62 C. MCLACHLAN, *Foreign relations law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 134-136 et 154.

LES PROCÉDURES AU CONSEIL D'ÉTAT EN PÉRIODE DE COVID-19

La loi du 27 mars 2020 publiée au *Moniteur belge* du 30 mars (p. 22504) a habilité le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du virus Covid-19, en ce compris en matière de justice. Dans ce cadre, a été publié au *Moniteur belge* du 22 avril 2020 (p. 27764) un arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 12 adopté le 21 avril 2020 «concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite»[1].

Le rapport au Roi précédant cet arrêté précise son but: «le risque est réel que des actes de procédure ne puissent pas être accomplis dans les délais» à cause de la crise sanitaire que nous connaissons et donc il s'agit d'éviter des débats sur la notion de force majeure. «Dans l'intérêt de la sécurité juridique, pareille réglementation simple et uniforme, en quelque sorte forfaitaire, s'impose parce qu'elle défend au mieux les intérêts juridiques et parce qu'elle offre de ce fait à chacun la possibilité d'agir encore dans un délai raisonnable une fois terminée la période de crise actuelle. Par conséquent, afin d'éviter que, par exemple, le jour où prendra fin la crise soit d'emblée celui où il faille agir *in extremis*, ce qui pourrait être le cas si les délais sont suspendus, il est opté pour la prorogation de trente jours, des délais venant à échéance dans la période visée à l'article 1er (à savoir du 9 avril 2020 au 3 mai 2020)»[2]. Cet arrêté royal n° 12 concerne aussi le caractère entièrement écrit de la procédure et donc la possibilité d'absence d'audience durant cette période. Précisons d'emblée que l'article 1er de cet arrêté royal n° 12 prévoit une possibilité de prolongation de cette période par un arrêté délibéré en conseil des ministres.

Le présent article se veut uniquement un exposé des mesures prises.

1 LES PROCÉDURES CONCERNÉES PAR LA PROLONGATION DE DÉLAI

L'article 1er, alinéa 2, de cet arrêté royal n° 12 exclut du régime de prolongation des délais qu'il organise à l'alinéa 1er les demandes de suspension d'extrême urgence et les demandes de mesures provisoires d'extrême urgence introduites au cours de la période du 9 avril 2020 au 3 mai 2020. Sont donc exclues de la prolongation de délai les procédures introduites entre le 9 avril et le 3 mai 2020 en application de l'article 17, § 4, des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État lorsque la situation est incompatible avec le traitement de la demande de suspension ou de mesures provisoires «ordinaire» visée à l'article 17, §§ 1er à 3, de cette même loi.

Sont donc également exclues, comme le précise le rapport au Roi, les procédures en suspension de la décision de l'autorité adjudicatrice en matière de marchés publics et de concessions, introduites en application de l'article 11 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. Les articles 15, alinéa 2, et 23, § 3, et 47, alinéa 2, et 55, § 2, de cette loi précisent que ces demandes de suspension et de mesures provisoires doivent être introduites devant le Conseil d'État selon la procédure d'extrême urgence, dans un délai de quinze ou dix jours. Ces délais restent donc d'application même si le jour d'échéance du délai tombe entre le 9 avril 2020 et le 3 mai 2020 inclus.

Ce sont donc les recours en annulation, les demandes d'indemnité réparatrice et

1 Arrêté dont le Conseil d'État a pris soin d'assurer lui-même la rédaction. Il est renvoyé quant à l'histoire de ce texte à l'article de M. KAISER publié dans *la Tribune* n° 172 du 23 avril 2020 d'Avocats.be.
2 *M.B.*, 22 avril 2020, p. 27761.

les demandes de suspension «ordinaires» ou demandes de mesures provisoires «ordinaires», ou encore d'autres procédures moins habituelles comme les demandes d'indemnité pour préjudice exceptionnel, qui bénéficient de la prolongation forfaitaire automatique de délai.

2 DURÉE ET CONDITION DE LA PROLONGATION

Dans les procédures non exclues devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État (*supra*, n° 1), tous les délais qui arrivent à échéance entre le 9 avril 2020 et le 3 mai 2020[3], «et dont l'expiration peut ou pourrait entrainer la forclusion ou une autre sanction à défaut de traitement dans les délais», sont «prolongés de plein droit de trente jours à l'issue de cette période». Ceci entraîne donc une prolongation automatique des délais qui ont expiré pendant cette période jusqu'au 2 juin 2020 inclus. Cela vaut tant pour les délais d'introduction des recours que pour les délais internes de procédure (dépôt de mémoire, requête en intervention, demande de poursuite de la procédure, etc.), puisque les lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État sanctionnent leur non-respect de diverses manières (voy. notamment les articles 17, §§ 6 et 7, et 21 des lois coordonnées sur le Conseil d'État).

L'entrée en vigueur de l'arrêté royal n° 12 rétroagit à la date du 9 avril 2020 (voy. son article 6) et donc à la date correspondant au début de la période durant laquelle l'échéance d'un délai d'introduction d'un recours ou d'un délai interne à la procédure entraînera son report jusqu'au 2 juin inclus. La date du 9 avril 2020 a été alignée sur celle retenue pour les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire par l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 2 du 9 avril 2020 et non celle du début du confinement. On peut s'interroger sur la justification de la différence ainsi créée entre des situations, somme toute comparables, de délais qui expirent tous pendant la période de confinement, l'une concernant des délais qui ont expiré entre le 18 mars 2020 et le 9 avril 2020 et l'autre concernant des délais expirant après le 9 avril 2020. Entre le 18 mars et 9 avril 2020, il faudra donc établir la force majeure.

L'article 1er de l'arrêté royal n° 12 précise qu'il s'applique «sans préjudice des régimes adoptés ou à adopter par les autorités compétentes». Certains[4] y ont vu une forme de couverture de l'arrêté du gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux 2 du 18 mars 2020 «relatif à la suspension temporaire des délais de rigueur et de recours fixés dans l'ensemble de la législation et la réglementation wallonnes ou adoptés en vertu de celle-ci ainsi que ceux fixés dans les lois et arrêtés royaux relevant des compétences de la Région wallonne en vertu de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980», dont l'article 2 prévoit que:

«L'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973, est complété par un paragraphe 4 ainsi rédigé: "§ 4. Les délais applicables au contentieux de l'annulation devant la section du contentieux administratif relatifs à des actes pris par des autorités administratives ou de la réglementation de la Région wallonne sont suspendus à partir du 18 mars 2020 et pour une durée de 30 jours, prolongeable deux fois pour une même durée par un arrêté par lequel le gouvernement en justifie la nécessité au regard de l'évolution des conditions sanitaires. Le gouvernement peut décider de lever cette suspension avant l'échéance du délai visé à l'alinéa 1er"».

3 Sous réserve d'une éventuelle prorogation par un arrêté délibéré en Conseil des ministres.
4 M. KAISER, *op. cit.*

La constitutionnalité d'une telle disposition dans le cadre de la répartition des compétences entre l'État fédéral et les entités fédérées est évidemment douteuse. Il reste que cette disposition continue d'exister tout en ne prévoyant pas le même mécanisme puisqu'il y est question d'une suspension des délais — et non de leur prolongation — à partir du 18 mars pour une durée de trente jours. L'arrêté du gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux 20 du 18 avril 2020 a prolongé cette période de suspension des délais pour une nouvelle période prenant cours le 17 avril 2020 et s'achevant le 30 avril 2020 inclus.

Il paraît cependant difficile de penser que législateur fédéral ait pu avoir l'intention de «couvrir» l'inconstitutionnalité probable d'une telle disposition. Une autre explication du début de cet article premier de l'arrêté royal n° 12 nous parait se trouver dans l'article 4, alinéa 4, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État. Cet alinéa renvoie en effet aux «autres demandes et recours (qui) doivent, à peine de nullité, être introduits dans les délais déterminés par les dispositions légales et réglementaires qui les concernent».

3 PROCÉDURE ÉCRITE

Ici aussi, il faut distinguer selon que la procédure est celle de l'extrême urgence (en suspension ou en mesures provisoires) ou la procédure «ordinaire».

Pour les procédures d'extrême urgence, pendant cette période du 9 avril 2020 au 3 mai 2020 inclus[5] et jusqu'à trente jours après l'expiration de cette période, la règle fixée par l'article 2 de l'arrêté royal n° 12 est l'absence d'audience publique. Cela suppose que toutes les parties aient pu formuler leurs observations par écrit et que le membre de l'auditorat en charge de l'affaire ait rendu son avis écrit. Le rapport au Roi apporte des précisions sur le déroulement d'une telle procédure entièrement écrite: la chambre compétente communique aux parties et au membre de l'auditorat un calendrier fixé dans la mesure du possible en concertation avec ce membre, toutes les communications pouvant se faire par e-mail.

L'alinéa 2 de cet article prévoit toutefois une possibilité d'entendre les parties. Mais elle est laissée à l'entière discrétion du magistrat. Cet alinéa fait en effet référence à l'article 16, § 2, alinéa 3, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 relatif aux procédures d'extrême urgence qui autorise le président à «convoquer par ordonnance les parties ainsi que les personnes qui ont intérêt à la solution de l'affaire, éventuellement à son hôtel, à l'heure indiquée par lui, même les jours de fête (...)».

Pour les procédures «ordinaires», pendant cette période du 9 avril 2020 au 3 mai 2020 inclus[6] et jusqu'à soixante jours après l'expiration de cette période, l'article 3 laisse l'absence d'audience à la discrétion des parties. Il faut que toutes les parties en fassent la demande ou marquent leur accord pour une procédure entièrement écrite. Dans ce cas l'auditeur remettra bien entendu préalablement son avis écrit.

L'article 4 a prévu une adresse e-mail spécifique pour toutes les procédures qui seront entièrement écrites (tant celles en extrême urgence que les procédures «ordinaires») durant les périodes indiquées ci-dessus, tout en ajoutant «ou à toute autre adresse e-mail qui leur serait communiquée par la chambre compétente». Les modes habituels de communication restent cependant autorisés (envoi

5 Période susceptible de prolongation par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres.
6 *Idem.*

recommandé ou procédure électronique habituelle).

Enfin, l'article 5 prévoit que durant la période du 9 avril au 3 mai 2020[7], toutes les notifications et communications du Conseil d'État se feront par la voie électronique. Une exception est prévue pour les particuliers qui ne peuvent pas utiliser les procédures électroniques.

Le rapport au Roi qui précède cet arrêté insiste à juste titre sur le caractère temporaire de ces diverses mesures et sur l'urgence qui les justifie.

Béatrice GRIBOMONT
Avocat au barreau de Bruxelles

Dominique LAGASSE
Avocat au barreau de Bruxelles,
Chargé de cours à l'ULB

© Extrait du Journal des tribunaux n° 6814 du 9 mai 2020, p. 376-377.

7 *Idem.*

LES MARCHÉS PUBLICS DANS LA SITUATION D'URGENCE LIÉE À LA CRISE SANITAIRE DE COVID-19

La crise sanitaire provoquée par la pandémie de Covid-19, qui est sans précédent dans l'histoire récente, a bouleversé toute la société en général et bien entendu aussi les relations qui peuvent exister entre les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises. Cette crise n'a toutefois pas mis fin aux besoins qu'ont les pouvoirs publics de recourir à des procédures de marchés publics pour répondre à leurs besoins, bien au contraire. Pour ne citer que quelques exemples, il suffit de songer notamment aux besoins urgents de l'État fédéral, des entités fédérées et des hôpitaux d'obtenir rapidement la fourniture de masques, de gants de protection, de ventilateurs et d'autres dispositifs médicaux.

Le 1er avril 2020, la Commission européenne a donc publié une communication sur les règles qui peuvent trouver à s'appliquer dans ces situations d'urgence, en rappelant que la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics offre la souplesse nécessaire pour faire face à la crise[1].

Les acheteurs publics peuvent ainsi envisager plusieurs options qui seront examinées ci-après :

• premièrement, en cas d'urgence, ils peuvent recourir à la possibilité de réduire les délais afin d'accélérer les procédures d'attribution de marchés publics ;

• deuxièmement, si ces mesures ne sont pas suffisantes (soit en cas d'urgence impérieuse incompatible avec les délais normaux, même réduits, de mise en concurrence), une procédure négociée sans publication peut être envisagée. À cet égard, selon la Commission, même une attribution directe à un opérateur économique présélectionné peut être envisagée, à la condition que ce dernier soit le seul en mesure de livrer les fournitures requises dans le respect des contraintes techniques et des délais imposées par l'urgence extrême.

Enfin, *complémentairement aux deux premières options*, la Commission européenne encourage les acheteurs publics à avoir recours à des solutions innovantes pour pleinement collaborer avec le marché. Ainsi, les autorités publiques sont encouragées à collaborer avec tous les acteurs économiques et académiques pour, par exemple, faire émerger de nouveaux concepts pour la réutilisation des masques de protection, créer des dispositifs de protection du personnel médical ou élaborer des méthodes de détection du virus dans l'environnement[2].

1 Communication n° COM/2020/C 108 I/01 sur les «orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la Covid-19», *J.O.U.E.*, 1er avril 2020; ces orientations s'appuient sur une communication antérieure de la Commission du 9 septembre 2015 «relative aux règles de passation de marchés publics en lien avec l'actuelle crise de l'asile» (COM/2015/ 0454 final).

2 À titre d'exemple, l'on songe notamment à l'initiative récente des «FabLab» de l'Université libre de Bruxelles de produire de visières de protection pour les hôpitaux.

1 EN CAS D'URGENCE : LES DÉLAIS RACCOURCIS

Si la situation est urgente mais qu'il est possible de passer par une procédure d'attribution classique de mise en concurrence (procédures ouverte, restreinte, concurrentielle, négociée directe avec publication), les pouvoirs adjudicateurs doivent d'abord envisager de recourir à une procédure accélérée.

En effet, en vertu de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de la directive 2014/24/UE, les délais des procédures « classiques » d'attribution peuvent être réduits de la manière suivante :

Procédures	Délai normal minimal	Délai réduit minimal
En procédure ouverte[3]		
Délai de présentation des offres	35 jours	15 jours
En procédure restreinte[4]		
Demandes de participation (étape 1)	30 jours	15 jours
Délai de soumission des offres par les soumissionnaires sélectionnés (étape 2)	30jours	10jours
En procédure concurrentielle avec négociation[5]		
Demandes de participation (étape 1)	30 jours	15 jours
Délai de soumission des offres (étape 2)	30 jours	10 jours
En procédure négociée directe avec publication préalable[6]		
Délai de dépôt des offres	22 jours	15 jours

Dans sa communication précitée du 1er avril 2020, la Commission a considéré que le recours à la procédure « accélérée » est conforme aux principes d'égalité de traitement et de transparence et qu'elle garantit la concurrence même en cas d'urgence.

Il convient néanmoins de préciser que l'urgence justifiant l'application d'un délai réduit doit être motivée au regard de la situation concrète du pouvoir adjudicateur. Par ailleurs, même en cas d'urgence, les soumissionnaires devront disposer d'un temps suffisant pour préparer leur offre au regard de la complexité du marché.

2 EN CAS D'URGENCE IMPÉRIEUSE INCOMPATIBLE AVEC LES DÉLAIS (MÊME RÉDUITS) DE MISE EN CONCURRENCE : LA PROCÉDURE NÉGOCIÉE SANS PUBLICATION PRÉALABLE

Dans sa communication précitée, la Commission européenne a précisé que les pouvoirs adjudicateurs pourraient aussi envisager de recourir à la « procédure négociée sans publication préalable » pour répondre à leurs besoins liés à la pandémie de Covid-19.

3 Article 36 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; article 27 de la directive 2014/24/UE.
4 Article 37 de la loi ; article 28 de la directive.
5 Article 38 de la loi ; article 29 de la directive.
6 Article 41 de la loi.

Cette procédure est plus rapide et plus souple que les autres procédures d'attribution. Néanmoins, elle réduit significativement la concurrence entre les opérateurs économiques puisque, dans cette hypothèse, aucun avis de marché n'est publié. C'est donc le pouvoir adjudicateur lui-même qui choisit les opérateurs économiques avec lesquels il va négocier.

Pour cette raison, le recours à la procédure négociée sans publication préalable est strictement encadré et il n'est possible d'y avoir recours que « dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur ne permet pas de respecter les délais des procédures ouvertes, restreintes ou concurrentielles avec négociation. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne sont en aucun cas imputables au pouvoir adjudicateur »[7].

Étant donné que, dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs dérogent au principe de transparence, la Cour de justice de l'Union européenne exige dans sa jurisprudence que le recours à cette procédure reste exceptionnel[8].

Les trois conditions cumulatives suivantes doivent donc être respectées :

• l'existence d'un événement imprévisible non imputable au pouvoir adjudicateur ;

• l'existence d'une urgence impérieuse rendant impossible le respect des délais généraux (même réduits) ;

• un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse.

À cet égard, la Commission considère dans sa communication du 1er avril 2020 que ces trois conditions sont a priori rencontrées en ce qui concerne les besoins spécifiques actuels des pouvoirs adjudicateurs en termes de matériel médical.

Ainsi, *s'agissant de la condition d'imprévisibilité*, la Commission relève que les événements liés à la pandémie de Covid-19, et en particulier leur évolution spécifique, « doivent être considérés comme imprévisibles pour tout pouvoir adjudicateur. Les besoins spécifiques des hôpitaux et autres établissements de santé en ce qui concerne le traitement des patients, les équipements de protection individuelle, les ventilateurs pulmonaires, les lits supplémentaires ainsi que les infrastructures de soins intensifs et les infrastructures hospitalières supplémentaires, y compris l'ensemble des équipements techniques, ne peuvent certainement pas être prévus et planifiés à l'avance et constituent donc un événement imprévisible pour les pouvoirs adjudicateurs ».

Par ailleurs, en ce qui concerne la condition d'urgence impérieuse, elle considère que :

« Il ne fait aucun doute qu'il faut satisfaire le plus rapidement possible aux besoins immédiats des hôpitaux et des établissements de santé (fournitures, services et travaux publics). La question de savoir s'il est alors impossible de respecter jusqu'aux délais très courts de la procédure accélérée ouverte ou restreinte, 15 et 10 jours respectivement pour présenter les offres) devra être évaluée au cas par cas, mais la réponse est probablement affirmative dans la plupart des cas,

7 Article 32, paragraphe 2, point c), de la directive ; articles 42, § 1er, b), (dans les secteurs classiques) et 124, § 1er, 5o, (dans les secteurs spéciaux) de la loi.

8 Voy. notamment C.J.U.E., 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, aff. C-275/08 ; 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, aff. C-352/12 ; voy. aussi la jurisprudence du Conseil d'État : C.E., 19 janvier 2012, s.a. *SITA Wallonie*, n° 209.316.

à tout le moins en ce qui concerne les besoins à court terme considérablement exacerbés par la courbe croissante de l'infection».

Enfin, *en ce qui concerne le lien de causalité* entre l'urgence impérieuse et la pandémie de Covid-19, la Commission précise que ce lien causal ne peut pas être raisonnablement mis en doute.

Ceci laisse penser que la procédure négociée sans publication préalable pourrait, dans la plupart des cas, être mise en œuvre pour faire face aux besoins immédiats des pouvoirs adjudicateurs en matière de matériel médical. Néanmoins, comme il s'agit d'une procédure dérogatoire au droit commun et qui est donc de stricte interprétation, il conviendra d'examiner au cas par cas les nécessités réelles des pouvoirs d'adjudicateurs à cet égard, ainsi que leur degré d'urgence.

La question de l'application de cette procédure pourrait également se poser pour les autres marchés publics dont la mise en œuvre a été retardée à cause de la pandémie de Covid-19. À cet égard, les pouvoirs adjudicateurs devront néanmoins faire preuve d'une grande prudence puisque de nombreux marchés publics ne rempliront sans doute pas toutes les conditions d'application de cette procédure d'exception (notamment parce qu'il sera possible dans de nombreux cas recours à une procédure de mise en concurrence accélérée ; *cfr* ci-avant).

La Commission a d'ailleurs rappelé que la procédure négociée sans publication ne permet que de répondre aux besoins immédiats des pouvoirs adjudicateurs. Elle n'est utilisée que dans l'attente de solutions plus stables, telles que des contrats-cadres de fournitures et de services passés selon les procédures normales, y compris accélérées.

3 AUTRES QUESTIONS SUR LA MISE EN ŒUVRE DES PROCÉDURES DE MARCHÉS PUBLICS PENDANT LA PÉRIODE DE LA PANDÉMIE DE COVID-19

De nombreuses autres questions sont susceptibles de se poser quant à la mise en œuvre des procédures de marchés publics pendant cette période de pandémie. À cet égard, la plateforme électronique «public procurement» de l'État fédéral a tenté d'y apporter une première ébauche de réponses en publiant une liste de questions/réponses en la matière[9].

En outre, par une circulaire du 23 mars 2020, publiée au *Moniteur belge* du 26 mars 2020, le ministre-président de la Région wallonne a également adopté une série de recommandations à l'attention des pouvoirs adjudicateurs wallons[10].

Geoffrey NINANE
Avocat au barreau de Bruxelles,
Assistant à l'ULB et à l'UMons

© Extrait du Journal des tribunaux n° 6814 du 9 mai 2020, p. 378-379.

9 https://www.publicprocurement.be/fr/faq.
10 *M.B.*, 26 mars 2020, p. 18472.

DROIT FISCAL

DROIT FISCAL ET COVID-19

Il est incontestable que la pandémie Covid-19 représentera un défi budgétaire immense pour l'État belge et nécessitera la mise en œuvre de mesures fiscales adéquates le moment venu. À ce stade toutefois, parant au plus pressé par voie d'avis et de circulaires publiés sur leurs sites internet[1], les administrations fiscales, fédérale et régionales, ont essentiellement pris des mesures temporaires destinées à soulager quelque peu les entreprises et les particuliers. Ces mesures devraient être sous peu traduites en textes de loi. Nous ne présentons ici que les mesures prises au niveau fédéral[2].

1 PROLONGATION DES DÉLAIS D'INTRODUCTION DES DÉCLARATIONS FISCALES

En matière de TVA, les délais suivants ont été adaptés :

- déclaration relative au mois mars 2020 reportée au 7 mai 2020 ;
- déclaration relative au 1er trimestre 2020 reportée au 7 mai 2020 ;
- déclaration relative mois d'avril 2020 reportée au 5 juin 2020.

S'agissant du relevé des opérations intracommunautaires, les délais suivants seront d'application :

- relevé de mars 2020 : 7 mai 2020 ;
- relevé du premier trimestre 2020 : 7 mai 2020 ;
- relevé d'avril 2020 : 5 juin 2020.

Le dépôt du listing annuel des clients est reporté au 30 avril 2020.

En matière d'impôts directs, les déclarations à l'impôt des sociétés, à l'impôt des personnes morales et à l'impôt des non-résidents (sociétés) avec une date limite d'introduction du 16 mars au 30 avril 2020 inclus pourront être introduites jusqu'au jeudi 30 avril 2020 minuit.

2 PROLONGATION DES DÉLAIS DE PAIEMENT

En matière de TVA, les délais de paiement ont été prolongés comme suit :

- TVA relative à la déclaration mensuelle de févier 2020 : 20 mai 2020 ;
- TVA relative à la déclaration mensuelle de mars 2020 : 20 juin 2020 ;
- TVA relative à la déclaration trimestrielle : 20 juin 2020 ;
- TVA relative à la déclaration mensuelle d'avril 2020 : 20 juillet 2020.

S'agissant du précompte professionnel, les délais ont été reportés de la manière suivante :

- le précompte relatif à la déclaration mensuelle de févier 2020 : 13 mai 2020 ;
- le précompte relatif à la déclaration mensuelle de mars 2020 : 15 juin 2020 ;

1 Pour l'administration fiscale fédérale : https://finances.belgium.be/.

2 Les trois Régions ont annoncé une prolongation des délais de dépôt des déclarations de succession. La Région de Bruxelles-Capitale a également annoncé une prolongation de deux mois du délai de paiement du précompte immobilier ainsi que la suspension de la «City Tax» (https:// fiscalite.brussels). La Région wallonne a suspendu les délais de paiement des taxes régionales et ne procédera plus à aucun contrôle fiscal pendant la période de confinement. Des mesures d'extension de délai sont également attendues pour la restitution des droits d'enregistrement en cas de revente à bref délai (https:/ /www.wallonie.be/fr/fiscalite). Enfin, la Région flamande a annoncé une prolongation générale des délais appliqués dans le cadre de ses législations fiscales en matière de droits d'enregistrement, de droits de succession ou de taxes de circulation (https:// belastingen.vlaanderen.be/ coronamaatregelen-vlaamsebelastingdienst).

- le précompte relatif à la déclaration trimestrielle : 15 juin 2020 ;
- le précompte relatif à la déclaration mensuelle d'avril 2020 : 15 juillet 2020.

Un délai supplémentaire de deux mois sera automatiquement accordé, en plus du délai normal, pour le paiement de l'impôt des personnes physiques, de l'impôt des sociétés, de l'impôt des personnes morales et de l'impôt des non-résidents pour les décomptes relatifs à l'exercice d'imposition 2019 établis à partir du 12 mars 2020.

3 MESURES DE SOUTIEN COMPLÉMENTAIRES

Les personnes physiques ou morales qui disposent d'un numéro d'entreprise, quel que soit leur secteur d'activité, qui seront en mesure de démontrer qu'elles rencontrent des difficultés financières liées à la pandémie pourront en outre, sur demande, bénéficier de plans de paiement, d'exonérations d'intérêts de retards et de remises d'amendes en matière de TVA, de précompte professionnel, d'impôt des personnes physiques, d'impôt des sociétés ou d'impôt des personnes morales. La demande devra être introduite avant le 30 juin 2020 au moyen du formulaire *ad hoc* publié par l'administration fiscale fédérale sur son site internet.

4 REPORT DES CONTRÔLES FISCAUX

Le Service public fédéral Finances a annoncé le report de ses actions de contrôles « sur place » jugées non essentielles ou moins urgentes et ne maintient donc que les actions nécessaires « à la sauvegarde des intérêts de l'État ». Quant aux contrôles qui peuvent se faire à distance, ils se poursuivent.

5 MESURES D'ASSOUPLISSEMENT DES CONDITIONS D'EXONÉRATION DES RÉDUCTIONS DE VALEUR SUR CRÉANCES COMMERCIALES

L'article 22 de l'arrêté royal d'exécution du Code des impôts sur les revenus 1992, qui fixe les conditions d'exonération des réductions de valeur sur créances, requiert que les pertes résultent, pour chaque créance, non d'un simple risque d'ordre général, mais bien de circonstances particulières survenues au cours de la période imposable et subsistant à l'expiration de celle-ci.

La circulaire 2020/C/45 du 23 mars 2020 confirme que la crise actuelle constitue une circonstance particulière justifiant l'exonération des réductions de valeur sur créances commerciales pour les entreprises confrontées à un arriéré de paiement directement ou indirectement dû aux mesures prises par le gouvernement fédéral.

6 TRAVAILLEURS FRONTALIERS EN TÉLÉTRAVAIL

Sur le plan de la fiscalité internationale et de l'application des conventions préventives de double imposition conclue par la Belgique, les travailleurs frontaliers sont réputés avoir été présents pendant la totalité de leur temps de travail dans l'État habituel de leur activité s'ils ne dépassent pas un seuil maximal de jours de travail en dehors de cet État. Dans le cadre de la convention bilatérale conclue avec la France, ce nombre de jours est fixé à 30 alors que dans celle conclue avec le Grand-duché de Luxembourg, il est de 24.

L'administration fiscale fédérale a fait savoir que la pandémie Covid-19 devant être considérée comme un cas de force majeure, les jours de travail prestés au domicile du contribuable à compter du 14 mars 2020 ne seront pas pris en compte pour le calcul des seuils précités de 30 ou 24 jours.

7 MESURES POUR LES CONTRIBUABLES QUI SOUTIENNENT LE SECTEUR MÉDICAL

Enfin, l'administration fiscale fédérale a eu à cœur également de soutenir, à sa manière, le secteur des soins de santé.

Selon des modalités qui restent toutefois à préciser, elle a annoncé que toute personne qui engagerait temporairement des frais supplémentaires dans le cadre du soutien au secteur médical pourra les déduire comme dépenses professionnelles. En outre, les entreprises qui offrent des stocks de matériel médical aux hôpitaux et aux établissements de soins ne seront redevables d'aucune TVA sur ces dons.

Enfin, et il ne s'agit pas là d'une mesure exceptionnelle, l'administration rappelle qu'il est loisible, à toute personne physique et à toute société, de faire des dons en argent aux hôpitaux et aux établissements de soins. Ces dons sont déductibles ou permettent de bénéficier d'une réduction d'impôt.

François COLLON
Avocat au barreau de Bruxelles

© Extrait du Journal des tribunaux n° 6814 du 9 mai 2020, p. 380-381.

© Réalisé sur base du numéro spécial 6814 du Journal des tribunaux et des chroniques judiciaires publiées dans les numéros 6815, 6816 et 6817. Tous droits réservés pour tous pays.

Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire partiellement ou totalement le présent livre blanc ou de le diffuser au public sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.