

II.5. Le partage des compétences à Bruxelles

A. L'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles

C.C., arrêt n° 107/2009 du 9 juillet 2009

Extrait

B.9.2. En vertu de l'article 127, § 2, de la Constitution, les décrets qui règlent l'enseignement ont force de loi respectivement dans la région de langue française et dans la région de langue néerlandaise, ainsi qu'à l'égard des institutions établies dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale qui, en raison de leurs activités, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou à l'autre communauté.

Les enfants domiciliés dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale et qui relèvent de l'enseignement à domicile ne peuvent être considérés comme des « institutions » au sens de l'article 127, § 2, de la Constitution, qui peuvent relever exclusivement de la compétence d'une communauté ; ces enfants relèvent par conséquent, pour cette matière, de la compétence de l'État fédéral.

Avis C.E., assemblée générale, 34/339/AV, donné le 29 avril 2003 sur un avant-projet de décret relatif à la politique en matière de médecine préventive, Doc., Parl. fl., sess. 2002-2003, n° 1709/1

Extrait

21. De Grondwet heeft het in artikel 128, § 2, over “instellingen”, en niet over individuen, omdat de grondwetgever er angstvallig over gewaakt heeft de subnationaliteit te weren. De decreetgever kan bijgevolg, wat Brussel betreft, natuurlijke personen niet rechtstreeks aan zijn regelgeving onderwerpen. Hij kan natuurlijke personen (van welke taalaanhorigheid ook) wel bereiken via “instellingen”, behorend tot de betrokken gemeenschap, waartoe de personen zich vrij kunnen wenden. In zoverre de verplichting bedoeld in artikel 11,2”, van het ontwerp wordt opgelegd aan een persoon die zich vrijwillig gewend heeft tot een “instelling” die wegens haar organisatie geacht moet worden uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap te behoren, is er bevoegdheidsrechtelijk geen probleem : de decreetgever kan verplichtingen opleggen aan personen die zich op het grondgebied van het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad bevinden, in zoverre die het gevolg zijn van een vrijwillige beslissing om zich tot een Vlaamse instelling te wenden.

Aan andere personen kan de bedoelde verplichting niet opgelegd worden. Dit geldt o.m. voor personen die zich helemaal niet gewend hebben tot een Vlaamse instelling, of voor personen die wel in behandeling zijn bij een Vlaamse instelling, maar zonder dat dit het gevolg is van een vrije en bewuste keuze. Voor die personen

kunnen eventuele- verplichtingen enkel opgelegd worden door de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie.

[...]

25. Het is niet uitgesloten dat een natuurlijke persoon in bepaalde omstandigheden als een “instelling” beschouwd kan worden. Dit is bijvoorbeeld het geval waar iemand een functie uitoefent, die aan één persoon is opgedragen, zoals de gouverneur of een burgemeester. Ook een privé-persoon kan als een “instelling” beschouwd worden, als hij een bepaalde “organisatie” van bestendige aard vertoont, die het mogelijk maakt hem op grond van objectief aanwijsbare kenmerken tot hetzij de Vlaamse, hetzij de Franse Gemeenschap te rekenen.

C.C., arrêt n° 33/2001 du 13 mars 2001

Extrait

B.4.2. Si l'article 4, § 1^{er}, du décret prévoit que toute personne ayant son domicile en région de langue néerlandaise doit être affiliée à une caisse d'assurance soins agréée, faute de quoi elle est affiliée d'office à la caisse établie par le Fonds flamand d'assurance soins, il n'en est pas de même des personnes domiciliées en région bilingue de Bruxelles-Capitale. Pour celles-ci, l'article 4, § 2, prévoit qu'elles ont "la possibilité de s'affilier volontairement à une caisse [...] ».

B.4.3. Il s'ensuit que les dispositions du décret s'appliquent obligatoirement aux caisses établies dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale qui répondent à la définition donnée à l'article 128, § 2, de la Constitution mais que les obligations qui incombent aux personnes domiciliées dans cette région auront pour cause leur décision libre de s'affilier à une telle caisse et qu'elles ne seront tenues de les respecter qu'aussi longtemps qu'elles resteront affiliées.

B.4.4. Le décret attaqué ne peut donc être considéré comme imposant des règles de droit à des personnes ayant leur domicile dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale ».

Observations

1. Même s'ils se déploient dans des domaines *a priori* très éloignés, les extraits de deux arrêts et de l'avis reproduits ci-dessus sont traversés par le même principe : celui de l'interdiction des sous-nationalités dans l'application des décrets communautaires en Région de Bruxelles-Capitale, qui poursuit l'objectif de préserver la liberté des individus de choisir leur affiliation communautaire.

2. L'importance de ce principe dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale¹ justifie qu'il soit envisagé de manière prioritaire dans l'examen du partage des

¹ Le principe d'interdiction des sous-nationalités s'applique de manière générale. En dehors de Bruxelles, il se confond avec l'exigence d'une application stricte du principe de territorialité. On ne sera donc pas étonné de découvrir que le premier arrêt

compétences sur ce territoire bilingue. Il s'agit en effet d'un élément révélateur d'une des caractéristiques saillantes de notre système fédéral, et pas seulement une forme de modulation des compétences territoriales des communautés. À Bruxelles, le partage des compétences constitue une forme de fédéralisme personnel² qui déroge au fédéralisme territorial prévalant dans les autres régions linguistiques³. Mais le principe de sous-nationalité module de manière tout à fait particulière ce fédéralisme personnel, éloignant le cas belge des modèles emblématiques de cette forme de fédéralisme. Ces derniers fonctionnent, dans la majorité des cas, avec reconnaissance de sous-nationalités. On pense par exemple au système libanais, dans lequel une bonne partie de la vie des individus est structurée par le choix, non réversible et exclusif, de se rattacher à une communauté ou une confession⁴. À Bruxelles, pareil système de séparation communautaire est interdit.

3. Les extraits reproduits ci-dessus nous invitent d'abord à resituer l'interdiction de toute forme de sous-nationalité dans le contexte de la détermination des compétences des deux communautés à Bruxelles, dès lors que cette interdiction est avant tout une conséquence du champ d'application des décrets communautaires (1), avant de revenir sur la portée de ce principe dans la jurisprudence du Conseil d'État et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (2). On analyse ensuite les nuances apportées au principe d'interdiction des sous-nationalités dans certains cas, tels que la protection de la jeunesse ou encore le droit électoral (3), avant de conclure sur les défis posés par le principe de sous-nationalité (4).

de la Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, relatif à ce principe, ne concerne pas la situation de la Région de Bruxelles-Capitale, mais une question de rattachement d'une situation à un législateur décentralisé en matière d'aide à la jeunesse (arrêt n° 72/96 du 11 décembre 1996).

C'est en vertu de ce principe d'interdiction des sous-nationalités dans l'État fédéral de manière générale que la section de législation du Conseil d'État exige un lien entre les décrets des communautés et leur territoire de base, et qu'elle prohibe les critères d'identification des destinataires de ces décrets purement personnels, et déconnectés de ce territoire (voy. H. DUMONT et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles », *A.P.T.*, 2011, n° 3, p. 205). Dans une jurisprudence fameuse, la Cour constitutionnelle a confirmé cette exigence d'un lien avec le territoire de base, annulant un décret autorisant l'usage du français par les mandataires francophones des communes situées en Flandre.

2 Cette version de l'idée fédérale a été théorisée dans un contexte particulier, celui de la fin de l'Empire austro-hongrois, par deux auteurs, Otto Bauer et Karl Renner, qui, chacun à leur façon, distinguaient l'État de la Nation et entendaient consacrer le droit de chaque individu à l'autodétermination nationale, droit qui se traduirait par le choix d'une communauté culturelle (voy. sur ces deux auteurs : A. CHITI-BATELLI, « Une source peu connue du régionalisme fédéraliste : La social-démocratie de l'Empire autrichien "fin de siècle" », *L'Europe en formation*, Nice, automne-hiver 1994, n°s 294-295).

3 H. DUMONT et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles », *op. cit.*, p. 205.

4 Voy. sur ce système A. MESSARRA, « Les aménagements juridiques des libertés religieuses au Liban », *Les Cahiers de droit*, n° 40(4), pp. 927-946.

1. Les compétences des communautés à Bruxelles : les institutions uncommunautaires

4. Dans l'arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009, dont un extrait est reproduit ci-dessus, la Cour constitutionnelle était notamment⁵ invitée à se prononcer sur la conformité du décret de la Communauté française du 25 avril 2008 fixant les conditions pour satisfaire à l'obligation scolaire en dehors de l'enseignement organisé ou subventionné avec un ensemble de principes et libertés constitutionnellement garantis, dont l'interdiction des sous-nationalités. Les conditions établies par ce décret varient selon que l'enseignement est dispensé par une autre communauté, par un établissement relevant d'une réglementation étrangère ou enfin « à domicile ». Cette dernière catégorie résiduaire comprend, outre les cas de scolarisation à la maison, les établissements privés ne relevant ni de la première ni de la deuxième catégorie⁶. Le décret prétend s'appliquer tant dans la région de langue française qu'à Bruxelles. Après un premier arrêt rejetant la demande de suspension, la Cour constitutionnelle finit par émettre une réserve d'interprétation du décret, privant effectivement celui-ci de toute application en région bilingue de Bruxelles-Capitale.

La Cour constitutionnelle rappelle doctement le principe de limitation du champ d'application territorial des décrets communautaires, établi à l'article 127, § 2, de la Constitution, et, *mutatis mutandis*, à l'article 128, § 2, de la Constitution. En vertu de ces dispositions constitutionnelles, dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, les décrets des Communautés française et flamande ne s'appliquent qu'à l'égard des institutions qui, en raison de leur activité – pour l'enseignement et la culture – ou de leur organisation – pour les matières personnalisables, doivent être considérées comme se rattachant exclusivement à l'une ou l'autre communauté (et qualifiées d'institutions uncommunautaires). Ces décrets ne peuvent donc pas s'appliquer directement ni aux biens, ni aux personnes. Ils ne peuvent pas d'avantage s'appliquer aux institutions qui ne peuvent être reliées exclusivement à l'une ou l'autre communauté. Pusillanime, la Cour s'estime incompétente pour censurer directement la violation de la répartition des compétences territoriales à Bruxelles et se limite à recourir au procédé de la réserve d'interprétation. La juridiction constitutionnelle invoque, pour justifier sa timidité, un argument qui peine à convaincre : selon la Cour, l'application du décret aux personnes domiciliées à Bruxelles ne découle pas du décret, mais d'un arrêté, qui détermine dix zones administratives⁷.

5 Nous n'analyserons pas ici les griefs tirés de la violation de la liberté d'enseignement et renvoyons le lecteur à l'analyse menée sur ce point par M. EL BERHOUTI, « L'enseignement à domicile perquisitionné. Commentaire de l'arrêt n° 107/2009 de la Cour constitutionnelle », *J.T.*, novembre 2009, p. 702.

6 Voy. M. EL BERHOUTI, « L'enseignement à domicile perquisitionné. Commentaire de l'arrêt n° 107/2009 de la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 702.

7 Or, ledit arrêté trouve sa source dans le texte normatif. Pour une critique de ce raisonnement étonnant : M. EL BERHOUTI, « L'enseignement à domicile perquisitionné. Commentaire de l'arrêt n° 107/2009 de la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 703.

5. Cette limitation du champ d'application des décrets communautaires vaut aussi pour les matières personnalisables. Dans ce domaine, dans la région bilingue, les communautés ne peuvent agir que selon une « logique institutionnelle ». Toute politique en matière personnalisable qui s'inscrit dans une « logique individuelle » via la « reconnaissance directe de droits », relève de la compétence de la Commission communautaire commune⁸.

6. Pour bien comprendre la portée du principe d'interdiction des sous-nationalités, l'on propose de s'arrêter un instant sur l'autre face de la médaille, c'est-à-dire sur les contours de la catégorie des « institutions » qui *peuvent* se voir appliquer les décrets communautaires, pour faire apparaître, en négatif, ce qui est concerné par le principe d'interdiction des sous-nationalités.

D'abord, le concept d'« institution » reçoit, à certains égards, une interprétation large : sont considérées comme des « institutions » toutes les « personnes morales de droit public et de droit privé et les organismes établis dans la Région de Bruxelles-Capitale qui relèvent de personnes de droit public ou de droit privé »⁹. Relèvent de la catégorie des institutions au sens des deuxièmes paragraphes des articles 127 et 128 de la Constitution, toute structure institutionnalisée, qu'elle soit publique ou privée : asbl, fondations, voire sociétés commerciales. Cette interprétation extensive de la notion d'« institution » a culminé dans l'avis n° 34.339/AV de la section de législation du Conseil d'État, reproduit ci-dessus, et dans lequel l'assemblée générale du Conseil d'État considère que, dans certains cas, des personnes physiques peuvent être considérées comme des institutions. En l'espèce, il s'agissait d'un avant-projet de décret flamand établissant une politique de médecine préventive qui impliquait notamment des prestataires de soins de santé en Région de Bruxelles-Capitale. La section de législation admet que l'avant-projet de décret s'adresse directement aux personnes physiques prestataires de soins. Cet avis étend donc la portée du concept « d'institutions unicommunautaires », et, partant, limite la portée du principe de sous-nationalité. En effet, toute personne physique qui peut être considérée comme un « acteur » d'une politique pourra potentiellement être considérée comme une « institution ». Cette extension de la catégorie des « institutions unicommunautaires » ne nous paraît en outre pas tout à fait compatible avec les principes établis par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt commenté ci-dessus, dans lequel elle rappelle avec force que les élèves ne sont pas des institutions au sens des articles 127 et 128 de la Constitution.

⁸ Voy. not. : avis du Conseil d'État, n° 53.932/AV, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 2232/3, p. 17 ; J. LIEVENS, « Duiding bij artikel 127 § 2, 128 § 2, 130, 135, 135bis en 137-139 van de Grondwet en artikel 4, 4bis, 7-9 en 42-46bis van de Bijzondere Wet Brussel », in B. DALLE, D. KEYAERTS, W. PAS, J. THEUNIS et W. VERRIJDT (eds), *Duiding Federale Staatsstructuur*, Bruxelles, Larcier, 2018.

⁹ *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr., 1979, n° 100/27, p. 9. Voy. égal. : F. DELPÉREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 328.

Ensuite, pour la détermination des institutions culturelles unicommunautaires, le critère de rattachement est, dans les matières culturelles et éducatives, centré sur l'activité, en vertu de l'article 127, § 2, de la Constitution. Ainsi, c'est en fonction de la programmation proposée, des services culturels ou éducatifs offerts, que l'on évalue le rattachement d'une institution à une communauté. En matière culturelle, ce critère ne cesse de se révéler inadéquat ; il s'avère en outre difficilement praticable¹⁰. On ne peut réduire l'interprétation du critère de l'activité à la question de la langue usitée lors des activités. De la même manière, un rattachement à l'une ou l'autre communauté sur la base du public visé par les activités est hautement problématique vu l'évolution des politiques culturelles¹¹ et est également difficile à mettre en œuvre¹². C'est ainsi qu'*in fine*, c'est davantage la question de l'organisation des institutions qui prévaut pour statuer sur leur rattachement à l'une ou l'autre communauté. Pour ce qui concerne l'enseignement, le rattachement à l'une ou à l'autre communauté sur la base de l'activité peut également s'avérer délicat, notamment dans le cas de l'enseignement par immersion, ou dans le cas des écoles privées. Pour les matières personnalisables, le critère de l'organisation de l'institution est déjà consacré dans la Constitution ; il permet d'éviter, en partie, les difficultés susmentionnées dans l'application du critère de l'activité.

Enfin, il importe de souligner que les communes bruxelloises – comme les CPAS – ne peuvent être qualifiées d'institutions unicommunautaires au sens des articles 127, § 2 et 128, § 2. Il s'agit en effet d'institutions bilingues. Les Communautés doivent passer par les commissions unicommunautaires plutôt que d'imposer directement leurs normes aux communes ou aux CPAS bruxellois¹³ (voy. *infra*) ce qui est susceptible de créer quelques lourdeurs institutionnelles dans un panorama manquant déjà singulièrement de légèreté.

10 Voy. C. ROMAINVILLE, « Le droit bruxellois de la culture », in B. LOMBAERT, D. YERNAULT, P.-O. DE BROUX (dir.), *Le droit bruxellois. Un bilan après vingt-cinq ans d'application*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 1568-1570 ; H. DUMONT et I. HACHEZ, « La gestion des matières culturelles à Bruxelles », in *Réseau des Arts à Bruxelles. Culture et pouvoirs publics à Bruxelles du lundi 27 mars 2007. Quelles institutions pour quelles politiques culturelles ?*, 2007, accessible sur : http://www.cultureetdemocratie.be/documents/Actes_colloque_RAB.pdf (dernière consultation le 22 mai 2014), p. 9. Les auteurs s'inspirent dans cet article d'une étude de N. LAGASSE, *Le modèle bruxellois revisité à la lumière de la théorie du fédéralisme personnel. Introduction à la problématique du fédéralisme personnel*, Recherche menée sous la direction de H. DUMONT, juin 2005, non publiée.

11 C. ROMAINVILLE, « Le droit bruxellois de la culture », *op. cit.*, pp. 1568-1569.

12 J.-G. LOWIES, « Quel Traité culturel pour la Belgique du XXI^e siècle ? Le projet d'accord de coopération culturelle entre la Communauté française et la Communauté flamande de Belgique : voyage au centre du malaise belge », *R.B.D.C.*, 2010, n° 3, pp. 189-232 ; H. DUMONT et L. VANCRAVEBECK, « L'exercice des compétences communautaires à Bruxelles », *C.D.K.P.*, 2008/1, pp. 246-255.

13 L. GALLEZ et A. VANDECAPPELLE, « L'intervention des communes dans les matières communautaires à Bruxelles », in E. WITTE, A. ALÉN, H. DUMONT, P. VANDERNOOT et R. DE GROOF (dir.), *De Brusselse negentien gemeenten en het Brussels model – Les dix-neuf communes bruxelloises et le modèle bruxellois*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 427-468, pp. 469-494 ; H. DUMONT, « Les relations entre les communes bruxelloises et les institutions compétentes dans les matières communautaires », in E. WITTE, A. ALÉN, H. DUMONT, P. VANDERNOOT et R. DE GROOF (dir.), *De Brusselse negentien gemeenten en het Brussels model – Les dix-neuf communes bruxelloises et le modèle bruxellois*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 469-491, pp. 651-658.

2. La nature et la portée du principe d'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles

7. L'interdiction des sous-nationalités est la conséquence et le corollaire des principes gouvernant l'application des décrets communautaires à Bruxelles tels qu'on vient de les rappeler. On évoquera ici sa reconnaissance dans la jurisprudence et la jurisprudence, avant de retracer sa genèse, de revenir sur sa définition, sur les limites exactes qu'il implique pour les Communautés désireuses de développer des politiques à destination des Bruxellois, et pour les conséquences pratiques qui s'en déduisent.

8. S'agissant d'abord de sa reconnaissance, ce principe est largement consacré dans la jurisprudence du Conseil d'État¹⁴, et dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Cette dernière ne reprend jamais dans son dispositif la formule « interdiction des sous-nationalités » et évite soigneusement de développer toute forme de théorisation ou une précision du principe posé aux articles 127, § 2, et 128, § 2, de la Constitution, alors que ce principe est considéré comme étant « fondamental » pour la section de législation du Conseil d'État. La Cour se borne, dans les arrêts où la violation de ce principe est invoquée, à un rappel de la lettre des articles 127 et 128, comme l'illustre l'arrêt relatif à l'enseignement à domicile¹⁵.

9. Quant à l'origine du principe, comme le montrent Hugues Dumont et Sébastien Van Drooghenbroeck, « les critères de rattachement aux deux Communautés à Bruxelles n'ont pas été pensés initialement pour rendre les sous-nationalités impossibles, mais [...] l'interdiction des sous-nationalités a été posée dans un second temps au titre d'une interprétation de ces critères ». Ce n'est qu'à l'occasion du transfert des matières personnalisables que ce principe d'interdiction des sous-nationalités a émergé. Dans les travaux préparatoires, « le gouvernement dit bien qu'il n'a pas opté pour un régime de sous-nationalité et qu'il ne veut pas non plus que ce régime soit la conséquence de ces critères »¹⁶. En conséquence, on considère classiquement que si les articles 127,

14 La section de législation s'y réfère systématiquement, à quelques rares exceptions près, dont l'avis n° 43.832/2 du 17 décembre 2007, donné sur un avant-projet de décret fixant les conditions pour pouvoir satisfaire à l'obligation scolaire en dehors de l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française, *Doc.*, Parl. Comm. fr., n° 521/1, pp. 18-27. Voy. not., pour des avis appliquant le principe d'interdiction des sous-nationalités : Projet de décret, Conseil de la Communauté flamande, 1990-1991, n° 502/1, avis du Conseil d'État cité par J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State. Afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, pp. 409 et 412. Voy. l'avis n° 41.215/2 du 11 octobre 2006 sur l'avant-projet devenu décret du 8 mars 2007 relatif au service général de l'inspection, au service de conseil et de soutien pédagogiques de l'enseignement organisé par la Communauté française, aux cellules de conseil et de soutien pédagogiques de l'enseignement subventionné par la Communauté française et au statut des membres du personnel du service général de l'inspection et des conseillers pédagogiques, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2006-2007, n° 340/1, pp. 166 et 167.

15 Voy. C.C., arrêt n° 36/2003 du 27 mars 2003 ; C.C., arrêt n° 158/2008 du 6 novembre 2008 ; arrêt n° 35/2003 du 25 mars 2003 ; C.C., arrêt n° 107/2009 du 9 juillet 2009.

16 H. DUMONT et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles », *op. cit.*, p. 203.

§ 2, et 128, § 2, de la Constitution n'évoquent que les « institutions » et ne mentionnent pas les « individus », c'est parce que le Constituant a veillé soigneusement à éviter la création de sous-nationalités à Bruxelles¹⁷.

10. S'appuyant sur une exégèse des travaux du Constituant, Hugues Dumont et Sébastien Van Drooghenbroeck définissent comme suit la mécanique du principe de l'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles : « [...] le rattachement des individus à l'une ou l'autre des communautés ne peut être qu'indirect, libre, non exclusif et réversible. *Indirect*, puisqu'il se réalise par le biais d'une institution unicommunautaire. *Libre* parce que l'individu n'est pas tenu de s'adresser à une telle institution : il peut s'adresser à une institution biculturelle, biéducative ou bipersonnalisable. *Non exclusif* dans la mesure où une même personne peut rattacher une part de son existence socioculturelle à la Communauté française (en inscrivant son enfant dans une école francophone, par exemple) et une autre part à la Communauté flamande (en l'inscrivant, par ailleurs, dans une académie flamande de musique). *Et réversible* car demain, le même individu peut faire un autre choix »¹⁸.

11. Les limites posées par ce principe d'interdiction des sous-nationalités à l'exercice des compétences communautaires à Bruxelles doivent être bien comprises.

Le principe d'interdiction des sous-nationalités n'exclut pas que les communautés développent des politiques à destination des citoyens bruxellois¹⁹. Comme la section de législation du Conseil d'État le rappelle dans l'avis n° 34/339 dont un extrait est reproduit ci-dessus, « *[d]e decreetgever kan bijgevolg, wat Brussel betreft, natuurlijke personen niet rechtstreeks aan zijn regelgeving onderwerpen. Hij kan natuurlijke personen (van welke taalaan-horigheid ook) wel bereiken via "instellingen", behorend tot de betrokken gemeenschap, waartoe de personen zich vrij kunnen wenden* »²⁰. Ainsi, les communautés ne peuvent créer des droits et des obligations pour les citoyens que « par le truchement des institutions auxquelles ils s'adressent en toute

17 A. ALÉN, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, Bruxelles, Kluwer 2000, 1, p. 234, F. DELPÉRÉE et S. DEPRÉ, *Le système constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 101, n° 114 ; avis du Conseil d'État, 34/339/AV, 29 avril 2003, Doc., Parl. fl., sess. 2002-2003, n° 1709/1, pp. 143 et s., spéc. pp. 157-159.

18 H. DUMONT et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles », *op. cit.*, p. 204. Voy. plus largement, sur l'intention du Constituant, les pp. 202-204.

19 On notera que cette question de la création de droits – et surtout d'obligations –, à l'égard des individus n'a pas été traitée lors du transfert des matières personnalisables ; elle n'est en fait apparue qu'à la faveur de l'évolution des concepts de « matières culturelles » et, surtout, de « matières personnalisables ». Si, dans un premier temps, ces compétences ne semblaient autoriser les communautés qu'à créer des obligations que pour des institutions, la Cour d'arbitrage va rompre avec cette interprétation, dans deux arrêts, l'arrêt n° 66 du 30 juin 1988 et l'arrêt n° 67 du 9 novembre 1988, ouvrant la voie à une interprétation des compétences communautaires comme pouvant impliquer la création de droits et d'obligations pour les individus. Voy. H. DUMONT et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles », *op. cit.*, p. 204.

20 Avis du Conseil d'État, n° 34/339, § 21.

liberté »²¹. Les destinataires premiers des règles communautaires restent les institutions unicommunautaires ; les individus ne peuvent être que les destinataires secondaires de ces règles²².

Cette possibilité d'imposer des règles et obligations aux personnes par l'intermédiaire des institutions unicommunautaires est balisée par la condition d'un rattachement libre et conscient de l'individu à ces institutions. Ainsi, la section de législation du Conseil d'État précise, dans l'avis n° 34/339 dont un extrait est reproduit ci-dessus, que la Communauté flamande ne peut imposer, via les institutions unicommunautaires, un régime de droits et d'obligations qu'à un individu « *die zich vrijwillig gewend heeft tot een "instelling" die wegens haar organisatie geacht moet worden uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap te behoren* ». Dans ce cas, précise la section de législation, « *is er bevoegdheidsrechtelijk geen probleem : de decreetgever kan verplichtingen opleggen aan personen die zich op het grondgebied van het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad bevinden, in zoverre die het gevolg zijn van een vrijwillige beslissing om zich tot een Vlaamse instelling te wenden* »²³.

12. Le principe d'interdiction des sous-nationalités implique donc une liberté de choix entre les institutions unicommunautaires relevant de l'une ou de l'autre communauté. La question de savoir s'il protège également le droit de ne pas choisir une institution unicommunautaire, et celui de s'adresser à une institution bicommunautaire, est plus complexe. Sur le plan des principes, un ensemble d'avis de la section de législation du Conseil d'État paraît reconnaître ce droit de s'adresser à une institution bicommunautaire. La section de législation du Conseil d'État a eu l'occasion de considérer que le principe d'interdiction des sous-nationalités impliquait une diversité de l'offre, dans un avis rendu sur un accord de coopération en matière d'adoption, qui prévoyait l'application exclusive sur le territoire bilingue de Bruxelles-Capitale des deux législations communautaires, et par lequel la Commission communautaire transférerait en quelque sorte par accord de coopération sa compétence en matière d'organismes bicommunautaires d'adoption. Dans cet avis, la section de législation estime que « [...] pareil accord méconnaît le droit reconnu par l'article 128, § 2, de la Constitution à toute institution établie dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale de s'organiser de telle manière qu'elle ne puisse être considérée comme appartenant exclusivement à l'une ou à l'autre communauté »²⁴. Pourtant, comme on le verra, les situations dans lesquelles il n'existe pas d'offre bicommunautaire sont nombreuses.

21 H. DUMONT et L. VANCRAVEBECK, « L'exercice des compétences communautaires à Bruxelles », *op. cit.*, p. 247.

22 H. DUMONT et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles », *op. cit.*

23 Avis du Conseil d'État, n° 34/339, § 21.

24 Avis L. 23311/9 du 25 mai 1994 sur un projet d'ordonnance approuvant l'accord de coopération entre la Communauté française, la Communauté flamande et la Commission communautaire commune « relatif aux intermédiaires en matière d'adoption situés dans la Région de Bruxelles-Capitale », *Doc. VI. R.*, sess. 1995-1996, n° 395/1, pp. 65 et s. Voy. X. DELGRANGE,

13. Le principe d'interdiction des sous-nationalités se traduit dans au moins deux règles de portée générale.

Premièrement, l'affiliation de l'individu aux services unicommunautaires est toujours volontaire. Un bon exemple d'application de ce principe peut être trouvé dans le décret flamand établissant des centres de confiance pour la maltraitance infantile. Dans son avis n° 49.452/3 du 27 avril 2011, la section de législation²⁵ estime que la Communauté flamande est certes compétente pour l'établissement, la reconnaissance et le financement de centres de confiance en matière de maltraitance infantile, et à l'égard des personnes qui se rendent de manière volontaire dans ces centres, en ce compris pour établir des obligations à l'égard de ces personnes. Mais, rappelle la section de législation, la Communauté flamande n'est pas compétente pour les personnes qui n'ont pas souhaité, ou seulement de manière très indirecte, entrer en contact avec lesdits centres. Dans leur cas en effet, la relation avec le centre de confiance n'est pas la conséquence d'un choix libre et conscient. À leur égard, le centre en question n'est pas compétent pour émettre un avis ou pour traiter leur situation. Toujours à titre d'exemple, on mentionnera aussi le cas du parcours d'accueil ou du parcours d'intégration des primo-arrivants. La Communauté flamande propose, depuis 2004, un parcours d'intégration (*inburgering*)²⁶, obligatoire en Flandre mais facultatif à Bruxelles, précisément en raison de l'application du principe de l'interdiction des sous-nationalités. Côté francophone, la Commission communautaire française adoptera, le 18 juillet 2013, un décret relatif au parcours d'accueil pour primo-arrivants²⁷, à portée facultative, alors que le parcours d'intégration devint obligatoire en région unilingue de langue française²⁸. Pour satisfaire la volonté politique convergente de rendre le parcours obligatoire, le principe d'interdiction des sous-nationalités implique qu'il faut une intervention de la COCOM ; elle adoptera le 11 mai 2017 une ordonnance rendant obligatoire ce parcours. La section de législation rappellera à cet égard, dans l'avis relatif à l'ordonnance, qu'« [il] découle de ce qui précède que la COCOM, en ce qui concerne la réglementation à l'examen, est compétente pour octroyer des droits et imposer des obligations à des primo-arrivants et, dans ce cadre, pour imposer des obligations aux communes, celles-ci étant par nature bicommunautaires, ainsi qu'aux organisateurs agréés, pour autant que ceux-ci puissent être considérés comme des institutions bicommunautaires »²⁹.

avec la collaboration de H. DUMONT, « Bruxelles et l'hypothèse de la défédéralisation de la sécurité sociale », in P. CATTOIR, P. DE BRUYCKER, H. DUMONT, H. TULKENS, E. WITTE (dir.), *Autonomie, solidarité et coopération. Quelques enjeux du fédéralisme belge au XXI^e siècle*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 261.

25 Avis S.L.C.E., 27 avril 2011, n° 49.452/3, du 27 avril 2011 sur un avant-projet de décret « *tot wijziging van het decreet van 30 april 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin* ».

26 Décret de la Communauté flamande relatif à la politique flamande d'intégration civique, *M.B.*, 8 mai 2003.

27 Décret de la Commission communautaire française du 18 juillet 2013 relatif au parcours d'accueil pour primo-arrivants en Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 18 septembre 2013.

28 Décret de la Région wallonne remplaçant le livre II du Code wallon de l'Action sociale et de la Santé relatif à l'intégration des personnes étrangères ou d'origine étrangère, *M.B.*, 28 avril 2014.

29 Avis S.L.C.E., 29 septembre 2016, n° 60.034/1, sur un avant-projet d'ordonnance concernant le parcours d'accueil bruxellois des primo-arrivants, pt 4.1.2., p. 20, B.71/1.

Deuxièmement, le principe d'interdiction des sous-nationalités implique que le législateur communautaire module les conditions d'application de ses décrets à Bruxelles. Il lui reste loisible de ne rien préciser dans le texte ; dans ce cas, il revient aux Bruxellois de prendre connaissance des différents décrets communautaires, et de la doctrine constitutionnelle spécialisée, et d'opérer, en fins constitutionnalistes, la sélection entre les règles qui peuvent les concerner et celles qui ne s'appliquent pas à eux. Il est en outre des situations dans lesquelles le législateur communautaire n'opère pas de distinction entre l'application de son décret à Bruxelles ou dans la région unilingue francophone ou néerlandophone, précisément pour forcer l'application de ces règles à Bruxelles. Il est donc plus prudent, et plus respectueux des spécificités des champs d'application des décrets communautaires, de spécifier les conditions d'application des décrets communautaires à Bruxelles³⁰, tout en prenant garde de ne pas créer de discrimination en traitant de manière distincte, sans justification objective, les habitants des deux régions linguistiques³¹.

14. Revenons, avant d'aborder les problèmes soulevés par l'interdiction des sous-nationalités, sur deux illustrations fameuses de ce principe. Première illustration : l'interdiction d'assigner aux citoyens bruxellois une affiliation communautaire lorsqu'ils exercent leur droit de vote. En vertu de l'article 14, § 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989, les électeurs francophones forment un seul collège électoral. Dans le secret de l'isoloir, ils sont libres de choisir le collège électoral néerlandophone ou francophone³².

Deuxième implication : les communautés ne sont pas compétentes pour contrôler l'obligation scolaire à Bruxelles. Dans l'arrêt relatif à l'enseignement à domicile, la Cour constitutionnelle réaffirme la liberté des parents domiciliés en région bilingue de Bruxelles-Capitale quant aux modalités de respect du principe de l'obligation scolaire. À Bruxelles, ces derniers disposent de trois options. Premièrement, ils peuvent inscrire leur enfant dans une école organisée ou subventionnée par la Communauté française ou flamande, et entrer ainsi sous l'empire d'une législation d'une des deux communautés. Deuxièmement, ces parents peuvent également faire le choix d'un établissement étranger. Un

30 Xavier Delgrange considère néanmoins ces décrets comme étant problématiques au plan formel : quand le législateur communautaire spécifie lui-même le champ d'application de ses décrets à Bruxelles, « [il] est permis de se demander si les communautés peuvent faire varier la force obligatoire de leurs normes en fonction de la région linguistique dans laquelle celles-ci s'appliquent » dès lors que c'est « le constituant lui-même qui a déterminé le champ d'application des décrets en fonction des régions linguistiques » : voy. X. DELGRANGE, avec la collaboration de H. DUMONT, « Bruxelles et l'hypothèse de la défédéralisation de la sécurité sociale », *op. cit.*, p. 253. L'auteur évoque à l'appui de cette thèse l'opinion de Francis Delpérée et de Sébastien Depré (in *Le système institutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1998, n° 173, p. 159 et note 1). On se rappelle également que de la Cour, dans un arrêt du 11 décembre 1996, a rappelé que si les critères d'application des normes des communautés peuvent être choisis par ces dernières, ces critères restent soumis au contrôle de la Cour, qui doit veiller à ce qu'ils ne violent pas la répartition des compétences matérielle et territoriale (C.A., arrêt n° 72/96 du 11 décembre 1996, B.7.2.).

31 *Ibid.*

32 B. RENAULD, « Le Conseil et le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et la Commission communautaire commune », *A.P.*, 2002, p. 138.

tel établissement peut être reconnu par une communauté – auquel cas ils se verront appliquer les décrets de ladite communauté – ou pas. Dans ce dernier cas, c'est la collectivité fédérale qui sera compétente, et ils seront soumis au régime des droits et des obligations qui découle de cette législation. Enfin, ces parents peuvent faire le choix d'un enseignement à domicile ou d'une école privée ; dans ce dernier cas, leur situation sera également rattachée à la législation fédérale.

3. Les avantages du principe d'interdiction des sous-nationalités

15. Le principe d'interdiction des sous-nationalités implique de grands bénéfices.

Premièrement, il permet de préserver le principe de la liberté individuelle, quand le libéralisme – politique – est une des grandes idées de droit de la Constitution belge.

Deuxièmement, le principe d'interdiction des sous-nationalités autorise la création d'un espace interculturel et intercommunautaire, qui échappe aux discriminations que peuvent engendrer des situations d'apartheid. Ce principe est animé d'une logique de multi-appartenance, de promotion de la diversité culturelle ; il postule ainsi l'exclusion de politiques de « clôture culturelle » reposant sur la promotion d'une sous-nationalité ou d'une identité culturelle particulière. À condition d'être combiné avec un principe plus large d'égalité et de non-discrimination en matière linguistique et culturelle, qui doit viser les locuteurs d'autres langues parlées par les autres communautés à Bruxelles, le principe d'interdiction des sous-nationalités rend possible la participation de tous à la diversité culturelle, à une forme de cosmopolitisme « à la bruxelloise », où se brassent les différentes expressions et patrimoines culturels. Ce principe, accompagné d'un respect et d'une protection des autres communautés culturelles et linguistiques, contribue à la protection et à la promotion d'une diversité et d'un métissage qui caractérisent Bruxelles.

Troisièmement, le principe d'interdiction des sous-nationalités protège le droit de l'ensemble des Bruxellois de passer d'un environnement linguistique à un autre, d'un « bain linguistique » à l'autre, et, ainsi de participer à la vie publique, politique et économique dans deux langues – le français et le néerlandais –, qui restent, à Bruxelles, les langues véhiculaires et déterminantes dans les secteurs publics, et, en bonne partie, dans le secteur privé.

On pourrait reprocher à ce projet d'être élitiste, voire discriminatoire, particulièrement si on l'envisage dans le domaine de l'enseignement. Ce serait faire fi de plusieurs données dégagées par la sociolinguistique. Premièrement, le plurilinguisme n'est pas l'apanage des classes sociales dominantes. Au contraire même, en Belgique, il s'agit surtout d'une pratique des classes populaires. Tout projet politique poursuivant un objectif de plurilinguisme n'est

donc pas en soi discriminatoire ; il le devient si, dans son *design*, il réserve l'accès et le bénéfice du plurilinguisme à une catégorie de bénéficiaires déjà favorisés, s'il fait fi de différences objectives existants entre les individus ou s'il laisse sans régulation les réseaux se concurrencer (la concurrence entre réseaux communautaires s'ajoutant alors à la concurrence existante entre réseaux idéologiques). Deuxièmement, depuis les années 1960, on sait que le plurilinguisme ne nuit pas à ceux qui n'ont pas la maîtrise du « métalangage » dans leur langue maternelle, ou dans l'une des langues parlées à la maison ; au contraire même, il peut être un vecteur d'amélioration³³. Troisièmement, les statistiques de la Vlaamse Gemeenschap Commissie montrent une augmentation constante du nombre de parents locuteurs d'une autre langue que le français et le néerlandais et de parents qui parlent, à la maison, le français et une langue autre que le néerlandais. Depuis la période 2005-2006, ce groupe réunissant les locuteurs de langues étrangères au français et au néerlandais ou ceux qui parlent une langue étrangère et le français, est le groupe le plus représenté dans l'enseignement maternel et primaire flamand à Bruxelles (plus de 4000 élèves en primaire et en maternelle)³⁴ ; il devance le groupe constitué d'élèves dont le français était la seule langue maternelle, groupe qui était le plus important en chiffres absolus depuis le début des années 1990 pour l'enseignement maternel flamand, et depuis le début des années 2000 pour l'enseignement primaire. Ces chiffres montrent que le modèle de l'interdiction des sous-nationalités ne freine pas particulièrement les familles, d'origine immigrée, qui, dans leur grande majorité, parlent à la maison une langue étrangère *et* le français³⁵, et qui posent le choix d'un enseignement néerlandophone. Néanmoins, ces chiffres ne nous disent rien de l'éventualité de discriminations fondées sur l'origine socioculturelle ou socioéconomique des élèves, qui seraient sous représentés dans l'enseignement néerlandophone (malgré la politique d'égalité des chances), et surreprésentés dans l'enseignement francophone. En effet, à notre connaissance, il n'existe pas d'études statistiques qui croiserait les critères de l'origine socioculturelle ou socioéconomique, de la maîtrise d'une ou des langues et de la fréquentation d'un établissement scolaire francophone ou néerlandophone.

33 Voy. sur la question du métalangage et de l'accès à ce métalangage : A.-S. ROMAINVILLE, *Les faces cachées de la langue scolaire. Transmission de la culture écrite et inégalités scolaires*, Paris, La Dispute, 2019.

34 https://www.vgc.be/sites/www.vgc.be/files/download/tfb_oa_ondervijs_en_vorming.pdf. Les chiffres s'arrêtent en 2011. On ne connaît donc pas encore l'impact des décrets flamands qui ont restreint les conditions d'accès à l'enseignement néerlandophone sur ces familles.

35 On estime que plus de la moitié des Bruxellois ont grandi avec le français : BRIO-baromètre linguistique 4 : *Les langues de Bruxelles*, <https://www.briobrusel.be/node/14777>.

Voy. égal. R. JANSSENS, *Meertaligheid als opdracht. Een analyse van de Brusselse taalsituatie op basis van taalbarometer 4*, Brussel, BRIO, VUBPRESS, 2018.

4. Les problèmes soulevés, révélés ou engendrés par le principe d'interdiction des sous-nationalités

16. Si les avantages impliqués par ce principe restent nombreux, on ne peut passer sous silence les problèmes *posés*, ou *révélés*, par cette règle, en ce compris les *obstacles* qu'elle suscite à la mise en œuvre de projets politiques reposant sur une conception très extensive des compétences communautaires (conception qui nous paraît par ailleurs problématique).

17. Premièrement, le principe d'interdiction des sous-nationalités implique que la mission d'élaborer les politiques s'adressant directement aux Bruxellois, portant création de régimes de droits et d'obligations, revient à la Commission communautaire commune, pour les matières personnalisables, ou à l'État fédéral, pour les matières culturelles et éducatives. Si l'on pousse la logique du principe de sous-nationalité jusqu'au bout, on peut même se demander si ces deux collectivités ne doivent pas être considérées comme dans l'obligation de développer une offre en matière bicommunautaire, pour garantir une liberté totale aux individus de ne pas se voir contraindre de choisir une institution unicommunautaire.

Or, le peu d'empressement exprimé par ces deux collectivités à assumer leurs missions bicommunautaires est connu de longue date.

En ce qui concerne la Commission communautaire commune, compétente pour élaborer des règles législatives réglant le bipersonnalisable, on peut déjà relever son extrême lenteur à agir en matière d'aide à la jeunesse ; l'ordonnance réglant la matière ne sera adoptée que le 29 avril 2004, soit plus de dix ans après le décret du 4 mars 1991 de la Communauté française. Quant à l'accord de coopération, qui permet l'exécution des mesures prévues dans l'ordonnance, il n'a été adopté que le 11 mai 2007. Pendant toute cette période, les mineurs en danger, qui devaient faire l'objet de mesures contraignantes, étaient confrontés à un vide juridique abyssal. Dans le dossier tout aussi délicat de l'accueil de la petite enfance, dont on sait l'importance pour l'accompagnement de la démographie bruxelloise (et en particulier pour l'émancipation des jeunes mères), il a fallu attendre le 23 mars 2017 pour que la Commission communautaire commune s'empare du dossier, à la suite d'un drame dans une crèche bicommunautaire non encadrée par le droit en l'absence d'action normative de la COCOM³⁶. Cette institution est pourtant la seule compétente à l'égard des crèches organisées par des institutions qui ne peuvent être considérées comme étant unicommunautaires, telles que les CPAS, les communes, ou encore le secteur privé, non désireux d'une affiliation communautaire. L'ordonnance adoptée le 23 mai 2017 impose – enfin – un certain nombre de critères pour

36 Ordonnance du 23 mars 2017 portant organisation des milieux d'accueil pour enfants, *M.B.*, 13 avril 2017.

obtenir une autorisation préalable d'organiser une crèche bicommunautaire sur le territoire bruxellois, avec pour objectif de mettre fin aux crèches irrégulières. Mais cette ordonnance ne constitue pas une véritable politique d'accueil, n'envisage pas davantage le financement nécessaire des milieux d'accueil pour accompagner la démographie bruxelloise³⁷, et, surtout, n'a jusqu'ici pas été exécutée (voyez *infra*).

Quant à l'État fédéral, on ne peut que constater son incurie pour les matières biéducatives. En matière d'enseignement bilingue, l'État fédéral reste en défaut d'organiser un tel réseau³⁸. Dans les matières biculturelles, on peut se limiter à relever que la protection des biens culturels, qui ne peuvent être rattachés à un immeuble, continuent de relever de l'empire de la loi du 16 mai 1960 relative au patrimoine culturel mobilier de la Nation, qui n'a jamais reçu de la part du Roi l'exécution qu'elle appelait^{39,40}.

Dans ces cas de lacunes dans des domaines parfois très sensibles, – on pense en particulier aux crèches et à la protection de la jeunesse – dans lesquels des politiques publiques s'avèrent urgentes et nécessaires, les communautés⁴¹ pourraient-elles, d'une manière ou d'une autre, remédier à l'inaction de la Commission communautaire commune ou de l'État fédéral ? La Cour constitutionnelle, dans l'arrêt commenté relatif à l'obligation scolaire, a exclu tout empiètement par la Communauté française sur les compétences de l'État fédéral. La question de l'inaction patente de l'État fédéral se posait en toile de fond de l'arrêt rendu⁴².

La section de législation du Conseil d'État a catégoriquement répondu par la négative à cette question, dans le domaine de la maltraitance infantile. Dans un avis n° 52.442/3, du 8 janvier 2013, la section de législation estime que l'article 10 de la LSRI ne peut être mobilisé pour justifier un tel empiètement de compétence. « [...] *Dat de grondwettelijk bevoegde instantie – de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie – nog niet is opgetreden op het betrokken terrein, zoals door de gemachtigde wordt aangevoerd, laat de Vlaamse Gemeenschap niet de mogelijkheid om daartoe op grond van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 Augustus 1980 op te treden, nu het een aange-*

37 Voy. *infra* sur la forme de sous-nationalité que l'inexécution de l'ordonnance implique.

38 Voy. pour un argumentaire sur la nécessité d'un enseignement bilingue à Bruxelles : <http://www.marnixplan.org/BRUXELLES-MULTILINGUE>.

39 Voy. H. DUMONT, « Les matières communautaires à Bruxelles du point de vue francophone », in *Het statuut van Brussel – Bruxelles et son statut*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 557 à 594.

Voy. égal. pour les biens meubles culturels : C. ROMAINVILLE, « Le droit bruxellois de la culture », *op. cit.*, pp. 1566-1567.

40 Voy. F. RIGAUD, « Le patrimoine culturel : répartition des compétences et conflits de loi », *R.B.D.C.*, 1994, pp. 63 et s. ; M. QUINTIN, « Patrimoine culturel immobilier et mobilier », in B. LOMBAERT, D. YERNAULT, P.-O. DE BROUX (dir.), *Le droit bruxellois. Un bilan après vingt-cinq ans d'application*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 676 ; B. GORS, « Le palais Stoclet ou la compétence relative à la protection des biens culturels mobiliers culturels en Région bruxelloise », *Rev. Dr. ULg*, 2007, pp. 79 à 98 ; C. ROMAINVILLE, « Le droit bruxellois de la culture », *op. cit.*, pp. 1566-1567.

41 Nous envisagerons dans une deuxième section la question de l'investissement par la Région de Bruxelles-Capitale des compétences communautaires.

42 C.C., arrêt n° 107/2009 du 9 juillet 2009.

legenheid betreft die deel uitmaakt van de kern van de bevoegdheden van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, en het bijgevolg niet gaat om een louter accessoir aspect van de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap. Meer fundamenteel kan bovendien worden opgemerkt dat de regel dat de gemeenschappen wat betreft de persoonsgebonden aangelegenheden te Brussel-Hoofdstad slechts bevoegd zijn ten aanzien van instellingen die omwille van hun organisatie uitsluitend tot de desbetreffende gemeenschap behoren, en door middel van die instellingen ten aanzien van personen die zich ertoe vrijwillig richten, een fundamentele optie is van de grondwetgever zelf, waaraan door middel van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 Augustus 1980 niet kan worden geraakt »⁴³.

18. Une deuxième problématique soulevée par l'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles est que ce principe rend impossible, ou très difficile, l'exercice de certaines compétences communautaires et le développement de certaines politiques fondées sur une certaine conception des matières communautaires.

D'abord, on sait que la source de la grande complexité d'une mise en œuvre du pouvoir fiscal des Communautés française et flamande gît dans cette règle. L'article 170, § 2, confère un pouvoir fiscal aux communautés, mais dès lors qu'il est impossible de déterminer les Bruxellois qui seront les destinataires exclusifs des impôts sans créer une forme de sous-nationalité, il reste extrêmement compliqué, voire impossible, pour ces communautés de lever un impôt sans violer les règles du consentement à l'impôt et de l'égalité en matière fiscale⁴⁴.

Ensuite, le principe rend difficile certains transferts de compétences au profit des communautés, ce qui peut représenter un problème aux yeux de certains acteurs politiques⁴⁵.

Enfin, l'interdiction des sous-nationalités rend complexe l'appréhension du nombre et des caractéristiques des destinataires des politiques éducatives, culturelles ou personnalisables. Cette complexité est multifactorielle. En effet, la difficulté de déterminer les destinataires des politiques communautaires est aussi alimentée par des éléments comme les déménagements intra-francophones, l'installation en Région bruxelloise de primo-arrivants ou encore plus fondamentalement l'existence de plusieurs réseaux « idéologiques ». Cette complexité implique que les communautés ne peuvent connaître, en matière

⁴³ Avis n° 52.442/3, du 8 janvier 2013, section de législation du Conseil d'État, sur un avant-projet de loi « houdende diverse bepalingen betreffende het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin » n° 52.442/3, p. 6. Voy. égal., très similaire : avis n° 52.548/3 du 24 janvier 2013, sur un avant-projet de décret « betreffende de integrale jeugdhulp », pp. 12 et s.

⁴⁴ On notera toutefois que certains auteurs suggèrent quelques pistes à ce sujet : voy. B. LOMBAERT, « Article 170 », *R.B.D.C.*, 2006, n° 3, pp. 257 et s. ; J.-C. SCHOLSEM, « Les compétences fiscales et financières des collectivités de l'espace Wallonie-Bruxelles », *C.D.P.K.*, 2008, n° 1, pp. 280-283.

⁴⁵ Voy. sur ceci H. DUMONT et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles », *op. cit.*, p. 214.

d'éducation, le nombre d'écoliers ressortissant de leur enseignement vu le principe de liberté, de réversibilité et de non-exclusivité⁴⁶. Ceci peut entraver leur capacité de piloter des politiques éducatives à l'échelon régional. Plus largement, l'inexistence de statistiques fiables et comparables⁴⁷ concernant la population scolaire bruxelloise, prise dans son ensemble, l'absence de coopération entre les autorités et les réseaux en charge des politiques éducatives, voire la concurrence qui s'y joue, font obstacle à la mise en place d'une politique de lutte contre les discriminations dans l'enseignement bruxellois, alors que l'on sait qu'une telle politique est cruciale.

19. Une troisième problématique soulevée par l'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles est la rupture qu'elle peut impliquer entre représentation dans l'élaboration des politiques publiques et destination des politiques publiques⁴⁸.

En matière d'enseignement, on sait que les écoles néerlandophones et les établissements culturels néerlandophones (centres communautaires...) connaissent un succès croissant et scolarisent un nombre toujours plus élevé d'enfants. L'enseignement néerlandophone à Bruxelles scolarise 21 % des élèves dans l'enseignement maternel, 18 % dans le primaire, 15 % dans le secondaire : un chiffre bien plus élevé que les – estimés – 5,4 % de néerlandophones⁴⁹. Parmi les familles francophones (ou dont une des langues est le français) qui font le choix de l'enseignement néerlandophone, on peut s'interroger sur la proportion de parents qui vont opter, dans l'isolement, pour un rattachement au collège électoral néerlandophone, et qui est donc effectivement représentée dans l'assemblée législative de la Communauté flamande (le Parlement flamand). Dans une étude réalisée sur les élections de 2003, on supposait cependant un certain nombre de votes transcommunautaires⁵⁰. En 2010, à Bruxelles, les partis flamands dépassent 40 % des suffrages (la NVA et le Vlaamse Belang réalisant une percée majeure), et attirent ainsi un grand

46 H. DUMONT, « Les leçons constitutionnelles d'une crise politique inédite en Belgique dans cinq de ses collectivités politiques fédérées », *R.B.D.C.*, 2018, 1, p. 181, citant les travaux de L. LOSSEAU.

47 Pour prendre un exemple, si l'on veut envisager les inégalités socio-économiques et socio-culturelles dans l'enseignement sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale, il faut comparer l'indice socio-économique (ISE) de la Communauté française (basé sur la moyenne des impôts payés dans le quartier) et les chiffres de la politique pour l'égalité des chances dans l'enseignement de la Communauté flamande (fondés sur des facteurs divers, comme l'absence de diplôme de la mère, le bénéfice d'allocations sociales etc.). Or, ces chiffres ne renvoient pas aux mêmes réalités, si bien qu'une image précise de la population scolaire à Bruxelles et des discriminations dans l'enseignement reste très difficile à établir.

48 H. DUMONT, « Les leçons constitutionnelles d'une crise politique inédite en Belgique dans cinq de ses collectivités politiques fédérées », *op. cit.*, p. 181.

49 Voy. P. VAN PARUS, *Belgium, une utopie pour notre temps*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, Transversales, citant les travaux de JANSSENS et al., 2016, p. 1.

50 Une analyse d'Andreea ZAMFIRA, réalisée à partir des statistiques *ISPO*, *K.U.Leuven*, *PIOP* et *U.C.Louvain*, *General Election Study Belgium* de 2003 constate que « le score des formations francophones est inférieur au poids de la population locutrice du français », que donc « à Bruxelles, les partis néerlandophones accrochent des votes trans-communautaires ». L'auteure nuance néanmoins, admettant que « [l']exactitude du constat dépend évidemment des marges des estimations quant à la composition linguistique de la population bruxelloise ». Voy. « Les élections législatives fédérales en Belgique et leur étude : Un regard extérieur », p. 2. (<http://www.absp.be/wp-content/uploads/2015/04/zamfirapdf-88c9e.pdf>).

nombre de votes transcommunautaires. Pour les élections de 2014, on comptabilise 86 % des votes pour des partis francophones, un peu plus de 10 % de votes exprimés pour des partis flamands (PTB-PVDA-GO, liste bilingue, obtenant 3,84 % des suffrages). Ce chiffre de 10 %, supérieur aux 4 ou 5 % de flamands bruxellois estimés, laisse supposer un certain nombre de votes « transcommunautaires ». Il peut en partie s'expliquer par un contexte électoral particulier : la crainte de voir le Vlaamse Belang confirmer, voire augmenter, son score de 2010⁵¹.

La diversification des affiliations communautaires est peut-être moins présente dans les matières personnalisables ; néanmoins on ne peut pas exclure qu'un certain nombre de citoyens bruxellois multiplie les affiliations communautaires, et n'est donc pas représenté dans l'élaboration de certaines politiques publiques auxquelles il décide de se rallier.

Dans les matières culturelles, le métissage des affiliations communautaires est sans doute encore plus prononcé. D'après les études relatives à la participation culturelle menées sur le territoire bruxellois, il y a en effet une surreprésentation en Région de Bruxelles-Capitale des groupes de personnes se démarquant par un grand éclectisme dans leur participation culturelle (les « voraces culturels »⁵²), ainsi qu'une surreprésentation des profils de « connectés », des « amateurs modernes » et des « classiques ». Or, les « omnivores » culturels présentent la caractéristique de métisser leurs choix culturels, leur participation culturelle, souvent au-delà des questions de langue ou d'affiliation communautaire. On doit aussi constater que c'est aussi à Bruxelles que l'on retrouve le plus de désengagés culturels (qui ne participent à l'offre ni de la Communauté française ni de la Communauté flamande). Parmi ceux qui participent à la vie culturelle, une partie substantielle est qualifiée par la littérature sociologique d'« omnivores » ou de « voraces culturels » : ceux-ci se caractérisent par des parcours culturels très riches, éclectiques. Même si l'on ne dispose pas de chiffres précis, on peut raisonnablement présumer une grande fluidité des parcours culturels de ces Bruxellois et de leurs affiliations communautaires les incitant, sur une même période, à fréquenter des institutions francophones ou néerlandophones. Mais au-delà de cette position de consommateur culturel dissonant sur le plan de son rattachement communautaire, les Bruxellois peuvent aussi être acteurs de différentes politiques culturelles, tantôt flamandes, tantôt francophones. Ainsi, le citoyen francophone qui participe à la gestion d'un centre communautaire flamand, voire y effectue

51 Voy. not. l'opinion de Philippe Van Parijs publiée à quelques jours des élections de 2014, « Quatre raisons pour les francophones de voter néerlandophone » (<https://www.lalibre.be/debats/opinions/bruxelles-quatre-raisons-pour-les-francophones-de-voter-neerlandophone-537df03c35704f05d699c5a7>).

52 L. CALLIER et L. HANQUINET, « Étude approfondie des pratiques et consommation culturelles de la population en fédération Wallonie-Bruxelles », *Études*, Publication de l'Observatoire des politiques culturelles de la Communauté française de Belgique, n° 1, novembre 2012, p. 25. (http://www.opc.cfwb.be/index.php?elD=tx_nawsecured&u=0&g=0&hash=b2dfbe0d8587292a8884e417cfcee26338862aaa&file=fileadmin/sites/opc/upload/opc_super_editor/opc_editor/documents/pdf/Etudes_N1.pdf).

du bénévolat, mais qui a opté pour un enseignement francophone pour ses enfants, s'il a opté pour le collège électoral francophone, n'est pas représenté dans l'élaboration des politiques culturelles dont il est un des destinataires, voire un des acteurs. Ainsi, le Bruxellois flamand qui participe aux activités culturelles, voire aux instances participatives organisées dans certaines institutions culturelles francophones mais qui décide d'opter pour le collège électoral néerlandophone dans l'isoloir, « subit » des politiques à l'élaboration desquelles il ne participe pas.

En bref, le principe même de l'interdiction des sous-nationalités, dès lors qu'il postule une forme de multi-appartenance, bouleverse, dans son principe même, le principe d'affiliation d'un individu à une collectivité politique. Il rend donc plus incertaine la représentation de certains destinataires des politiques publiques. En effet, les individus qui entendent déployer leur liberté d'affiliation en multipliant et en métissant les appartenances communautaires, posent le choix de ne pas être représentés dans les enceintes parlementaires où sont élaborées les règles législatives concernant les politiques publiques dont ils sont destinataires.

20. Quatrième problématique, intimement liée à la précédente : l'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles représente un obstacle à la révision de certains aspects du régime parlementaire, qui font pourtant l'objet de débats. D'abord, l'interdiction des sous-nationalités paraît empêcher d'introduire un droit de dissolution pour les parlements des collectivités fédérées⁵³. Ensuite, ce principe représente aussi un obstacle à la mise en œuvre du principe de concordance des scrutins, établi à l'article 118, § 2, alinéa 4, de la Constitution – à propos duquel on remarquera que la mise en œuvre reste très hypothétique pour d'autres raisons que celles liées uniquement à l'impossibilité de créer deux collèges électoraux à Bruxelles.

5. *L'érosion du principe*

21. On doit constater, dans un certain nombre de domaines, une érosion de la règle de l'interdiction des sous-nationalités, partiellement imputable aux problèmes que l'on vient d'évoquer. Selon Hugues Dumont et Sébastien Van Drooghenbroeck, deux cas de régimes de sous-nationalités peuvent être identifiés, en matière électorale et en matière d'aide à la jeunesse. Nous prolongerons leurs questionnements sur de nouveaux contournements de la règle, en matière de milieux d'accueil ainsi qu'en matière de conditionnalité d'accès dans l'enseignement flamand.

53 M. EL BERHOUMI et C. ROMAINVILLE, « Le parlementarisme rationalisé des entités fédérées : vecteur d'instabilité », *R.B.D.C.*, 2018, vol. 1, pp. 13-49.

5.1. Les sous-nationalités en matière électorale

22. Premièrement, il existe un régime de sous-nationalité en matière électorale. Il se déduit des articles 17, § 1^{er}, et 17, § 5, de la Loi spéciale relative aux institutions bruxelloises que chaque candidat doit, à Bruxelles, poser une déclaration d'appartenance à un groupe linguistique préalablement à son inscription sur les listes des candidats. Cette déclaration est définitive et irrévocable. Elle dépend de sa carte d'identité, mais aussi de l'appartenance communautaire de ceux qui « parrainent sa candidature »⁵⁴. Cette règle, décrite par la doctrine⁵⁵, constitue assurément un régime de sous-nationalité, dès lors que l'affiliation communautaire n'est pas réversible et est exclusive. Un tel système n'existe pas, par contre, pour les électeurs. Ces derniers, à Bruxelles, sont libres d'opter pour le collège électoral néerlandophone ou francophone, sans devoir justifier d'aucune appartenance particulière⁵⁶.

5.2. Les sous-nationalités dans les cas du renvoi par la COCOM aux services uncommunautaires

23. Le principe d'interdiction des sous-nationalités se trouve érodé dans les cas où la COCOM se contente d'un renvoi vers les commissions uncommunautaires pour l'exécution de ses règles, dès lors que sont alors déterminés des critères de rattachement à l'une ou à l'autre commission communautaire ; ces critères se rapprochent irrésistiblement de ceux d'une sous-nationalité.

24. En ce qui concerne l'aide à la jeunesse, et plus particulièrement les mesures contraignantes dans ce domaine, l'interdiction des sous-nationalités est considérablement nuancée par ce renvoi aux commissions uncommunautaires. Lorsqu'en 2004, la COCOM se décide à agir en la matière, elle se dote d'une législation propre en ce qui concerne l'aide à la jeunesse et non d'une législation par référence⁵⁷. L'ordonnance s'inscrit dans la logique du « plus petit dénominateur commun », et consacre l'idée d'un principe de « subsidiarité » de l'intervention judiciaire contraignante par rapport à l'aide à la jeunesse volontaire, assurée par les communautés. Lorsque l'aide à la jeunesse

54 Voy. H. DUMONT et S. VAN DROOGENBROECK, « L'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles », *op. cit.*, p. 215 ; H. DUMONT et X. DELGRANGE, « L'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles », *A.P.*, 2011, pp. 215 et 216.

55 M. VERDUSSEN, « L'élection régionale et ses préliminaires », in *La Région de Bruxelles-Capitale*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 130-131. Voy. égal. pour une critique renouvelée de cette sous-nationalité électorale et des pistes de solution : P. VAN PARIJS, *Belgium, une utopie pour notre temps*, *op. cit.*

56 B. RENAULT, « Le Conseil et le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et la Commission communautaire commune », *op. cit.*, p. 138.

57 Voy. Ordonnance du 29 avril 2004 de la Commission communautaire de la Région de Bruxelles-Capitale relative à l'aide à la jeunesse (M.B., 1^{er} juin 2004). Voy. pour les antécédents de cette ordonnance : S. VANOMMESLAEGHE et S. HUBLEAU, « Genèse d'une jeunesse. La protection de la jeunesse à Bruxelles comme illustration de la complexité institutionnelle », in B. LOMBAERT, D. YERNAULT, P.-O. DE BROUX (dir.), *Le droit bruxellois. Un bilan après vingt-cinq ans d'application*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 1478.

devient contraignante (parce que l'aide volontaire n'a pas été acceptée, respectée ou mise en œuvre), l'ordonnance prévoit que ce sont toujours les structures uncommunautaires francophones ou flamandes qui exécutent la législation, en accueillant les jeunes en difficulté dans leurs services⁵⁸. La création d'un service bruxellois d'aide à la jeunesse, proprement bicommunautaire, n'a pas été réalisée, faute de volonté politique⁵⁹ et de financement adéquat⁶⁰.

Un accord de coopération du 11 mai 2007⁶¹ prévoit un critère de renvoi aux services – et à la réglementation – de l'une ou de l'autre communauté fondé sur la langue de la procédure⁶², ou, à titre subsidiaire, sur du « lien familial, social, culturel ou éducatif ». L'accord de coopération prévoit également que ce sont les communautés qui assument les dépenses occasionnées par la prise en charge des jeunes confiés à leurs services dans le cadre de l'ordonnance. L'accord de coopération a fait l'objet de certaines critiques de la section de législation du Conseil d'État⁶³ qui, du reste, a manifesté une grande retenue face à ce qui constitue un cas d'inconstitutionnalité manifeste.

L'ordonnance et l'accord de coopération créent en effet un régime de sous-nationalité. En principe, seule la Commission communautaire commune est compétente pour imposer des mesures contraignantes à des mineurs en difficulté. Or, ici, lesdits mineurs sont rattachés aux services de l'une ou de l'autre communauté sur la base de critères qui impliquent inévitablement la constitution d'une forme de sous-nationalité⁶⁴. En outre, le jeune Bruxellois qui doit faire l'objet de mesures contraignantes ne peut pas choisir entre les services uncommunautaires et un service bicommunautaire.

25. Ce mécanisme de relais de la Commission communautaire commune vers les communautés pour ce qui concerne l'exécution de sa réglementation a été validé dans son principe lors de la Sixième Réforme de l'État. En effet, l'article 55, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi spéciale du 6 janvier 2014 désigne expressément, pour la première fois, les services des deux grandes communautés pour exécuter les normes établies par la Commission communautaire commune⁶⁵. La section de législation du Conseil d'État a estimé que le législateur spécial peut

58 Art. 10 et 12, Ordonnance du 29 avril 2004 de la Commission communautaire de la région de Bruxelles-Capitale relative à l'aide à la jeunesse, *M.B.*, 1^{er} juin 2004.

59 Voy. S. VANOMMESLAEGHE et S. HUBLEAU, « Genèse d'une jeunesse. La protection de la jeunesse à Bruxelles comme illustration de la complexité institutionnelle », *op. cit.*, p. 1479.

60 H. DUMONT et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles », *op. cit.*, p. 217.

61 Ordonnance du 5 juin 2008 portant assentiment à l'accord de coopération entre la Communauté française, la Communauté flamande et la Commission communautaire commune relatif à l'aide à la jeunesse.

62 À l'invitation très prudente de la section de législation du Conseil d'État. Avis du Conseil d'État n° 35.921/3, *Doc.*, Ass. réun. *Comm. comm.*, 2003-2004, B-133/1, pp. 20-21.

63 Voy. avis n°43.428/2/V donné le 14 août 2007.

64 Voy. H. DUMONT et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles », *op. cit.*, p. 18.

65 La disposition se lit comme suit : « Dans l'attente de la conclusion de cet accord de coopération, les services compétents en matière de politique des handicapés des Communautés française et flamande octroient les aides à la mobilité visées à l'article 5, § 1^{er}, II, 4^o, de la loi spéciale aux personnes qui s'adressent à eux à cet effet. Les aides ainsi octroyées conformément aux règles établies par la Commission communautaire commune sont à charge de cette dernière. Chaque communauté adresse mensuel-

procéder de la sorte sans violer l'article 135 de la Constitution, dès lors que si la compétence normative ne peut revenir qu'à la Commission communautaire commune, la compétence d'exécution des ordonnances de ladite Commission peut être du ressort des services des communautés⁶⁶. Ce « fédéralisme d'exécution » paraît néanmoins difficilement compatible avec le principe de verticalité, même s'il ne paraît pas interdit à la lecture de l'article 135 et de l'article 136, alinéa 1 de la Constitution. Un tel dispositif peut s'avérer critiquable au regard de l'interdiction de toute forme de sous-nationalité, dans les cas où le rattachement à l'un des deux services n'est pas entièrement libre ; il entame encore plus avant la substance du droit à ne pas s'affilier à l'une des deux communautés.

26. Ces conséquences apparaissent clairement en matière d'accueil de la petite enfance. Il s'agit de la situation engendrée par l'absence d'exécution de l'ordonnance du 23 mars 2017 de la Commission communautaire relative aux milieux d'accueil⁶⁷. Rappelons que la COCOM, dans cette ordonnance, soumet toute création d'une crèche bicommunautaire à l'autorisation préalable du Collège réuni, sur la base de critères établis par ce dernier. En l'absence d'arrêté d'exécution de l'ordonnance précisant les critères d'autorisation, qui doit être adopté par le Collège réuni – et en l'absence d'accord de coopération –, aucune autorisation n'a été délivrée. Dès lors, il est interdit d'organiser une crèche bicommunautaire à Bruxelles. Ne subsiste donc plus qu'une seule solution pour les milieux d'accueil, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 mars 2017 : être reconnus et agréés par les deux organismes compétents des deux communautés. La non-exécution de l'ordonnance conduit donc à interdire l'existence de milieux d'accueil bicommunautaires au plan de leur organisation. Ceci implique d'imposer à l'ensemble des structures d'accueil de la petite enfance une affiliation à l'une des deux communautés, plus précisément à leurs organismes compétents en la matière, *Kind & Gezin* ou *l'ONE*, pour pouvoir exercer leurs activités. Ainsi, les crèches communales sont-elles agréées et autorisées par l'un de ces deux organismes. Cette entorse au principe d'interdiction des sous-nationalités doit cependant être relativisée, dès lors qu'elle n'implique pas de conséquence directe pour les Bruxellois, mais uniquement en termes d'organisation de structures.

lement un décompte des aides octroyées à la Commission communautaire commune, qui lui verse les moyens correspondants dans les soixante jours de la notification de ce décompte ».

⁶⁶ Voy. avis n° 53.932/AG donné le 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2232/3 ; pp. 22-23 ; J. VELAERS, « Bruxelles dans la Sixième réforme de l'État », *A.P.T.*, 2014, p. 187.

⁶⁷ Ordonnance du 23 mars 2017 portant organisation des milieux d'accueil pour enfants, *M.B.*, 13 avril 2017.

5.3. Les sous-nationalités dans la protection sociale

27. La fameuse saga de l'assurance soins flamande⁶⁸, et plus largement le développement d'un système de protection sociale flamande, constitue une autre source d'érosion du principe d'interdiction des sous-nationalités, qui comporte des conséquences potentiellement plus problématiques pour les individus. Dans le régime de l'assurance-soins développé par le législateur décentralisé flamand, fondé sur une certaine lecture de la catégorie des matières personnalisables⁶⁹, toute personne domiciliée dans la région de langue néerlandaise doit s'affilier à une caisse d'assurance soins agréée. En l'absence de choix posé par l'individu pour une caisse d'assurances, il y a affiliation automatique de ce dernier à la caisse établie par le Fonds flamand d'assurance soins. Pour la Région de Bruxelles-Capitale, le décret prévoit uniquement une possibilité d'affiliation *volontaire* à une caisse. Saisie d'un recours en annulation du décret flamand par la Communauté française, la Cour constitutionnelle est amenée à se prononcer sur la compatibilité du décret avec le principe d'interdiction des sous-nationalités. Selon Xavier Delgrange, ledit principe est en l'espèce violé, dès lors que le dispositif a comme destinataires primaires les individus, puisqu'il leur ouvre directement un droit, via l'affiliation à l'une de ces caisses⁷⁰. La Cour réfute cet argument, considérant que « les dispositions du décret s'appliquent obligatoirement aux caisses établies dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale qui répondent à la définition donnée à l'article 128, § 2, de la Constitution mais [...] les obligations qui incombent aux personnes domiciliées dans cette région auront pour cause leur décision libre de s'affilier à une telle caisse et qu'elles ne seront tenues de les respecter qu'aussi longtemps qu'elles resteront affiliées ». En conséquence, « [le] décret attaqué ne peut donc être considéré comme imposant des règles de droit à des personnes ayant leur domicile dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale »⁷¹.

Un décret du 18 mai 2001 était venu moduler l'application de cette assurance soins en Région de Bruxelles-Capitale, en soumettant l'affiliation des Bruxellois aux caisses de soins à des conditions supplémentaires, qui pouvaient être déterminées par l'exécutif flamand. La section de législation avait considéré que le dispositif n'impliquait pas, en soi, de discrimination des Bruxellois, dès lors que la différence de traitement entre les habitants des Régions flamande et bruxelloise s'expliquait par la différence de régime, obligatoire

68 On renvoie, pour un approfondissement de cette saga, aux contributions relatives aux compétences concurrentes et au droit européen et international.

69 Lecture contestée, et contestable. Voy. X. DELGRANGE, avec la collaboration de H. DUMONT, « Bruxelles et l'hypothèse de la défédéralisation de la sécurité sociale », *op. cit.*, p. 255, et pp. 238-255 ; X. DELGRANGE, « La Cour d'arbitrage momifie la compétence fédérale en matière de sécurité sociale, obs. sous C.A., arrêt n° 33/2001 du 13 mars 2001 », *R.B.D.C.*, 2001, 2, pp. 216-240.

70 Voy. X. DELGRANGE, avec la collaboration de H. DUMONT, « Bruxelles et l'hypothèse de la défédéralisation de la sécurité sociale », *op. cit.*, pp. 235-264 ; « La défédéralisation de la sécurité sociale, en quête de cohérence ou saut dans l'inconnu ? », *A.P.*, 2013/1, pp. 1-15.

71 C.C., arrêt n° 33/2001 du 13 mars 2001, B.4.3. et B.4.4.

pour les premiers et facultative pour les seconds, et par la nécessité d'avoir un régime finançable sur le long terme⁷².

Ensuite, la *zorgverzekering* a rapidement été intégrée dans une politique plus large, la *Vlaamse sociale bescherming*, qui prolonge et amplifie le mécanisme validé par la Cour constitutionnelle lors des examens des décrets flamands organisant l'assurance soins. Le décret du 13 juillet 2012 relatif à la « protection sociale flamande » développait, au-delà de l'assurance soins, deux dispositifs : la « prime pour les jeunes enfants » et le mécanisme du « maximum à facturer ». Ces trois mécanismes d'aide bénéficiaient aux Bruxellois qui décidaient librement de s'affilier à une « caisse de soins » flamande. Des conditions supplémentaires avaient été posées par le législateur flamand pour les candidats bruxellois⁷³, dans des termes particulièrement stricts, et en ne lésinant pas sur les délégations vers le Gouvernement, conditions sévèrement critiquées par la section de législation du Conseil d'État sous l'angle de l'exigence d'égalité et de non-discrimination⁷⁴. Le projet de décret d'organisation de la protection sociale flamande prévoyait que les nouveaux habitants à Bruxelles, ou les habitants ayant atteint un certain âge, devaient s'être affiliés à une caisse de soins sous l'empire du décret de 1999, endéans un délai limité, laissé en grande partie à l'appréciation du Gouvernement, pour bénéficier de la « facture maximum » et de la « prime pour jeunes enfants ». Au-delà de ce délai, une sorte de « stage d'attente » de dix ans était prévu pour les habitants bruxellois. En d'autres termes, ces personnes devaient contribuer pendant une décennie à un régime sans pouvoir bénéficier des prestations offertes par ledit régime. En outre, pour la prime « jeunes enfants », la personne devait, pour pouvoir bénéficier du paiement de la prime « avoir fait usage, en faveur de l'enfant, d'un soutien préventif aux familles de *Kind en Gezin* ou d'un soutien agréé et subsidié par *Kind en Gezin* », dont la nature était déterminée par le Gouvernement. Le Gouvernement flamand avait précisé que ce délai d'affiliation commencerait à courir après la publication au *Moniteur* du décret et de l'arrêté. Malgré tout, la

72 Avis n° 31.403/3 du 20 mars 2001, sur une proposition qui a conduit au décret du 18 mai 2001 modifiant le décret du 20 mars 1999 concernant l'organisation de l'assurance maladie (Doc., Parl. fl., 2000-2001, n° 540-2, pp. 5-18) : « 2.1. *Dat verschil in behandeling steunt op het feit dat de aansluiting voor de eerste categorie inwoners verplicht is, terwijl zij voor de laatste categorie vrijwillig is. Het komt de Raad van State voor dat het bedoelde onderscheid verantwoord kan worden, gelet op de vereisten die verband houden met de financiële haalbaarheid van het door de decreetgever opgezette stelsel* ».

73 Pour les primes à l'enfant, le dispositif était le suivant :

Art. 30, § 2 : « Sans préjudice de l'application des dispositions du paragraphe 1, l'utilisateur qui habite dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale et qui, à partir du moment où il pouvait s'affilier, ne s'est pas affilié auprès d'une caisse de soins dans un délai déterminé par le Gouvernement flamand doit, pendant au moins 10 ans avant l'ouverture du droit à l'intervention conformément au décret sur l'assurance soins, avoir été de manière ininterrompue affilié auprès d'une caisse de soins ou socialement assuré dans un autre État membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen que la Belgique.

Par dérogation au premier alinéa, la période de 10 ans est ramenée à une période de six ans avant l'ouverture du droit à l'intervention concernée pour ce qui concerne la prime pour les jeunes enfants dont question à l'article 43 et le maximum à facturer dans les soins à domicile dont question à l'article 46.

Le Gouvernement flamand fixe les autres règles relatives aux premier et deuxième alinéas. Pour l'application de la prime pour les jeunes enfants dont question à l'article 43, les exigences des premier et deuxième alinéas s'appliquent s'agissant de l'ayant droit à la prime ».

74 Avis n° 50.623/AV/3, 17 et 24 janvier 2012, A.G., sur un avant-projet de décret relatif à la protection sociale flamande, §§ 29-35, pp. 25-28.

section de législation, en assemblée générale, avait estimé qu'un tel dispositif était problématique au regard de l'interdiction des discriminations, dès lors que tout dépassement, aussi léger soit-il, d'un délai fixé par le gouvernement, avait pour conséquence drastique dix années de stage d'attente, voire l'exclusion du système de la prime pour jeunes enfants, et dès lors que des conditions d'âge étaient posées uniquement pour les candidats bruxellois⁷⁵. Le dispositif sera finalement adopté, moyennant quelques modifications mineures sur le stage d'attente⁷⁶. Le décret du 24 juin 2016 remplace le dispositif de 2012. Il organise trois piliers de la protection sociale flamande : l'assurance soins, l'allocation pour l'aide aux personnes âgées et le budget d'assistance de base pour les personnes handicapées – la « prime pour jeunes enfants » étant abandonnée dans le cadre de la protection sociale flamande. Il prévoit *mutatis mutandis* le même mécanisme pour l'affiliation des candidats bruxellois au bénéfice de la protection sociale flamande au moyen d'une importante délégation au gouvernement⁷⁷. Le décret du 24 juin 2016 ne fera plus l'objet de critiques au regard des principes d'égalité, de non-discrimination et d'interdiction des sous-nationalités, mais plutôt au regard des libertés de circulation⁷⁸. Un recours en annulation contre ce décret fut introduit sur la base de l'exigence d'égalité et de non-discrimination, mais il se fondait uniquement sur la distinction de traitement entre les Bruxellois qui n'étaient pas affiliés d'office et les habitants en région unilingue de langue flamande, qui étaient affiliés d'office à une caisse d'assurance soins. La Cour écarta rapidement l'argument, en se fondant sur les limites des compétences communautaires à Bruxelles⁷⁹. Le système mis en place concernant l'affiliation des Bruxellois reste globalement identique dans le récent décret du 18 mai 2018 relatif à la protection sociale flamande, bien que présenté différemment⁸⁰.

Le système tel qu'il est développé dans la protection sociale flamande implique que des conditions plus strictes soient posées par le législateur communautaire flamand – et le gouvernement – pour l'affiliation des Bruxellois à

75 Avis n° 50.623/AV, donné le 17 et 24 janvier 2012, sur un décret « houdende de Vlaamse sociale beschermer », p. 25, §§ 29 et s.

76 Art. 44, 2°, décret du 13 juillet 2012.

77 L'article 28, § 1^{er}, de ce décret prévoit que : « [s]ans préjudice de l'application des dispositions de l'alinéa 1^{er}, l'utilisateur qui habite dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale et qui, à partir du moment où il pouvait s'affilier, ne s'est pas affilié auprès d'une caisse d'assurance soins dans un délai déterminé par le Gouvernement flamand doit, pendant au moins 10 ans avant l'ouverture du droit à l'intervention conformément au présent décret, avoir été de manière ininterrompue affilié auprès d'une caisse d'assurance soins ou socialement assuré dans un autre État membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen que la Belgique. Le Gouvernement flamand peut adapter le délai minimal de dix ans en un délai minimal de cinq ans si cela s'inscrit dans les budgets disponibles ».

78 Avis de la section de législation du C.E., Doc. VI. R., sess. 2015-2016, n° 715/1, p. 161.

79 Voy. C.C., arrêt n° 68/2018 du 7 juin 2018, B.3.

80 L'article 41 du décret prévoit en effet que toute personne résidant dans la Région de Bruxelles-Capitale « [...] qui, à partir du moment où il pouvait s'affilier, ne s'est pas affilié de sa propre initiative auprès d'une caisse d'assurance soins dans un délai à arrêter par le Gouvernement flamand, doit être affilié de manière ininterrompue auprès d'une caisse d'assurance soins ou être socialement assuré dans un État membre de l'Union européenne autre que la Belgique ou dans un État autre que la Belgique partie à l'Espace économique européen ou en Suisse pendant au moins cinq ans précédant l'ouverture du droit à une intervention conforme au présent décret ».

certaines caisses de soins. Le décret détermine donc directement les conditions dans lesquelles des droits et des obligations sont ouverts aux Bruxellois. En outre, la « protection sociale flamande » aboutit concrètement, à Bruxelles, à la création de deux catégories de citoyens bruxellois : ceux qui ont pu s'affilier dans le temps imparti aux caisses de soins flamandes, parce qu'ils étaient suffisamment informés du système mis en place, pour diverses raisons, et, ceux qui n'ont pas pu s'affilier et qui doivent se résoudre à contribuer sans bénéficier des prestations durant plusieurs années. Ce système se rapproche inévitablement d'un système de sous-nationalité, dès lors qu'il pose des critères restrictifs pour l'accès aux caisses de soins qui constituent une entrave au caractère libre, réversible et non exclusif du rattachement des individus à l'une ou l'autre communauté. L'organisation de la « prime pour jeunes enfants », dans le cadre de la protection sociale flamande, s'approchait encore davantage de la création d'une sous-nationalité. En effet, cette prime était reliée à la fréquentation de certains services organisés par la Communauté flamande : l'affiliation à un service communautaire en matière de petite enfance déterminait de manière exclusive le bénéfice de certains services ultérieurs, et ce, de manière non réversible.

*5.4. Le développement d'une conditionnalité dans l'accès
aux services uncommunautaires, fondé sur un critère
de rattachement antérieur à la même communauté*

28. Le développement de la protection sociale flamande renvoie à une autre problématique : celle de l'imposition de conditions pour accéder à certains services communautaires, qui renvoient à des critères d'appartenance à l'une ou à l'autre communauté.

29. Il s'agit d'abord des formes d'« offres conjointes », qu'Hugues Dumont et Sébastien Van Drooghenbroeck épinglaient déjà en 2011 comme impliquant un empiètement sur l'interdiction de toute sous-nationalité. La multiplication de ces services, pour lesquels l'accès est conditionné par des critères communautaires, combinée, dans certains domaines, avec l'inexistence de services bicommunautaires, conduit à la création de sous-nationalités, et, en particulier, aboutit à relativiser la liberté d'affiliation des francophones, voire, dans certains domaines, à l'anéantir.

En particulier, le décret de la Communauté flamande du 20 mars 2009 « *betreffende de toelatingsvoorwaarde voor het gewoon lager onderwijs en de engagementsverklaring tussen de school en de ouders in het basis- en secundair onderwijs* ». Ce décret conditionne l'inscription en première année de l'enseignement primaire à la fréquentation effective des cours durant 220 demi-journées en troisième maternelle. Dans le cas où une attestation de fréquentation n'est

pas disponible, l'élève doit passer une épreuve pour attester de sa connaissance suffisante du néerlandais. Cette exigence, pensée initialement spécialement pour Bruxelles, réduit la possibilité d'un panachage entre les institutions unicommunautaires. La compatibilité d'un tel dispositif avec le principe d'interdiction des sous-nationalités s'avère compliquée à justifier. En effet, dans pareil système, on ne respecte plus la liberté du choix de l'affiliation communautaire des parents pour les enfants, et pas davantage le caractère réversible et non exclusif de ce choix⁸¹. Dans un tel système, les parents francophones ou allophones qui choisissent l'enseignement maternel en français pour leurs enfants ne peuvent pas revenir sur leur choix lors du passage du maternel vers le primaire.

30. Plus largement, un ensemble de normes qui viennent conditionner l'accès aux services unicommunautaires – sans nécessairement créer des offres conjointes, ont été adoptées. Ces dispositifs, qui, s'ils paraissent respecter le principe de l'interdiction des sous-nationalités, aboutissent à la création de formes de sous-nationalités, par la conditionnalité imposée pour l'accès à certains services unicommunautaires à Bruxelles, dans un contexte de démission des autorités en charge du bicommunautaire.

31. Plus largement, un ensemble des normes ont été adoptées qui viennent conditionner l'accès aux services unicommunautaires – sans nécessairement créer des offres conjointes. Ces dispositifs qui, s'ils paraissent respecter le principe de l'interdiction des sous-nationalités, aboutissent à la création de formes de sous-nationalités, par la conditionnalité imposée pour l'accès à certains services unicommunautaires à Bruxelles, dans un contexte d'absence d'ambition des autorités en charge du biéducatif.

Or, de manière générale, et comme le soulignait déjà Jan Velaers en 1999 :

« Naarmate de keuze van de Brusselaar voor de ene of de andere gemeenschap, betrekking heeft op meer regelgevingen en voorzieningen, komen we o. i. steeds dichtbij het concept « subnationaliteit ». Want wat is de nationaliteit – en dus ook de subnationaliteit – anders dan de band met een staat – of deelstaat – waaraan de burger een geheel van rechten en verplichtingen ontleent »⁸² ?

De tels dispositifs se sont multipliés, et cette multiplication aboutit à la création de sous-nationalités.

81 La Communauté française envisage également, dans l'objectif de lutter contre les inégalités scolaires, d'abaisser l'âge de l'obligation scolaire. Néanmoins, si une obligation de fréquentation est établie, il n'y aurait pas d'exigence de connaissance linguistique pour l'entrée en première primaire, autrement dit, la fréquentation de l'enseignement maternel flamand ne bloquerait pas l'accès à l'enseignement primaire francophone. Voy. sur les problèmes de répartition des compétences et de respect des droits fondamentaux posés par l'idée d'un abaissement de l'âge de l'obligation scolaire : M. EL BERHOUMI, « L'abaissement du début de l'obligation scolaire par l'autorité fédérale ou par les Communautés au regard de la répartition des compétences et des droits fondamentaux en matière d'enseignement ».

82 J. VELAERS, « Vlaanderen laat Brussel niet los : de Vlaamse invulling van de gemeenschapsautonomie in het tweetalig gebied Brussel-hoofdstad », in E. WITTE (ed.), *Het statuut van Brussel – Bruxelles et son statut*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 595-625.

32. Le décret du 20 avril 2012 organisant l'accueil de bébés et de bambins établit un certain nombre de conditions pour la reconnaissance et le subventionnement des crèches qui désirent s'affilier au réseau *Kind & Gezin*. Dans son article 7, ce décret prévoit une subvention complémentaire pour les crèches qui réservent en priorité 55 % de la capacité des crèches néerlandophones aux enfants dont un parent peut démontrer qu'il maîtrise suffisamment le néerlandais. Cette disposition a été validée par la Cour constitutionnelle, qui, après avoir rappelé la répartition des compétences en ce domaine à Bruxelles, a été sensible aux arguments présentés par le Gouvernement flamand :

B.34.2. Eu égard à ce qui précède, il n'est pas déraisonnable que des institutions, telles les structures d'accueil d'enfants qui doivent être considérées comme appartenant exclusivement à la Communauté flamande en raison de leur organisation, doivent prévoir un pourcentage de priorité d'accès pour des familles dont un des parents maîtrise suffisamment le néerlandais. Lors de la discussion, au sein de la commission compétente du Parlement flamand, d'un amendement similaire à celui qui a abouti à la disposition attaquée, un membre a observé, en effet, « que les parents néerlandophones à Bruxelles ont souvent difficilement accès à l'accueil d'enfants subsidié par "Kind en Gezin" » et qu'il y avait lieu « d'accroître l'accessibilité des structures d'accueil d'enfants autorisées à l'intention des néerlandophones dans la Région de Bruxelles-Capitale » (*Doc.*, Parl. fl., 2011-2012, n° 1395/5, p. 25)⁸³.

La Communauté flamande entend ainsi garantir aux néerlandophones un accès prioritaire à ses milieux d'accueil, comme à ses établissements d'enseignement, qui sont, par définition, des institutions unicommunautaires. Il y va, pour la Communauté flamande, de la préservation des droits d'une minorité, et de la volonté de garantir l'efficacité de sa politique d'accueil et d'enseignement. Mais, dans un contexte de pénurie de places en milieu d'accueil, cette restriction à l'accès aux milieux d'accueil flamands, combinée à la non-exécution d'une ordonnance de la Commission communautaire commune, faute de budget et de politique en matière d'accueil de la petite enfance, aboutit *de facto* à la création de deux groupes de citoyens bruxellois, disposant chacun de perspectives d'affiliation communautaires bien différentes⁸⁴. Dans un premier groupe, on retrouve les parents néerlandophones, qui bénéficient d'une certaine liberté de choix, dès lors qu'ils peuvent choisir entre les institutions unicommunautaires flamandes ou francophones ; ils ne peuvent toutefois pas opter pour un réseau bicommunautaire, ce dernier n'existant pas, faute de politique et de budget adéquat à la COCOM. Dans un deuxième groupe, on retrouve les parents francophones ou allophones. Ces derniers bénéficient d'une liberté de choix réduite, puisqu'ils ne sont pas considérés comme étant prioritaires dans le réseau flamand, bien en peine, avec le réseau francophone,

⁸³ C.C., arrêt n° 97/2014 du 30 juin 2014, B.34.2.

⁸⁴ D'aucuns ont évoqué, à ce propos, un « mur de Bruxelles ». Voy. C. SAGESSER, « Le mur de Bruxelles », *Politique*, 9 mars 2014, <http://www.revuepolitique.be/le-mur-de-bruxelles/#marker-2963-1>.

de combler les besoins urgents en matière d'accueil. Ils ne peuvent pas non plus opter pour un réseau bicommunautaire, inexistant. Ces derniers, sauf le cas, devenu hypothétique, d'une place non prioritaire dans le réseau flamand, sont donc bien « enfermés » dans une sous-nationalité, faute d'offre suffisante uni- ou bicommunautaire.

33. Les mêmes conclusions peuvent être tirées, *mutatis mutandis*, en ce qui concerne les conditions d'accès à l'enseignement fondamental et secondaire, en raison de la priorité établie au profit des parents néerlandophones à Bruxelles. Cette disposition, combinée avec l'inexistence d'un réseau bicommunautaire et la démission de l'autorité fédérale quant aux matières biéduactives, nous paraît de nature à poser problème du point de vue de l'interdiction des « sous-nationalités ». On sait que, par un décret du 9 juillet 2010, l'Autorité flamande avait prévu, pour l'enseignement fondamental ordinaire et le premier degré du secondaire ordinaire, de donner une priorité aux élèves qui, en milieu familial, parlaient le néerlandais avec au moins un des deux parents, à condition que l'usage du néerlandais comme langue familiale soit démontré notamment en produisant la preuve que le père ou la mère maîtrisait au moins le néerlandais au niveau B1. La Cour a validé le dispositif dans un arrêt du 18 janvier 2012, l'estimant compatible avec l'exigence d'égalité et de non-discrimination, tant que la preuve exigée de la part des parents n'est pas exagérément difficile à produire. La Cour a donc rejeté l'argument de la Communauté française qui considérait que ledit décret portait notamment atteinte à la loyauté fédérale⁸⁵. Dans un arrêt du 16 février 2017, la Cour constitutionnelle a ensuite validé le relèvement du niveau d'exigence en ce qui concerne la connaissance du néerlandais, de B1 à B2⁸⁶. Ce dernier relèvement avait été opéré pour « identifier le groupe prioritaire des personnes qui sont néerlandophones au sens strict du terme »⁸⁷. Ce dispositif, combiné avec l'inexistence d'un réseau bicommunautaire et à la démission de l'État fédéral, restreint considérablement la liberté de choix en matière éducative à Bruxelles ; cette liberté de choix risque de n'être effective que pour les parents bilingues⁸⁸. Il existe donc plusieurs catégories de citoyens, bénéficiant de droits et d'obligations à géométrie variable, qui se distinguent

85 Voy. C.C., arrêt n° 7/2012 du 18 janvier 2012. Sur cet arrêt : X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Écoles flamandes de Bruxelles : la préférence linguistique validée », *A.P.*, 2012/2, pp. 396 à 401. Sur la question de la loyauté fédérale, la priorité établie par le décret flamand complique très fortement l'accès des allochtones aux établissements scolaires flamands. Ces derniers sont ainsi automatiquement repris en charge dans le réseau francophone, qui souffre de nombreuses difficultés, dont une gestion compliquée de la mixité scolaire (X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Écoles flamandes de Bruxelles : la préférence linguistique validée », *op. cit.*, p. 54).

86 Voy. C.C., arrêt n° 19/2017 du 16 février 2017.

87 Doc., Parl. fl., 2013-2014, n° 2422/12, p. 32.

88 On se permettra de relever que d'autres critères auraient pu rencontrer l'objectif légitime du législateur flamand, en portant moins atteinte au principe d'égalité et de non-discrimination. Ainsi, il eût été possible de faire usage de critères promouvant l'usage et la formation du néerlandais, mais ne limitant pas d'emblée drastiquement l'accès aux écoles sur la base d'un niveau établi à un moment donné.

les uns et les autres par leur maîtrise de la langue. Les effets discriminatoires de cette logique risqueraient d'être renforcés si le projet de décret *houdende wijziging van het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997 en de Codex Secundair Onderwijs, wat het inschrijvingsrecht betreft verzendcode* venait à être adopté, dès lors que ce projet porte à 65 % les places réservées en priorité aux enfants dont l'un des deux parents maîtrise le néerlandais. Ce projet de décret, à l'égard duquel la section de législation du Conseil d'État s'est montré circonspecte, demandant plus d'explications au législateur flamand sur la nécessité d'une telle hausse des places prioritaires⁸⁹, a été un temps gelé suite à l'introduction d'une procédure en conflit d'intérêt de la commission communautaire française. Il a finalement été adopté le 26 janvier 2018.

6. Quelles perspectives pour l'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles ?

34. Dans la présente contribution, on a pu mettre en lumière deux « bougés » importants dans l'interprétation du principe de sous-nationalité à Bruxelles : l'extension du concept d'« institutions » unicommunautaires à certaines personnes physiques actives dans certaines politiques ; et l'abandon progressif, de guerre lasse, du rappel de la nécessité de services bicommunautaires dans certaines matières. Ces deux mouvements ont réduit la portée que l'on a cru pouvoir conférer au principe d'interdiction des sous-nationalités. Ce dernier peut en conséquence être défini comme l'interdiction du développement de politiques communautaires qui, à Bruxelles, remettent en question l'affiliation libre, réversible et non exclusive des individus à l'une des deux communautés, voire à au monde bicommunautaire – même si l'existence d'une telle liberté d'affiliation à des services bicommunautaires reste plus contestée.

35. Il n'en reste pas moins que la logique du principe d'interdiction des sous-nationalités reste vigoureuse. Elle a présidé à l'opération de transfert des allocations familiales à la Commission communautaire commune à Bruxelles et à l'exclusion d'une possibilité d'action des communautés dans ce domaine, par application de l'article 128, § 2, de la Constitution. Dès lors qu'il s'agissait d'ouvrir un droit qui revient directement à l'ensemble des Bruxellois, seule la Commission communautaire commune pouvait être envisagée : les autres *scénarii* entraînaient automatiquement la création de sous-nationalités⁹⁰.

⁸⁹ Avis S.L.C.E. n° 64.586/1 du 12 décembre 2018, sur la proposition de décret portant modification du décret du 25 février 1997 sur l'éducation de base et du Codex de l'enseignement secondaire en ce qui concerne la loi sur l'inscription, sess. 2018-2019, n° 1747/3, § 15.4.

⁹⁰ Voy. J. VELAERS, « Bruxelles dans la Sixième réforme de l'État », *op. cit.*, p. 189. L'auteur cite notamment l'intervention de Bert Anciaux expliquant la logique institutionnelle prévalant au transfert (note 251).

36. Les lignes qui précèdent ont aussi mis en lumière une érosion progressive de ce principe, plus inquiétante, qui se produit sous la force corrosive des violations répétées de l'interdiction des sous-nationalités dans un certain nombre de politiques publiques.

L'érosion et les cas de violation du principe ont été particulièrement constatés dans des domaines de compétences personnalisables. Nous sommes déjà abondamment revenus sur la *zorgverzekering* et plus largement sur la protection sociale flamande. Nous avons également relevé, dans une autre logique, la création de sous-nationalités dans les domaines de l'aide à la jeunesse ou les milieux d'accueil de la petite enfance. Dans ces politiques, qui représentent des enjeux cruciaux pour une ville connaissant un boom démographique documenté de longue date⁹¹, le principe d'interdiction des sous-nationalités apparaît comme un obstacle à la conduite, par les deux grandes communautés, de politiques cohérentes dans la Région de Bruxelles-Capitale, si bien qu'il est régulièrement foulé au pied.

À notre estime cependant, dans les deux concepts constitutionnels qui rentrent ici en conflit, ce n'est pas le principe d'interdiction des sous-nationalités qu'il convient de remettre en cause, mais bien la définition de ce que recouvrent les compétences communautaires. En d'autres termes, il faut revoir les situations dans lesquelles le principe de sous-nationalité est amené à s'appliquer. Si l'on est attaché au principe d'interdiction des sous-nationalités, parce qu'il comporte des avantages qui n'ont, à nos yeux, pas de prix, tels que la création d'un espace où les frontières culturelles et communautaires sont plus fluides, où les identités sont potentiellement moins clivantes car impermanentes, où les parcours individuels dissonants rendent possible un espace public métissé et un dialogue interculturel⁹², il convient de veiller à ne pas démanteler ce principe en poussant le processus d'érosion toujours plus loin.

À cet égard, il faut considérer que certaines politiques mises en place par les communautés dans leurs compétences personnalisables, si elles veulent être cohérentes et efficaces, *ne peuvent que conduire* à la création de « sous-nationalités ». Dans certaines matières personnalisables, comment en effet concevoir des politiques à la hauteur des défis de la Région qui se passent de s'adresser directement aux Bruxellois, de manière indistincte, cohérente et

91 P. DEBOESERE, T. EGGERICKX, E. VAN HECKE et B. WAYENS, « La population bruxelloise : un éclairage démographique », *Brussels Studies* [en ligne], Notes de synthèse, mis en ligne le 12 janvier 2009, consulté le 07 août 2018 ; P. HUMBLET, « Croissance démographique bruxelloise et inégalité d'accès à l'école maternelle », *Brussels studies*, 51, 19 septembre 2011.

92 Ces avantages devraient être relativisés s'ils étaient réservés de *facto* à une élite socio-économique/culturelle. Comme cela a été évoqué plus haut, il reste compliqué de déterminer si c'est le cas, en raison du manque d'études et de données croisant les indices socio-économiques/culturels des deux communautés, dans les matières de l'enseignement et de la culture. Néanmoins, certaines études de sociolinguistique tendent à montrer que ces avantages profitent bel et bien aux classes populaires, davantage accoutumées au bilinguisme voire au trilinguisme que les familles francophones, et désormais rompues à des stratégies d'ouvertures vers le réseau flamand, en raison notamment du rôle clé de la maîtrise du néerlandais sur le marché du travail. Dans tous les cas, une politique de plurilinguisme n'est pas discriminatoire en soi, tout dépend de ses caractéristiques. En d'autres termes, si le principe d'interdiction des sous-nationalités, qui n'est rien d'autre qu'une liberté d'affiliation, devait s'avérer discriminatoire à Bruxelles, il faudrait revoir non pas ce principe mais les politiques discriminatoires qui le mettent en œuvre.

claire, d'établir un même régime de droits et d'obligations, de s'articuler autour d'une connaissance approfondie du territoire et de sa population ?

On arrêterait en grande partie le processus d'érosion du principe de sous-nationalité si l'on envisageait le transfert de l'ensemble des compétences personnalisables à la Commission communautaire commune ou, mieux encore, à la Région de Bruxelles-Capitale – en prévoyant dans ce dernier cas des règles particulières d'adoption des ordonnances, afin de protéger adéquatement la minorité flamande⁹³. On s'inscrirait ainsi dans la perspective d'une Belgique à 4 (+1)⁹⁴.

Recentrées sur leurs compétences en matière de culture, au sens le plus strict du terme (les compétences formellement « culturelles » mais ressortissant en réalité aux matières personnalisables devraient suivre la voie décrite au paragraphe précédent), et d'enseignement, les deux communautés seraient en mesure de développer, à Bruxelles, des politiques qui ne sont pas susceptibles d'abîmer le principe d'interdiction des sous-nationalités. Il faudrait encore qu'une solution soit trouvée pour le secteur biculturel et biéducatif, laissés à l'abandon. On pourrait approfondir le sillon tracé par l'article 135*bis* de la Constitution, et transférer à la Région de Bruxelles-Capitale l'ensemble des compétences biculturelles d'intérêt régional, en laissant à l'État fédéral la gestion des grandes institutions nationales⁹⁵, ainsi que l'ensemble des questions biéducatives d'intérêt régional (au rang desquelles on compte l'obligation scolaire sur le territoire bruxellois ou encore l'organisation d'un réseau d'enseignement bilingue).

Dans un tel paysage institutionnel, toutes les problématiques et incohérences relevées ci-dessus à propos du principe d'interdiction des sous-nationalités seraient-elles surmontées ? Sans doute pas, mais nous pensons que les complications qu'engendre l'interdiction des sous-nationalités dans les seuls domaines de la culture et de l'enseignement sont assez limitées par rapport aux bénéfices du principe. Les principales complications résident dans la rupture du lien entre le bénéfice de politiques publiques et la représentation politique ainsi que dans les difficultés d'organisation soulevées par les effets de marché liés à la liberté de choix (effets avant tout créés par l'existence de plu-

93 La Région de Bruxelles-Capitale devrait être le réceptacle privilégié de ces compétences personnalisables, pour favoriser la lisibilité de l'architecture institutionnelle bruxelloise et en raison des problèmes qui minent le fonctionnement de la COCOM. On remarquera qu'une telle régionalisation des compétences communautaires, impensable pendant longtemps, paraît désormais envisageable. Lors de la Sixième Réforme de l'État en effet, la matière du tourisme, matière communautaire, a effectivement été régionalisée et sa maîtrise relève désormais, à Bruxelles, de la Région de Bruxelles-Capitale.

94 Cette perspective n'est pas tout à fait fantaisiste. Comme le montrent Mathias El Berhoumi, Laurie Losseau et Sébastien Van Drooghenbroeck, lors de la Sixième Réforme de l'État, « des tabous ont indéniablement été levés, ce qui ouvre la perspective d'un approfondissement du modèle de la Belgique à quatre » tout en soulignant que « des nombreuses nuances [...] témoignent de la résilience du modèle superposant organes régionaux et communautaires à Bruxelles » (M. EL BERHOUMI, L. LOSSEAU et S. VAN DROOGHENBROECK, « Vers une Belgique à quatre ? Les compétences communautaires à Bruxelles après la sixième réforme de l'État », in E. VANDENBOSSCHE (dir.), *De Brusselse instellingen anno 2014/Les institutions bruxelloises en 2014*, Brugge, die Keure, 2017, p. 47).

95 Voy. sur l'article 135*bis* : C. ROMAINVILLE, « Le droit bruxellois de la culture », *op. cit.*, pp. 1583 et s. ; M. EL BERHOUMI, L. LOSSEAU, S. VAN DROOGHENBROECK, « Vers une Belgique à quatre ? Les compétences communautaires à Bruxelles après la sixième réforme de l'État », *op. cit.*, pp. 47-56.

sieurs réseaux, et renforcés par l'existence de deux systèmes néerlandophone et francophone, voy. *supra*)⁹⁶. Elles amènent Hugues Dumont à suggérer un système dans lequel les citoyens bruxellois seraient dans l'obligation d'opérer, à certaines échéances, un choix réversible d'affiliation aux écoles relevant soit de la Communauté française, soit de la Communauté flamande, soit éventuellement de la Région de Bruxelles-Capitale ou de la COCOM⁹⁷. Il y a là matière à débat. Cette proposition permettrait peut-être de répondre aux difficultés d'organisation soulevées par l'interdiction des sous-nationalités, mais pas forcément à la rupture du lien entre représentation politique et choix d'un enseignement. Ensuite, une telle proposition peut s'avérer impraticable, dès lors qu'il n'est pas concevable de ne pas accompagner ce système d'exceptions destinées à permettre certains transferts pour répondre à des situations dans lesquelles l'enfant ne s'adapte pas à un enseignement dans une autre langue. Or, ces exceptions finiraient sans doute à vider le principe de sa substance.

Faut-il alors remettre en question plus radicalement l'interdiction des sous-nationalités, et instaurer un système liant appartenance à un collège électoral et bénéfice des politiques éducatives, voire culturelles ? Cette idée est à exclure. Il faut d'abord rappeler que le lien établi entre participation à la vie politique par le vote et destination d'une politique publique a pour objectif de protéger le citoyen d'interventions publiques non consenties, de garantir ainsi l'auto-détermination collective. Il ne peut donc être acceptable que des politiques publiques soient imposées à un ensemble de citoyens sans que ceux-ci n'aient la capacité d'influencer politiquement lesdites politiques. Mais ce principe n'exclut pas que le citoyen puisse poser des choix qui rompent ce lien entre participation à la vie collective et politique publique (par exemple, le « vote blanc »). C'est précisément ce qui se joue dans le principe d'interdiction des sous-nationalités, où l'individu bénéficie d'un espace de liberté, et où il peut donc exercer une responsabilité quant à ses affiliations communautaires et politiques et poser des choix conscients, qui peuvent avoir comme conséquence la rupture précitée. Quant aux problèmes concrets d'organisation, il faut les mettre en perspective avec les avantages du principe d'interdiction des sous-nationalités, déjà évoqués. Dans un paysage politique marqué par la bipolarité, par des lignes de fracture profondes. Dans un paysage politique marqué par la bipolarité, par des lignes de fracture profondes, il s'agit là sans doute d'éléments essentiels, à tout le moins si l'on est soucieux d'un dialogue pérenne entre les communautés.

37. Tout au long des lignes qui précèdent, l'on a relevé différentes perspectives et propositions institutionnelles qui amènent à s'interroger sur la division

96 H. DUMONT, « Les leçons constitutionnelles d'une crise politique inédite en Belgique dans cinq de ses collectivités politiques fédérées », *op. cit.*, 1, p. 202.

97 *Ibid.*

entre les compétences communautaires et régionales à Bruxelles, source de complexité institutionnelle et de nombreux débordements et empiètements de compétence.

B. La distinction entre matières communautaires et régionales à Bruxelles

C.C., arrêt n° 184/2011 du 8 décembre 2011

Extrait

B.6.5. Il ressort de ce qui précède que, sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale, la politique familiale au sens de l'article 5, § 1^{er}, II, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 est une matière qui est réglée par plusieurs législateurs.

La Communauté flamande est compétente à l'égard des institutions qui y sont établies et qui, en raison de leur organisation, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à cette Communauté.

La Commission communautaire française est compétente à l'égard des institutions qui y sont établies et qui, en raison de leur organisation, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à la Communauté française.

La Communauté française reste compétente pour régler ce qui relève des missions confiées à l'Office de la naissance et de l'enfance.

La Commission communautaire commune est, quant à elle, compétente pour régler les aspects de cette matière qui échappent à la compétence des trois législateurs décrets précités.

La Région de Bruxelles-Capitale, par contre, n'est pas compétente pour régler cette matière.

B.6.6. L'allocation de base contestée permet le financement complémentaire de crèches. Dans cette mesure, l'ordonnance du 24 décembre 2010 règle la politique familiale au sens de l'article 5, § 1^{er}, II, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980.

Contrairement à ce que soutient le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, l'allocation de base contestée ne peut donc, dans cette mesure, être qualifiée de disposition relevant de la politique de l'emploi au sens de l'article 6, § 1^{er}, IX, de la même loi spéciale.

B.7.6. La Région de Bruxelles-Capitale [...] n'est pas compétente pour régler la matière de l'enseignement dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale.

B.7.7. L'allocation de base attaquée permet le financement complémentaire d'infrastructures d'enseignement.

Dans cette mesure, l'ordonnance du 24 décembre 2010 règle l'enseignement au sens de l'article 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la Constitution.

Contrairement à ce que soutient le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, l'allocation de base contestée ne peut donc, dans cette mesure, être

qualifiée de disposition relevant de la politique de l'emploi au sens de l'article 6, § 1^{er}, IX, de la loi spéciale du 8 août 1980.

B.8.2. [...] Le « financement général des communes » concerne les « modes de financement généralement quelconques en vertu desquels les communes [...] sont financées, suivant les critères qui ne sont pas directement liés à une mission ou tâche spécifique » (*Doc. parl.*, Chambre, 1988, n° 516/1, p. 18).

B.8.3. S'agissant du financement de tâches communales spécifiques, l'allocation de base contestée est étrangère à la matière du financement général des communes au sens de l'article 6, § 1^{er}, VIII, 9°, de la loi spéciale du 8 août 1980.

Elle relève, comme il est indiqué en B.6.6. et en B.7.7., de matières communautaires, de sorte qu'elle ne peut davantage être considérée comme traduisant l'exercice, par la Région de Bruxelles-Capitale, de sa compétence relative au financement des missions à remplir par les communes, au sens de l'article 6, § 1^{er}, VIII, 10°, de la même loi.

B.9.2. En exécution de l'article 178 de la Constitution, l'article 83*bis* de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises dispose :

« Sous réserve des articles 83*ter* et 83*quater*, le Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale peut, à partir de l'année budgétaire 1995, transférer aux Commissions communautaires française et flamande des moyens qui seront répartis suivant la clé de répartition de 80 p.c. pour la Commission communautaire française et de 20 p.c. pour la Commission communautaire flamande ».

B.9.3. La Région de Bruxelles-Capitale est donc compétente pour pourvoir au financement des commissions communautaires.

B.9.4. L'allocation de base contestée permet le financement complémentaire d'infrastructures d'accueil de la petite enfance et d'infrastructures d'enseignement.

Les moyens accordés dans l'allocation de base contestée sont toutefois transférés aux communes et non aux commissions communautaires, dans les conditions prévues par l'article 83*bis* de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

Observations

1. La distinction entre matières régionales et communautaires reste vénérée en droit constitutionnel belge, malgré les nombreux débordements et tempéraments apportés à cette règle. À la lecture des premiers articles de la Constitution belge et de son article 39, qui interdit de confier des matières communautaires à des institutions régionales, on se représente le système fédéral belge comme articulé autour de trois communautés et de trois régions et le système de partage des compétences comme organisé autour de la distinction entre des matières communautaires et des matières régionales, exclusives les unes des autres. Cette règle a été appliquée strictement dans les considérants de l'arrêt repro-

duit ci-dessus. Elle mérite d'abord d'être resituée dans un contexte général de relativisation de la séparation entre matières régionales et communautaires (1) et d'investissement progressif des matières communautaires (2) par la Région de Bruxelles-Capitale. Nous reviendrons ensuite sur l'application sévère du fédéralisme financier et de l'exclusivité des compétences lorsque la Région de Bruxelles-Capitale investit les matières communautaires (3), sur les enjeux de qualification du financement régional des communes à Bruxelles (4) et sur le passage obligé par les commissions communautaires (5).

1. La relativisation de la séparation entre matières régionales et communautaires : à Bruxelles aussi ?

2. La stricte séparation entre matières régionales et communautaires a été dépassée par trois phénomènes.

Premièrement, l'opération de fusion des autorités régionales et communautaires au Nord du pays constitue un important débordement de l'article 39 de la Constitution⁹⁸, à un point tel que la section du contentieux administratif du Conseil d'État l'avait jugée « incompatible » avec cette disposition⁹⁹. La section du contentieux administratif rappelait, dans son arrêt, que l'article 39 « établit une séparation institutionnelle entre les matières régionales et les matières communautaires, qui sont ou doivent être dévolues à des entités distinctes dotées d'organes propres », prenant notamment argument de la différence en termes de compétences territoriales entre Communauté flamande et Région flamande¹⁰⁰. L'opération d'absorption fut finalement entérinée. On se borna à préciser, à l'article 19, § 1^{er}, alinéa 2, de la LSRI, que le législateur flamand devait impérativement indiquer s'il règle une matière communautaire ou une matière régionale. Comme le relèvent Xavier Delgrange et Mathias El Berhoumi, le législateur flamand se souciera assez peu de cette distinction entre matières régionales et communautaires¹⁰¹.

Deuxièmement, les transferts de compétences communautaires à la Région Wallonne¹⁰² et à la Communauté germanophone¹⁰³ constituent également un contournement de la règle.

98 Voy. H. DUMONT, « Chapitre 6 – Trois communautés-trois régions : le nœud gordien ou la résistance d'une distinction largement dépassée », in H. DUMONT, I. HACHEZ et M. EL BERHOUMI, *La Sixième Réforme de l'État : l'art de ne pas choisir ou l'art du compromis ?*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 140-144.

99 C.E., arrêt *Schiltsz*, n° 22.690 du 26 novembre 1982.

100 *Ibid.*

101 Voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Le découpage des compétences régionales et communautaires à Bruxelles ou la tentation de la transgression », in B. LOMBAERT, D. YÉRNAULT, P.-O. DE BROUX (dir.), *Le droit bruxellois. Un bilan après vingt-cinq ans d'application*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 68 à 75.

102 Sur les transferts intrafrancophones, voy. not., L. LOSSEAU et M. DEKLEERMAKER, « Transferts intrafrancophones de compétences », in M. UYTENDAELE et M. VERDUSSEN (dir.), *Dictionnaire de la Sixième réforme de l'État*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 881-905.

103 H. DUMONT, « Chapitre 6 – Trois communautés-trois régions : le nœud gordien ou la résistance d'une distinction largement dépassée », *op. cit.*, pp. 151-152.

Troisièmement, plus récemment, le transfert à l'article 135*bis* de la Constitution, de compétences biculturelles à la Région de Bruxelles-Capitale – financement et subsidiation des infrastructures sportives communales, programmes de formation professionnelle s'inscrivant dans la politique de l'emploi et dans le contexte bruxellois, et biculturel d'intérêt régional¹⁰⁴ – participe de ce mouvement de relativisation.

3. Toutefois, même affaibli, ce principe reste sacré ; il représente, au Nord du pays, une précieuse garantie « que, sauf exception, la Région de Bruxelles-Capitale n'empiétera pas sur les matières confiées à la Communauté flamande qui demeure l'institution garante de la solidarité des Flamands de Flandre et de Bruxelles, surtout dans les matières culturelles et dans le domaine de l'enseignement »¹⁰⁵.

Comme le démontrent Xavier Delgrange et Mathias El Berhoumi dans une excellente contribution sur le découpage des compétences régionales et communautaires à Bruxelles, qui a véritablement irrigué l'ensemble de la présente contribution, le corset imposé à la Région de Bruxelles-Capitale quant à ses compétences contraint tout particulièrement sa liberté de mouvement, alors qu'il se fait plus lâche à d'autres égards, y compris sur le territoire bruxellois, notamment lorsque la Région flamande investit la Région bruxelloise¹⁰⁶.

Certes, la Sixième Réforme de l'État a quelque peu desserré le corset¹⁰⁷. En outre, elle a renforcé, dans certaines matières personnalisables, la Commission communautaire commune, entité « mi-régionale mi-communautaire » fonctionnant selon une logique territoriale, tout en maintenant par ailleurs en priorité le lien entre les communautés et Bruxelles, souvent au détriment de la cohérence¹⁰⁸. Ainsi, si les auteurs de la Sixième Réforme de l'État ont fait usage de la possibilité ouverte à l'article 128, § 2, d'exclure la compétence des deux communautés par rapport à leurs institutions unicommunautaires en ce qui concerne les allocations familiales¹⁰⁹, les communautés, la Commission

104 Jan Velaers qualifie ce transfert de révision implicite de l'article 39. Voy. J. VELAERS, « Bruxelles dans la Sixième Réforme de l'État », *op. cit.*, p. 177. Sur ce transfert voy. H. DUMONT, « Chapitre 6 – Trois communautés-trois régions : le nœud gordien ou la résistance d'une distinction largement dépassée », *op. cit.*, pp. 144-151 ; C. ROMAINVILLE, « Transfert des matières biculturelles d'intérêt régional à la Région de Bruxelles-Capitale », in M. UYTENDAELE, M. VERDUSSEN (dir.), *Dictionnaire de la Sixième réforme de l'État*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 863-880.

105 H. DUMONT, « Chapitre 6 – Trois communautés-trois régions : le nœud gordien ou la résistance d'une distinction largement dépassée », *op. cit.*, p. 139, n° 130.

106 Voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Le découpage des compétences régionales et communautaires à Bruxelles ou la tentation de la transgression », *op. cit.*, pp. 68 à 75.

107 H. DUMONT, M. EL BERHOUMI, I. HACHEZ et al., « Chapitre 6 – Trois communautés – trois régions : le nœud gordien ou la résistance d'une distinction largement dépassée », in *La Sixième Réforme de l'État : l'art de ne pas choisir ou l'art du compromis ?*, Bruxelles, Larcier-Dossier, 2016, p. 144.

108 Voy. J. VELAERS (trad. S. VAN DROOGHENBROECK), « Bruxelles dans la Sixième Réforme de l'État », *op. cit.*, pp. 180-191 ; H. DUMONT, M. EL BERHOUMI, I. HACHEZ et al., « Chapitre 6 – Trois communautés – trois régions : le nœud gordien ou la résistance d'une distinction largement dépassée », *op. cit.*, pp. 144-155.

109 Cette mise en œuvre de l'article 128, § 2, a été diversement appréciée. Hugues Dumont évoque « un petit renforcement du modèle régional », alors qu'Hendrik Vuye y voit une « rupture des liens entre la Flandre et les Bruxellois flamands » (cités dans J. VELAERS, « Bruxelles dans la Sixième Réforme de l'État », *op. cit.*, p. 189).

communautaire française et la Commission communautaire commune restent compétentes, selon les principes rappelés au point précédent (voyez ci-dessus 1. L'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles) dans les autres matières personnalisables. La volonté de préserver les communautés et leur lien avec Bruxelles a conduit à la création d'une complexité institutionnelle qui, dans certains cas, « dépasse l'entendement »¹¹⁰.

Ces récents transferts n'ont toutefois pas conduit à tempérer l'orthodoxie qui prévaut dans l'interprétation de la distinction entre matières régionales et communautaires à Bruxelles, comme nous le verrons ci-après.

2. L'investissement de la Région de Bruxelles-Capitale dans les matières communautaires

4. Cette question de la *summa divisio* entre matières communautaires et régionales à Bruxelles est bien loin de ne constituer qu'une question théorique dont l'intérêt serait réservé au petit monde des constitutionnalistes. La frontière que l'on a voulue étanche entre ces deux catégories de compétences entraîne d'importantes conséquences à Bruxelles. Elle rend difficile la mise en œuvre des politiques rendues pourtant nécessaires par le boom démographique bruxellois, et par les caractéristiques particulières de sa population. En effet, la frontière entre compétences régionales et communautaires implique, pour la Cour constitutionnelle, l'interdiction pour une Région bruxelloise, désireuse de relever les défis posés par la démographie bruxelloise, de financer des politiques communautaires. Pourtant, les besoins sont immenses, dès lors que la croissance de la population n'a pas été anticipée et absorbée par un développement suffisant de l'offre communautaire. En conséquence, d'importantes lacunes et pénuries affectaient – et affectent encore – l'offre et l'organisation de l'enseignement ou du secteur des crèches¹¹¹. Pour bien resituer le dilemme

110 J. VELAERS, « Bruxelles dans la Sixième Réforme de l'État », *op. cit.*, p. 186. L'auteur cite le cas des aides à la mobilité au profit des personnes moins valides. La Sixième Réforme de l'État a opéré un transfert des compétences en matière d'aide à la mobilité qui ressortissent à l'assurance maladie invalidité, et des moyens financiers liés à cette compétence. Dans la Région de Bruxelles-Capitale, c'est la Commission communautaire commune qui, fort logiquement, a reçu cette compétence. Mais le législateur spécial a voulu coûte que coûte préserver la compétence des Communautés en la matière. Dès lors, les aides à la mobilité proposées par les Communautés, sur la base de leurs institutions uncommunautaires, subsistent aux côtés des aides offertes autrefois par l'État fédéral, et désormais par la Commission communautaire commune. Pour simplifier les opérations, un accord de coopération devait être conclu entre les deux grandes Communautés et la Commission communautaire commune. Cet accord n'ayant toujours pas été conclu, les titulaires de droits à une aide individuelle à la mobilité doivent naviguer entre d'une part la Commission communautaire française (service compétent pour la Communauté française à Bruxelles), les deux services de la Communauté flamande, et la Commission communautaire commune. Jan Velaers constate qu'en ce domaine, « le dogme selon lequel la sixième réforme de l'État devait laisser indemnes les compétences et moyens financiers des Communautés ainsi que le lien entretenu par celles-ci avec Bruxelles, a visiblement pesé plus lourd dans la balance qu'une répartition des compétences plus cohérente. On ajoutera que l'article 55, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi spéciale du 6 janvier 2014 vise, pour la première fois, la compétence des services des deux grandes Communautés pour exécuter les normes établies par la Commission communautaire commune (voy. avis n° 53.932/AG donné le 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2232/3, pp. 22-23).

111 B. WAYENS, B. DELVAUX, P. MARISSET *et al.*, « Besoin en enseignants en Région bruxelloise à l'horizon 2020 », *Brussels Studies* [en ligne], Fact Sheets, 2016, URL : <https://journals.openedition.org/brussels/1378> ; M. SACCO, W. SMITS, D. KAVADIAS, B. SPRUYT et C. D'ANDRIMONT, « Jeunes bruxelloises : entre diversité et précarité », *Brussels Studies* [en ligne], Notes de synthèse, n° 98, mis en ligne le 25 avril 2016, consulté le 8 août 2018, URL : <http://journals.openedition.org/brussels/1339> ; P. HUMBLET, G. AMERUCKX, S. AUJEAUX, S. DEGUERRY, M. VANDENBROECK, B. WAYENS, « Les jeunes enfants à Bruxelles : d'une logique institutionnelle à une vision

institutionnel du découpage des compétences régionales et communautaires dans l'urgence sociale qui est celle de Bruxelles en 2019, les mots de Perrine Humblet et de ses collègues spécialistes des politiques de la petite enfance méritent de trouver ici un écho :

« Sur le plan des compétences en matière d'enfance, on ne peut que constater le paradoxe dans lequel se trouve la Région bruxelloise. Son avenir socioéconomique dépend largement de la manière dont seront corrigés les différents déficits concernant le développement des enfants d'aujourd'hui, alors que les outils principaux relèvent de la compétence de deux communautés qui souvent, et pour des raisons différentes, ne placent pas la Région parmi leurs priorités [...]. La Région bruxelloise est riche de ses enfants, et pour peu qu'ils se développent favorablement, soient correctement formés, elle le sera aussi sur le plan socioéconomique. La diversité des cultures pourra également contribuer à sa richesse culturelle. Pour mettre en œuvre un plan d'ensemble pour l'enfance, il semble essentiel de clarifier avec transparence et responsabilité quelles instances sont compétentes. Qui, *in fine*, est responsable, au-delà des opérateurs, du fait que tous les jeunes enfants vivant dans la Région aient un développement global, une santé optimale et bénéficient d'un accueil et d'une éducation à la hauteur des défis ? Il est essentiel de s'imposer l'obligation de prendre ses responsabilités, de se donner les moyens d'évaluer les efforts et les résultats allant dans ce sens et de renoncer définitivement aux modes de pensée qui relèvent d'une logique institutionnelle et communautaire pour intégrer une approche par la population »¹¹².

5. Désireuse justement de prendre ses responsabilités, la Région de Bruxelles-Capitale avait entrepris, dès 2009, d'adopter un ensemble d'ordonnances budgétaires qui visaient à subventionner des projets communaux en matière d'accueil de la petite enfance, notamment dans le cadre dudit « Plan Crèche »¹¹³.

L'ordonnance du 14 décembre 2009, comme ses consœurs, reposait sur un mécanisme habile visant à « ruser avec les compétences » de la Région en passant par les communes¹¹⁴. Une allocation de base y était prévue au budget général des dépenses de la Région de Bruxelles-Capitale pour l'année budgé-

systémique », *Brussels Studies* [en ligne], Notes de synthèse, n° 91, 2015, <https://journals.openedition.org/brussels/1299>. Selon ces auteurs, « Des difficultés en partie structurelles empêchent de pouvoir élaborer et mettre en place un projet régional pour l'enfance. En matière de promotion de la santé et d'éducation, la formulation et la mise en œuvre d'une politique intégrée de la petite enfance bruxelloise ainsi que son évaluation sont difficiles en l'état. Les communautés ont gardé leur monopole et la répartition des compétences entre les communautés permet à chacune d'agir dans la Région de manière autonome comme si elle n'avait de responsabilités qu'à l'égard des utilisateurs de ses propres services en lieu et place de la population bruxelloise dans son ensemble » ; P. HUMBLET, « Croissance démographique bruxelloise et inégalité d'accès à l'école maternelle », *op. cit.*, URL : <http://journals.openedition.org/brussels/1041> ; DOI : 10.4000/brussels.1041 ; S. AUJEAN et P. HUMBLET, « Quel accès à l'école maternelle en région bruxelloise ? » in *Badje info*, n° 50, pp. 20-22, www.badje.be/pdf/bi/badje_info_50.pdf.

112 P. HUMBLET, G. AMERICKX, S. AUJEAN, S. DEGUERRY, M. VANDENBROECK, B. WAYENS, « Les jeunes enfants à Bruxelles : d'une logique institutionnelle à une vision systémique », *op. cit.*, Notes de synthèse, §§ 100 et 105.

113 M.P., « Budget renforcé pour les crèches », *La Libre Belgique*, 3 février 2011, <https://www.lalibre.be/regions/bruxelles/budget-renforce-pour-les-creches-51b8cd23e4b0de6db9bfbaf>.

114 La paternité de cette expression devenue célèbre est attribuée au Ministre-président Charles Picqué (« N'en déplaise à certains, comme le dit souvent le ministre-président, il nous faudra "ruser avec les compétences" à Bruxelles. En effet, l'institutionnel est avant tout un moyen, et non une fin en soi, et les besoins légitimes de la population doivent primer. Cette contrainte structurante opère un véritable déplacement de l'axe des priorités régionales et va se décliner dans l'ensemble de nos politiques », C.R.I., Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, 2010-2011, 22 décembre 2010, n° 9, pp. 23-24). Cette déclaration, en forme de confession, n'a sans doute pas aidé dans la défense de la constitutionnalité de l'ordonnance.

taire 2010, dont l'objectif était d'aider les communes qui décidaient d'investir dans la création de crèches. Il s'agissait d'une subvention facultative, justifiée en ces termes : « Subventions aux communes pour la création de places dans les infrastructures communales réservées à l'accueil de la petite enfance. Le crédit a été augmenté à concurrence de 50 % ». Par l'adoption de cette ordonnance, la Région entendait donc aider financièrement les communes qui décidaient de créer des crèches en suffisance pour accompagner au mieux le boom démographique déjà évoqué.

La générosité de la Région ne se voulait pas ponctuelle. Une ordonnance du 24 décembre 2010, contenant le budget général des dépenses de la Région de Bruxelles-Capitale pour l'année budgétaire 2011, établissait une subvention pour les projets d'infrastructures locales en lien avec l'essor démographique. L'ordonnance prévoyait d'attribuer des subventions aux communes qui investissaient dans des milieux d'accueil ou dans des infrastructures d'enseignement, au titre d'une subvention « aux projets d'infrastructures locales en lien avec l'essor démographique ». En 2011, l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 16 décembre 2011 contenant le budget général des dépenses de la Région de Bruxelles-Capitale pour l'année budgétaire 2012 s'inscrivait dans la même perspective, et entendait soutenir financièrement les initiatives communales en matière de formation et d'infrastructures sportives.

6. La bonne volonté régionale bruxelloise fut cependant anéantie suite au recours en annulation intenté par l'ASBL Vlaams Komitee voor Brussel dont l'objet social est « de préserver et de promouvoir la vie flamande dans la région de Bruxelles-Capitale ». La Cour jugea que ladite association avait intérêt à agir en l'espèce, dès lors que la situation des néerlandophones de Bruxelles « pouvait être affectée »¹¹⁵. Cette appréciation est étonnante, « complaisante » jugeront certains auteurs¹¹⁶, tant au regard de l'interdiction d'action populaire que de celle de se substituer à une collectivité fédérée, qui semblaient établies dans sa jurisprudence. En outre, en principe, les parties requérantes doivent démontrer qu'elles sont affectées « défavorablement » par la norme, or la norme attaquée était particulièrement profitable aux établissements néerlandophones¹¹⁷. Les deux autres recours furent intentés par la même association, agissant cette fois de concert avec la Communauté flamande *herself* et l'asbl Vlaamse Volksbeweging, à laquelle on reconnut, dans les mêmes termes étonnants, un intérêt à agir.

115 Voy. arrêt n° 118/2004 du 30 juin 2004, B.2.5. Nous renvoyons, une fois de plus, à la contribution de Xavier DELGRANGE et de Mathias EL BERHOUMI pour une analyse plus poussée de l'intérêt à agir en l'espèce : « Le découpage des compétences régionales et communautaires à Bruxelles », *op. cit.*, p. 79.

116 L. DETROUX, « L'article 178 de la Constitution : une disposition à haut potentiel pour la Région de Bruxelles-Capitale », *A.P.*, p. 607.

117 Voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Le découpage des compétences régionales et communautaires à Bruxelles », *op. cit.*, p. 80.

Dans un raisonnement dans lequel elle applique avec une vigueur toute particulière le principe d'exclusivité des compétences – dont on sait pourtant qu'il a pu être fortement relativisé dans d'autres cas –, la Cour constate que la Région de Bruxelles-Capitale n'est pas compétente en matière de politique familiale, compétence réservée aux communautés, et procède à une application orthodoxe de l'interdiction de toute forme de pouvoir de dépenser (3). Ensuite, ayant (re)qualifié l'opération de financement des communes par la Région, en mesure de financement spécifique, la Cour est amenée à constater l'inconstitutionnalité de l'ordonnance (4).

La Cour nuance toutefois la sévérité de ce dispositif, en balisant la voie à suivre pour faire parvenir des fonds régionaux dans les caisses des communes, via les commissions communautaires (5), et en modulant les effets dans le temps de ses arrêts, si bien que d'aucuns ont pu écrire que la Cour n'a concédé, selon Luc Detroux, qu'une « victoire à la Pyrrhus » aux associations flamandes dont elle a si généreusement interprété la recevabilité des recours¹¹⁸.

3. Un contrôle sévère du fédéralisme financier et de l'exclusivité des compétences

7. Comme on le sait, le principe d'exclusivité des compétences est, en Belgique, interprété comme interdisant à une autorité de financer des politiques publiques qui ne relèvent pas de ses compétences matérielles et territoriales. Le « pouvoir de dépenser », caractéristique du fédéralisme canadien¹¹⁹, n'est, en principe, pas autorisé dans l'architecture institutionnelle belge. La Cour constitutionnelle l'a établi à travers la saga des arrêts *Carrefour*, relative au financement par la Communauté française d'activités culturelles se tenant sur le territoire de la région de langue néerlandaise ; la section de législation du Conseil d'État est également constante sur ce point¹²⁰.

On ne pouvait donc pas s'attendre à une soudaine rupture avec cette jurisprudence bien établie ni à la reconnaissance d'un pouvoir de dépenser à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de l'ordonnance du 24 décembre 2010.

8. Mais là où le raisonnement de la Cour surprend, c'est par l'interprétation particulièrement stricte de ce principe. En effet, il existait bel et bien une double lecture de la problématique du manque d'accompagnement de la démographie bruxelloise, que la Cour n'a pas voulu voir.

118 L. DETROUX, « L'article 178 de la Constitution : une disposition à haut potentiel pour la Région de Bruxelles-Capitale », *op. cit.*, p. 607. Le même auteur estime ainsi que ces recours flamands contre les ordonnances bruxelloises ont eu un « effet contreproductif » (*ibid.*, p. 607), établissant un parallèle avec le raisonnement de Jurgen Van Praet à propos des recours de la Communauté française contre la *zorgverzekering* flamande.

119 Voy. not. : V. VANDER GEETEN, « Le pouvoir de dépenser en Belgique et au Canada : gage d'efficacité ou entorse au fédéralisme ? », *R.B.D.C.*, 2008, 4, pp. 350 et s.

120 Voy. à ce sujet S. WATTIER et P. DERMINE, *Le partage des compétences en matière de fiscalité et de budget*, cet ouvrage, pp. 310-342.

Le Gouvernement bruxellois, tout en ne contestant pas que la politique familiale soit bien du ressort des Communautés, soulignait que la situation de pénurie en matière d'accueil de la petite enfance avait une incidence importante sur la mise en œuvre de sa compétence en matière d'emploi¹²¹. Ce lien entre la politique en matière familiale et la prise en charge de la petite enfance fut développé au fil des recours. Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt n° 67/2012, le Gouvernement bruxellois avait développé un argumentaire plus sophistiqué sur sa compétence, la reliant à la fameuse doctrine du double aspect, théorisée par Jurgen Vanpraet et validée, dans deux cas, par la Cour constitutionnelle elle-même :

« Selon le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, les parties requérantes se fondent à tort sur une séparation pure et simple des compétences des communautés et des régions, lesquelles, selon lui, sont pourtant étroitement liées dans la présente affaire. [...].

Il renvoie également aux arrêts n°s 101/2008 et 11/2009 de la Cour, dont il ressortirait que la circonstance qu'une norme qui a été adoptée par une autorité publique déterminée dans l'exercice de ses compétences puisse contribuer à la réalisation d'un objectif que poursuit également une autre autorité publique dans l'exercice de ses compétences n'entraîne pas en soi une violation des règles répartitrices de compétence. Cette « doctrine du double aspect » aurait également déjà été admise par la Section de législation du Conseil d'État. Pour qu'il puisse être fait application de cette doctrine, deux conditions devraient être remplies. D'une part, le processus de délimitation des deux matières de compétence doit effectivement permettre qu'une norme juridique similaire relève de la compétence des deux autorités publiques et, d'autre part, cette doctrine ne peut donner lieu à des conflits de normes. Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale estime qu'il est satisfait à ces conditions en l'espèce, puisque tant la politique de l'emploi, pour laquelle les régions sont compétentes, que la politique de la famille et de l'enseignement, pour laquelle les communautés sont compétentes, peuvent justifier l'intervention de l'autorité publique dans le financement des infrastructures d'accueil, et qu'il n'existerait pas de conflits de normes en l'espèce, parce qu'un financement supplémentaire par la Communauté flamande ne ferait que compléter le financement par la Région de Bruxelles-Capitale ».

L'argument n'était pas dépourvu de pertinence. Les arrêts évoqués par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale ouvraient une brèche dans le principe d'exclusivité des compétences, déjà commentée dans la contribution d'Aurélié Héroult et d'Anne-Stéphanie Renson.

Dans son arrêt n° 101/2008 du 10 juillet 2008, la Cour constitutionnelle admet que « B.10.1. La circonstance qu'une norme décrétaie, adoptée par le législateur régional dans l'exercice de ses compétences, peut avoir pour effet de contribuer à la réalisation d'un objectif par ailleurs poursuivi par le législateur communautaire dans l'exercice de ses compétences propres ne peut entraîner, à elle seule, une violation des règles répartitrices de compétence

121 Voy. C.C., arrêt n° 184/2011 du 8 décembre 2011, A.6.1. Cet argument a été affiné dans les arrêts subséquents.

par le législateur régional. Il en irait toutefois autrement si, en adoptant une telle mesure, le législateur régional rendait impossible ou exagérément difficile l'exercice, par le législateur communautaire, de ses compétences ». Dès lors, « [l]a circonstance que l'apprentissage du néerlandais pourra également avoir un effet positif sur les possibilités d'intégration sociale et professionnelle des personnes concernées, et par conséquent sur les objectifs poursuivis par la Communauté flamande en matière d'intégration des personnes immigrées, ne saurait faire obstacle à l'exercice, par la Région, de sa compétence en matière de logement »¹²². À la lecture de ces considérants, Xavier Delgrange et Mathias El Berhoumi estiment qu'on pouvait raisonnablement considérer que l'investissement par la Région, au titre de sa compétence en matière d'emploi dans les infrastructures communales, ne méconnaissait pas le principe de proportionnalité¹²³.

La Cour constitutionnelle avait, dans l'un des arrêts de la saga *zorgverzekering* (arrêt n° 11/2009 du 21 janvier 2009), validé un dispositif communautaire d'assurance soins pour les personnes. Dans cet arrêt, la Cour admet qu'un législateur communautaire adopte une assurance soins au titre de ses compétences d'aide aux personnes, tout en excluant une interprétation de cette jurisprudence qui interdirait au législateur fédéral de prendre des mesures similaires à celles développées par la Communauté flamande à l'égard des personnes ayant une autonomie réduite¹²⁴. Selon Jurgen Vanpraet, il fallait lire cet arrêt comme validant la théorie du double aspect, qui implique que deux législateurs peuvent établir des normes comparables chacune en vertu d'un titre de compétence distinct sur un même objet, dans les limites de leurs compétences¹²⁵.

9. Vu ses arrêts antérieurs, on s'attendait à ce que la Cour pose le choix interprétatif de la cohérence et du *self-restraint* qu'elle avait manifesté à l'égard des autorités flamandes lorsque celles-ci avaient adopté des normes investissant, notamment financièrement, des domaines de compétences qui relevaient aussi, et même prioritairement, de la compétence d'autres collectivités. Ce n'est finalement pas cette voie qui fut suivie. Sans même formuler une ébauche de réponse à l'argumentaire de la Région de Bruxelles-Capitale, sans prendre le soin non plus de distinguer la situation des ordonnances bruxelloises attaquées et les dispositifs qu'elle a pu valider dans le passé, la Cour se limite à un rappel lapidaire du principe d'exclusivité, formulé en ces termes : « [...] l'allocation de base contestée ne peut donc, dans cette mesure, être qualifiée de disposition relevant de la politique de l'emploi au sens de l'article 6, § 1^{er}, IX, de

122 C.C. arrêt n° 101/2008 du 10 juillet 2008, B.10.1 et B.10.2.

123 X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Le découpage des compétences régionales et communautaires à Bruxelles ou la tentation de la transgression », *op. cit.*, p. 81.

124 *Id.* ; C.C., arrêt n° 11/2009 du 21 janvier 2009, B.15.2.

125 J. VANPRAET, « Vers une sécurité sociale flamande complémentaire dans le cadre actuel de répartition des compétences ? », *J.T.*, 2010, p. 30.

la [LSRI] »¹²⁶. Dans l'arrêt n° 184/2011 du 8 décembre 2011, la Cour estime ainsi que le financement d'infrastructures communales en matière d'accueil de la petite enfance relève exclusivement de la compétence des communautés. Dans son deuxième arrêt n° 67/2012 du 24 mai 2012, la Cour estime que les fameuses « Subvention[s] aux projets d'infrastructures locales en lien avec l'essor démographique », qui permettaient le financement d'initiatives communales de création de places en crèche et dans les écoles, relevait exclusivement de la compétence régionale. Enfin, dans son dernier arrêt n° 113/2014 du 17 juillet 2014, elle estime que le financement de formations professionnelles, de formations et d'infrastructures sportives organisées par les communes relève exclusivement de la compétence des communautés.

On aurait pu attendre d'une Cour, qui manifeste une telle orthodoxie dans son rappel de l'exclusivité des compétences, qu'elle aille jusqu'au bout de la logique et énonce les compétences des autres collectivités en matière de financement de missions communautaires des communes à Bruxelles, même si certaines restaient et restent virtuelles. En effet, ne relèvent pas de la compétence exclusive de chacune des deux communautés les écoles et les crèches communales qui seraient bilingues, et qui tombent dans le giron de l'État fédéral pour les premières, de la Commission communautaire commune pour les secondes. En ce qui concerne les infrastructures sportives communales, la compétence de principe des deux communautés, rappelée avec force par la Cour, était, en réalité, très théorique dès lors que les infrastructures sportives communales strictement uncommunautaires devaient être assez rares. L'immense majorité des infrastructures communales sportives relevaient en fait de la compétence de l'État fédéral pour le biculturel résiduel¹²⁷. Finalement, c'est une version quelque peu tronquée de l'exclusivité des compétences à Bruxelles qui nous est offerte dans ces considérants qui pourtant entendent rappeler avec rigueur la portée du principe d'exclusivité des compétences, dès lors que ces passages oublient tout à fait la question du bicommunautaire, certes très virtuelle dans le cas des crèches et des écoles maternelles (dès lors que la COCOM et l'État fédéral restent, dans ces domaines de compétences, remarquablement inactifs) mais très tangible dans le cas des infrastructures sportives.

Dans cette conception étroite du principe d'exclusivité des compétences, Xavier Delgrange et Mathias El Berhoumi concluent que « [l'acte] de subventionner des infrastructures ne peut ressortir de plusieurs compétences relevant d'entités différentes. Le rattachement à la compétence d'une entité exclut

126 C.C., arrêt n° 67/2012 du 24 mai 2012, B.6.6.

127 À l'exception, peut-être, comme le souligne Luc Detroux, d'éventuelles infrastructures destinées exclusivement aux clubs de scrabble (L. DETROUX, « L'article 178 de la Constitution : une disposition à haut potentiel pour la Région de Bruxelles-Capitale », *op. cit.*, p. 613, note 44) – encore qu'on pouvait aussi imaginer un local ouvrant le choix aux joueurs d'opter pour une partie en français ou en néerlandais.

de manière absolue l'intervention d'une autre entité »¹²⁸. Cette conclusion contredit les arrêts invoqués par le Gouvernement bruxellois, mais également un arrêt de la Cour dans lequel la Cour valide la mise à disposition de deniers fédéraux dans des domaines communautaires, au motif que l'autorité fédérale respectait les choix communautaires¹²⁹. Quant à l'argument fondé sur les compétences implicites, développé par le Gouvernement bruxellois dans l'arrêt n° 118/2014 du 17 juillet 2014, il ne trouve aucun écho dans le dispositif de l'arrêt, pas plus que les arguments fondés sur la théorie du double aspect dans les deux arrêts ultérieurs rendus sur les recours contestant les ordonnances régionales.

Les deux arrêts, peu motivés, procèdent à un contrôle particulièrement sévère des ordonnances bruxelloises, qui tranche avec la grande déférence marquée à l'égard d'autres collectivités qui avaient débordé leurs domaines de compétences par le biais de leurs compétences fiscales et de leur capacité financière¹³⁰. Dès lors que ces collectivités avaient, dans les arrêts *Wooncode* et *Zorgverzekering* précités, pu bénéficier d'une interprétation très souple de l'exclusivité des compétences, le contrôle serré de l'ordonnance peut être perçu comme profondément injuste par les Bruxellois, qui ne sont pas en mesure de comprendre, vu la pauvreté de la motivation, une telle variation dans la politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle.

10. Faut-il déduire du laconisme de la Cour un rejet implicite de la théorie du double aspect ? La Cour n'a pas daigné répondre à l'argument tiré de cette théorie, préférant éviter de se prononcer sur l'héritage des arrêts *zorgverzekering*, et paraissant tirer argument de la maladresse de certains parlementaires, prompts à étaler au grand jour leurs états d'âme sur la constitutionnalité des techniques de financement développées¹³¹. La Cour renoue dans ces trois affaires bruxelloises avec une lecture très stricte, absolue, du principe d'exclusivité des compétences : elle se limite à constater que le financement d'infrastructures d'accueil de la petite enfance ou d'enseignement ressort aux compétences communautaires et exclut de l'envisager sous un second aspect. Comme on le verra ci-dessous, elle estime au même titre que le rattachement des allocations contestées à la compétence de financement des missions com-

128 X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Le découpage des compétences régionales et communautaires à Bruxelles ou la tentation de la transgression », *op. cit.*, p. 81.

129 *Ibid.*, p. 82 ; C.C. arrêt n° 63/2005 du 23 mars 2005, B.10.

130 C'est à un point tel que Xavier Delgrange et Luc Detroux avaient pu écrire que « les compétences appartiennent en définitive à ceux qui ont les moyens de se les payer » (X. DELGRANGE et L. DETROUX, « Tout s'achète, même les compétences. Le "pouvoir de dépenser" fleurit sur le terreau de l'autonomie fiscale », *Journ. Jur.*, 2002, I, 9, p. 4).

131 Pour Frank Judo, la Cour n'était pas contrainte d'examiner l'argument dans les affaires où des parlementaires bruxellois avaient exprimé leurs doutes quant au fondement de la subvention, notamment en évoquant la nécessité de « ruser avec les compétences », dès lors qu'il y avait là un aveu d'incompétence qui excluait un recours authentique à la théorie du double aspect : voy. F. Judo, « *Timeo Danaos et dona ferentes*. Onderwijsfinanciering iso ok onderwijsbeleid », *T.O.R.B.*, 2012-2013/5, pp. 403-405.

municipales spécifiques exclut qu'on les rattache à la compétence de financement général de ces communes¹³².

Dans ce contexte, et même si la pauvreté de la motivation contraint à l'art divinatoire, il serait inadmissible qu'une interprétation d'un principe d'exclusivité puisse profiter à certaines collectivités pour élargir leur aire de compétence, et pas à d'autres. S'il y a rejet implicite de la théorie du double aspect dans ces affaires bruxelloises, ce rejet devrait valoir pour toutes les entités fédérées, quel que soient d'ailleurs les états d'âme de leurs parlementaires sur le caractère authentique du rattachement de leur intervention à un titre de compétence.

4. Le financement des communes par la Région de Bruxelles-Capitale dans des matières communautaires : général ou spécifique ?

11. En budgétisant des subventions à disposition des communes qui investissaient dans des crèches, le législateur bruxellois n'innovait aucunement. En effet, comme le relèvent Mathias El Berhoumi et Xavier Delgrange, procédaient déjà de la même logique une ordonnance du 13 février 2003 prévoyant l'octroi de subventions spéciales en faveur des communes et destinées à la réalisation de tâches d'intérêt public et deux ordonnances du 19 juillet 2007 visant à améliorer la situation budgétaire des communes de la Région de Bruxelles-Capitale et à associer les communes dans le développement économique de la Région de Bruxelles-Capitale. La section de législation du Conseil d'État avait certes remarqué qu'un doute existait sur la qualification exacte des subventions ainsi prévues. Elle avait d'abord rappelé les deux voies que la Région pouvait emprunter pour soutenir les communes : la compétence en matière de « financement général des communes » (article 6, § 1^{er}, VIII, al. 1^{er}, 9^o, de la LSRI), qui regroupe « les modes de financement généralement quelconques en vertu desquels les communes sont financées suivant des critères qui ne sont pas directement liés à une mission ou tâche spécifique »¹³³ ou le financement « de missions déterminées à remplir par les communes », mais, dans ce dernier cas, ces missions doivent concerner des matières qui relèvent de la compétence régionale (article 6, § 1^{er}, VIII, al. 1^{er}, 10^o, de la LSRI). La section de législation estimait ainsi :

« Dès lors de deux choses l'une : ou bien la Région souhaite subventionner des missions déterminées, et dans ce cas, il doit s'agir de missions qui dépassent l'intérêt exclusivement communal et qui rentrent dans la sphère des compétences régionales,

132 L. DETROUX, « L'article 178 de la Constitution : une disposition à haut potentiel pour la Région de Bruxelles-Capitale », *op. cit.*, p. 614.

133 *Doc. parl.*, Ch. repr., 1988, n° 516/1, p. 18, cité par l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° 34.011/2 du 23 octobre 2002 sur un avant-projet portant octroi de subventions spéciales aux communes de la Région de Bruxelles-Capitale, *Doc.*, Rég. Bxl.-Cap., sess. 2002-2003, A-385/1, p. 5.

ou bien la Région veut « aider les communes à exercer au mieux leurs compétences générales », définies comme « étant toutes celles qui sont d'intérêt communal, au sens des articles 41 et 162 de la Constitution », et dans ce cas, elle ne peut assortir cette aide de conditions telles que, fût-ce par le biais d'un mécanisme contractuel, elles porteraient atteinte à l'autonomie communale »¹³⁴.

En réponse à cet argumentaire, le législateur bruxellois avait précisé que « l'octroi de telles subventions s'inscrit dans la compétence de la Région en matière de financement général des communes, en vue de favoriser la réalisation de tâches d'intérêt communal (cf. art. 6, § 1^{er}, VIII, al. 1^{er}, 9^o, de la LSRI) »¹³⁵. Cette réponse semblait avoir convaincu ; en tout cas, personne n'a par la suite contesté l'ordonnance du 13 février 2003 ni les ordonnances du 19 juillet 2007.

Le Gouvernement bruxellois avait adopté une série d'arrêtés en la matière, portant l'engagement de la Région encore plus loin. Un arrêté du 7 juin 2007 avait, sur la base du budget 2007, entrepris de soutenir les crèches communales. Un autre arrêté du 10 avril 2008, fondé sur le budget 2008, était, remarque Dimitri Yernaut, « allé plus loin encore puisqu'il portait sur la rénovation d'infrastructures consacrées aux crèches en général, les communes étant désignées comme "les interlocuteurs uniques du Gouvernement" en ce compris pour les projets à introduire par les C.P.A.S. et des A.S.B.L. »¹³⁶.

Force est de constater que la Cour constitutionnelle ne fut pas sensible à cette présentation de la nature desdites subventions aux communes comme procédant du financement général des communes, dans une affaire où le Gouvernement bruxellois entretenait un certain flou sur sa vision desdites subventions, les rattachant à la fois au financement général et au financement spécifique¹³⁷. À la suite de Xavier Delgrange et Mathias El Berhoumi, on peut, avant d'analyser la division entre les matières communautaires et régionales, « se demander si la Cour n'adopte pas une interprétation excessivement stricte de la notion de financement général des communes ». En effet, en l'espèce, il ne s'agissait aucunement pour la Région bruxelloise de financer des missions qu'elle imposait aux communes – dans ce cas de figure, il est normal que ces missions relèvent de sa compétence. Que du contraire : la Région bruxelloise « ne s'est pas appropriée la matière des infrastructures consacrées aux crèches, mais a prévu d'aider les communes qui, dans le cadre de leur autonomie communale, décident d'investir dans ce domaine »¹³⁸.

134 Avis de la section de législation du Conseil d'État n° 34.011/2 du 23 octobre 2002 sur un avant-projet portant octroi de subvention spéciales aux communes de la Région de Bruxelles-Capitale, Doc., Rég. Bxl.-Cap., sess. 2002-2003, A-385/1, p. 5.

135 Exposé des motifs de François Xavier de Donnée, rapport de la Commission des affaires intérieures, Doc., Rég. Bxl.-Cap., sess. 2002-2003, A-385/2.

136 D. YERNAULT, « Le droit organique et le financement des communes bruxelloises », : un quart de siècle de centralisation et de collaborations », in B. LOMBAERT, D. YERNAULT, P.-O. DE BROUX (dir.), *Le droit bruxellois. Un bilan après vingt-cinq ans d'application*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 453.

137 C.C., arrêt n° 184/2011 du 8 décembre 2011, A.5.2.

138 X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Le découpage des compétences régionales et communautaires à Bruxelles ou la tentation de la transgression », *op. cit.*, pp. 78 et 79.

5. Le passage obligé par les commissions communautaires

12. Comme pour tempérer la rudesse de son raisonnement sur l'exclusivité des compétences et sur la qualification du financement opéré, la Cour maintiendra, dans l'arrêt n° 184/2011 du 8 décembre 2011 et dans les deux arrêts subséquents, les effets des dispositions dont l'annulation était postulée¹³⁹. Dans l'arrêt du 8 décembre 2011, la Cour estime qu'une annulation avec effets rétroactifs « aurait pour effet que plusieurs acteurs qui ont pu invoquer de bonne foi une disposition budgétaire et une décision des pouvoirs publics fondés sur cette disposition pouvaient rencontrer des problèmes financiers »¹⁴⁰. Il faut bien voir que cette annulation avec maintien des effets prive concrètement de tout effet pratique ladite annulation, dès lors qu'il s'agissait d'une règle budgétaire qui avait épuisé ses effets au terme de l'année budgétaire 2010.

13. Mais la Cour ne se contente pas de cette modulation des effets de ses arrêts. Dans les arrêts précités, la Cour constitutionnelle désigne les commissions communautaires comme véhicules autorisés des deniers régionaux vers les communes¹⁴¹. Dans son premier arrêt n° 184/2011, ce n'est qu'implicitement que la Cour suggère à la région de transférer les moyens financiers aux commissions communautaires : « [L]es moyens accordés dans l'allocation de base contestée sont toutefois transférés aux communes et non aux commissions communautaires, dans les conditions prévues par l'article 83*bis* de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises »¹⁴².

Dans le troisième arrêt n° 13/2014 du 29 janvier 2014 de cette saga, la Cour confirme cette possibilité d'un passage par les commissions communautaires. Elle estime que la Région était « compétente pour pourvoir au financement complémentaire des commissions communautaires destiné aux formations professionnelles »¹⁴³. La Cour considère que les moyens financiers transférés par le biais des commissions communautaires, qui avaient été effectués en respectant la clé de répartition 80/20, exigée par l'article 83*bis* de la loi spéciale du 12 janvier 1989 ne sont pas contestables¹⁴⁴. Avec Luc Detroux, il faut lire cet arrêt comme franchissant un pas supplémentaire dans l'interprétation de l'article 178 de la Constitution. En effet, si dans les deux premiers arrêts, la Cour « se limitait à suggérer que si la Région de Bruxelles-Capitale disposait

139 Or ces dispositions avaient épuisé leurs effets au terme des années budgétaires pour lesquelles elles avaient été adoptées.

140 C.C., arrêt n° 184/2011 du 8 décembre 2011, B.9.2.

141 *Ibid.*, B.8.1. ; C.C., arrêt n° 67/2012 du 24 mai 2012, B.9.1. ; C.C., arrêt n° 13/2014 du 29 janvier 2014, B.19. ; C.C., arrêt n° 113/2014 du 17 juillet 2014, B.24.

142 Voy également C.C., arrêt n° 67/2012 du 24 mai 2012, B.9.1. à B.9.1.

143 C.C., arrêt n° 184/2011 du 8 décembre 2011, B.19.3.

144 Voy. arrêt n° 13/2014 du 29 janvier 2014, B.19.1, B.19.2., B.19.2., B.19.4. et B.20. Voy. aussi C.C., arrêt n° 113/2014 du 17 juillet 2014. Sans surprise, la Cour annule les dispositions qui opéraient un financement direct des communes dans des matières considérées comme étant exclusivement communautaires : voy. arrêt n° 13/2014 du 29 janvier 2014, B.24.4.

de moyens excédentaires et estimait que les commissions communautaires n'en disposaient pas suffisamment pour créer des crèches ou des écoles, elle pouvait toujours transférer ces moyens à ces commissions qui pourraient, dans la mesure de leur autonomie, décider de consacrer ces moyens supplémentaires à des crèches ou à des écoles »¹⁴⁵ ; dans son troisième arrêt rendu sur ces allocations de base, la Cour estime que ce financement « peut être destiné à des compétences déterminées pour autant que celles-ci relèvent bien des compétences de commissions communautaires ». Ainsi, l'article 178 n'autorise-t-il pas seulement un financement général, mais aussi « un financement spécifique destiné à des compétences déterminées des commissions communautaires »¹⁴⁶. Par cette interprétation de l'article 178, la Cour constitutionnelle déroge à la lecture stricte du fédéralisme financier dont elle fait la promotion dans les trois arrêts de cette saga sur le financement bruxellois des communes dans les matières communautaires, conférant un pouvoir de dépenser à la Région de Bruxelles-Capitale dans les matières communautaire, à la condition de s'accommoder du passage par les commissions communautaires.

À l'évidence, la voie tracée par la Cour constitutionnelle recèle d'importantes potentialités pour faire face aux défis posés à Bruxelles. Mais il n'est pas certain que ce détour par les commissions communautaires soit susceptible de résoudre tous les problèmes. D'abord, le passage par les commissions communautaires n'a jamais renforcé la lisibilité, la cohérence et la simplicité institutionnelle. Ensuite, il emporte certains risques financiers¹⁴⁷. En outre, il implique le respect de la règle 80/20, et donc l'attribution de moyens financiers à une collectivité qui n'en a pas réellement besoin. Par ailleurs, ce passage par les deux commissions communautaires ne résout à l'évidence pas le problème du « bicommunautaire » ; celui-ci reste dépendant, en l'état actuel des choses, et à l'exception du biculturel d'intérêt régional, de la Commission communautaire commune, dans certains cas, de l'État fédéral, dans d'autres. Enfin, cette voie tracée par la Cour constitutionnelle néglige par définition le secteur bicommunautaire. En effet, ce mécanisme ne peut être mobilisé par la Région bruxelloise pour développer une aide financière à l'intention d'infrastructures communales bilingues.

Malgré ces écueils, les ordonnances budgétaires de la Région de Bruxelles-Capitale continuent de mobiliser ce mécanisme de passage par les commissions communautaires¹⁴⁸. Il reste cependant à évaluer l'efficacité de ce passage de

145 L. DETROUX, « L'article 178 de la Constitution : une disposition à haut potentiel pour la Région de Bruxelles-Capitale », *op. cit.*, p. 612.

146 *Ibid.*, p. 612.

147 X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Le découpage des compétences régionales et communautaires à Bruxelles ou la tentation de la transgression », *op. cit.*, pp. 83-97.

148 Voy. le dernier projet d'ordonnance contenant le Budget des Voies et Moyens de la Région de Bruxelles-Capitale pour l'année budgétaire 2018, *Doc., Rég. Brux.-Cap.*, sess. 2017-2018, n° A-591/1. Dans le rapport de la commission, il est établi que « [l]es crédits destinés aux crèches qui existent déjà depuis plusieurs années sont versés aux commissions communautaires française et flamande selon la clé de répartition 80/20 et destinés spécifiquement à l'extension de la capacité dans les crèches »

relais des deniers régionaux. Ont-ils été utilisés avec efficacité ? Les objectifs de la Région, qui dispose d'une vision d'ensemble des défis sur le territoire bruxellois, sont-ils compris, intégrés et rencontrés par chacune des commissions uncommunautaires, qui ne sont *constitutionnellement* compétentes qu'envers une communauté bien déterminée ?

14. Au-delà du chemin des commissions communautaires, d'autres voies de financement des matières communautaires par la Région existent. Ainsi, les auteurs de la Sixième Réforme de l'État ont-ils, par exemple, préféré dégager une autre voie pour financer les politiques communautaires à Bruxelles : l'article 5 de la loi spéciale du 19 juillet 2012 portant un juste financement des institutions bruxelloises. Cette disposition permet d'augmenter les budgets des Commissions uncommunautaires afin de rencontrer le défi du boom démographique bruxellois, notamment dans les domaines de l'enseignement et de la petite enfance¹⁴⁹. Une série d'ordonnances conjointes à la Région de Bruxelles-Capitale et à la Commission communautaire permettent également de réserver de l'argent à des matières communautaires, comme les crèches¹⁵⁰.

C. L'exercice des compétences fédérales à Bruxelles et les clés de répartition

Avis C.E. n° 61.574/2 du 19 juin 2017 sur un avant-projet de loi « portant modification de la loi relative à l'exercice des professions des soins de santé », coordonnée le 10 mai 2015

Extrait

On n'aperçoit toutefois pas le lien entre le nombre d'élèves en obligation scolaire fréquentant respectivement les écoles néerlandophones et francophones, d'une part, et la répartition des attestations de contingentement de candidats-médecins spécialistes par communauté, d'autre part.

Indépendamment même du fait que le critère retenu ne tient apparemment compte ni des écoles privées ni des écoles européennes et internationales sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale, il est permis de considérer, plus fondamentalement, que ce critère est sans pertinence au regard de l'objet de la mesure.

(Rapport fait au nom de la commission des Finances et des Affaires générales par Mme Nadia El YOUSFI et M. Jef VAN DAMME, de la commission des Finances et des Affaires générales, Doc., Rég. Brux.-Cap., sess. 2017-2018, p. 146). On y lit également que « tant la Commission communautaire commune que la Commission communautaire française, souhaitent disposer de moyens supplémentaires à consacrer à un accord avec le secteur non marchand. Un montant de 6 millions d'euros est dès lors prévu pour la Commission communautaire commune et un montant de 5 millions d'euros est prévu pour les commissions communautaires française et flamande. Le million d'euros revenant à la Commission communautaire flamande sera consacré au secteur de l'enseignement ».

149 Voy. J. VELAERS, « Bruxelles dans la Sixième réforme de l'État », *op. cit.*, p. 180.

150 Voy. not. : l'ordonnance conjointe du 27 juillet 2017 à la Région de Bruxelles-Capitale et à la Commission communautaire commune fixant les règles de répartition de la dotation générale aux communes et aux CPAS de la Région de Bruxelles-Capitale à partir de l'année 2017.

Afin de répartir les attestations entre les Communautés en se fondant sur une clé de répartition basée sur le nombre d'habitants par communauté, le législateur doit établir un critère qui est en rapport raisonnable avec l'objectif poursuivi.

Observations

1. Dans de multiples cas, la collectivité fédérale, en déployant ses compétences sur le territoire bruxellois, est confrontée à la nécessité de répartir certaines ressources entre francophones et néerlandophones.

En l'absence de recensement linguistique, plusieurs clés de répartition ont été utilisées mais aucune ne parvient à convaincre. Elles suscitent d'importantes objections constitutionnelles, à tel point qu'on peut s'interroger sur la possibilité d'élaborer des critères de répartition réellement pertinents.

2. Le sévère avis rendu le 19 juin 2017 par le Conseil d'État concerne un dossier à haute tension au point de vue communautaire : le contingentement des candidats médecins. Ce dossier fait l'objet de vifs désaccords entre la Communauté flamande et la Communauté française. Au Nord, on argue du non-respect pendant des années des quotas fédéraux par le Sud du pays, générant un sentiment d'injustice auprès des jeunes médecins du Nord, soumis à un examen d'entrée. Au Sud du pays, les francophones assument n'avoir jamais exécuté avec bonne volonté une décision fédérale à laquelle ils n'ont pas adhéré, cette politique produisant une pénurie, une médecine à deux vitesses et renforçant les difficultés d'accès dans l'enseignement supérieur¹⁵¹.

L'avant-projet soumis à l'analyse de la section de législation développe un système de quotas pour l'accès aux formations de médecins spécialistes ou généralistes ; sans une « attestation de contingentement », il n'est pas possible pour les candidats « hors quota » de commencer un stage et d'imputer des prestations à l'INAMI. Des mesures d'ajustement sont prévues, pour les cas où la « régulation du flux » des étudiants qui désirent entamer des études de médecine ne coïncide pas avec le nombre de places prévues. Des mesures de « lissage » étaient en outre prévues, pour compenser les dépassements antérieurs de la Communauté française des quotas établis. Il s'agit du « sur-nombre » visé au nouvel article 92/1, et qui est censé rétablir l'égalité par rapport aux excédents du passé au Sud du pays.

L'imbrication entre la compétence fédérale en matière de contingentement et les compétences communautaires dans ce dossier mérite d'être rappelée. Si la Sixième Réforme de l'État a transféré certaines compétences secondaires

151 M. El BERHOUMI, « Salomon chez les médecins : le *numerus clausus* tranché par le Conseil d'État », *A.P.*, 2016/4, pp. 470 à 490.

d'exécution et de fixation de sous-quotas et d'agrément des professionnels de la santé aux Communautés, l'État fédéral est seul habilité pour définir le contingentement des prestataires de soins de santé ; il reste ainsi le principal maître pour l'élaboration de politiques en ce domaine¹⁵². C'est donc, pragmatiquement, à lui que revient la tâche d'élaborer une politique concernant l'accès aux professions de médecins spécialistes et de régler la question de l'attribution des numéros INAMI, quand la compétence en matière d'enseignement de la médecine, et de formation des futurs médecins, revient à l'évidence aux communautés.

3. L'avant-projet de loi portant modification de la loi relative à l'exercice des professions des soins de santé revisitait les critères pris en compte par la Commission de planification de l'offre médicale pour déterminer les besoins en la matière. Il énumère des critères qui paraissent évidents dès qu'un contingentement est demandé en la matière : l'évolution des besoins relatifs aux soins médicaux¹⁵³, la qualité des prestations des soins ou encore l'évolution démographique et sociologique des professions concernées et de la population. Mais, loin de traduire cet objectif général de qualité des soins en critère décisif pour l'élaboration du contingentement, ledit avant-projet, étonnamment, se borne à considérer le critère du « nombre d'habitants par communauté » pour établir les quotas. Ainsi, pour déterminer le nombre de candidats médecins spécialistes, l'avant-projet, devenu la loi du 22 mars 2018, prévoit que c'est uniquement « sur la base du nombre d'habitants par communauté » que sont répartis les contingentements par communauté¹⁵⁴.

La section de législation du Conseil d'État juge ce critère de répartition fondé exclusivement sur les habitants des communautés foncièrement problématique¹⁵⁵. La section de législation épingle l'incohérence de ce critère, ainsi que le risque non négligeable d'atteinte à un droit fondamental, le droit à la protection de la santé, dès lors que l'application de ce critère « peut aboutir à un recul de l'offre médicale dans telle ou telle communauté par rapport aux besoins de ses habitants », besoins qui, ironiquement, auraient été identifiés par la Commission en application des critères énoncés comme prioritaires mais non repris pour les décisions de la Commission de planification¹⁵⁶. Elle

152 Voy. *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2232/1, p. 48 ; L. DETROUX et A.-S. RENSON, « La Sixième Réforme de l'État et les soins de santé », in *La sécurité sociale dans l'État fédéral*, Bruxelles, Anthemis, 2017, pp. 31-51 ; J. VAN NIEUWENHOVE, « Les nouvelles compétences communautaires en matière de soins de santé et d'aide aux personnes handicapées », *Rev. b. séc. soc.*, 2015, pp. 287 et 288.

153 Qui contraste singulièrement au Nord et au Sud du pays.

154 Art. 92, § 1/1, al. 3, Loi coordonnée relative à l'exercice des professions des soins de santé du 10 mai 2015, *M.B.*, 18 juin 2015.

155 Avis de la section de législation du Conseil d'État n° 61.574/2 du 19 juin 2017 sur un avant-projet de loi portant modification de la loi relative à l'exercice des professions des soins de santé, coordonnée le 10 mai 2015, p. 4 (ci-après avis SLCE, n° 61.574).

156 Avis SLCE, n° 61.574, p. 3.

mentionne en outre que la question de la mobilité des étudiants n'est pas prise en compte dans les critères déterminants pour la Commission de planification.

La section de législation épingle le risque d'empiètement de pareil critère de fixation des quotas sur la compétence des communautés en matière d'enseignement, qui évolue notamment en prenant en compte les besoins médicaux d'une population.

4. Pareille répartition en fonction des habitants des communautés est peut-être inadéquate de manière générale ; elle est certainement fort suspecte quand on l'envisage dans le contexte bruxellois. En effet, l'avant-projet de loi, devenu la loi du 22 mars 2018, détermine le volume des contingentements flamands et francophones en fonction du nombre d'élèves fréquentant les écoles primaires et secondaires flamandes ou francophones à Bruxelles¹⁵⁷.

La section de législation du Conseil d'État déploie une critique acerbe de cette clé « nombre d'élèves ».

D'abord, relève-t-elle, « on n'aperçoit [...] pas le lien entre le nombre d'élèves en obligation scolaire fréquentant respectivement les écoles néerlandophones et francophones, d'une part, et la répartition des attestations de contingentement de candidats médecins spécialistes par communauté, d'autre part ». La référence à la « concertation au niveau politique », en forme d'aveu d'un compromis politique sans réel lien avec le dossier, et la précision apportée par la déléguée de la ministre de ne s'en tenir qu'aux seuls chiffres relatifs au nombre d'élèves inscrits dans les réseaux de chacune des communautés, n'ont pas été de nature à éclairer la lanterne des conseillers d'État à cet égard¹⁵⁸.

Ensuite, la section de législation, utilisant une étude réalisée par plusieurs spécialistes des universités de Leuven et de Gand, remarque que « le nombre d'élèves fréquentant l'enseignement néerlandophone n'est pas représentatif du nombre de néerlandophones habitant la Région de Bruxelles-Capitale »¹⁵⁹. Elle relève également que ce critère élude la question des élèves fréquentant des écoles privées, ou encore des écoles européennes et internationales¹⁶⁰. Raisonnant par analogie avec la question des cadres linguistiques propres aux tribunaux à Bruxelles, la section de législation conclut que la clé de réparti-

157 L'article 92, § 1/1 dispose que :

« [...] Le nombre d'habitants néerlandophones de la Région de Bruxelles-Capitale est déterminé en fonction de la proportion d'élèves de l'enseignement primaire et secondaire néerlandophone dans la Région de Bruxelles-Capitale par rapport au nombre total d'élèves de l'enseignement primaire et secondaire francophone et néerlandophone dans la Région de Bruxelles-Capitale [...]. Le nombre d'habitants francophones de la Région de Bruxelles-Capitale est déterminé en fonction de la proportion d'élèves de l'enseignement primaire et secondaire francophone dans la Région de Bruxelles-Capitale par rapport au nombre total d'élèves de l'enseignement primaire et secondaire francophone et néerlandophone dans la Région de Bruxelles-Capitale ».

158 Avis SLCE, n° 61.574, p. 5.

159 Avis SLCE, n° 61.574, p. 5. L'étude citée est la suivante : P. FANNES, B. VRANCKX, F. SIMON, M. DEPAEPE, « L'enseignement en Communauté flamande (1981-2013) », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2013/21, n°s 2186 à 2187, pp. 75 à 76, 78 à 79.

160 Avis SLCE, n° 61.574, p. 6.

tion ne se fonde pas sur un critère qui entretient un rapport raisonnable avec l'objectif poursuivi¹⁶¹.

Dès lors que le critère employé n'est pas représentatif du nombre réel d'élèves réellement « rattachables » à l'une ou à l'autre communauté, le système de calcul est forcément biaisé à l'avantage d'une des deux communautés. Celle-ci voit en effet son quota « gonflé » par un rattachement artificiel d'une partie de la population bruxelloise¹⁶². Concrètement, cela signifie qu'une distinction de traitement est induite, par l'introduction des quotas fédéraux, entre les candidats médecins des deux communautés. Cette distinction de traitement ne repose pas, en ce qui concerne la situation bruxelloise, sur un critère objectif et pertinent.

5. Cette distinction de traitement pourrait certes se justifier eu égard à un objectif légitime. Mais, dans les travaux parlementaires ultérieurs à cet avis du Conseil d'État, on ne trouve pas beaucoup plus d'explications sur cette différence de traitement que celles, laconiques, fournies par la déléguée de la ministre et reprises dans l'avis de la section de législation du Conseil d'État.

Dans l'exposé des motifs, la ministre se cantonne à cette affirmation : « [...] pour ce qui est de la Région de Bruxelles-Capitale, le nombre d'habitants par communauté ne peut être déterminé d'emblée. Dès lors, ce nombre sera fixé sur la base du nombre d'élèves de l'enseignement primaire et secondaire néerlandophone ou francophone dans la Région de Bruxelles-Capitale. Le nombre d'élèves est utilisé pour répartir le nombre d'habitants de la Région de Bruxelles-Capitale entre la Communauté flamande et la Communauté française »¹⁶³. Ainsi la ministre reconnaît-elle que le critère privilégié, le nombre d'habitants par communauté, était impropre pour la situation bruxelloise, mais qu'il a été tout de même appliqué, par le recours à une solution bancale. Une députée de la majorité confessera plus tard que « [c]ertes, concernant Bruxelles, la clef de répartition n'est pas idéale, mais aucune autre n'était meilleure et le *statu quo* n'était pas une option. La clef de répartition est la résultante d'un compromis »¹⁶⁴. Autrement dit, on ne voit pas ce qui justifie la distinction de traitement précitée, sinon la volonté entêtée de se limiter au critère du nombre d'habitants par communauté, vertement critiqué par le Conseil d'État.

161 Avis SLCE, n° 61.574, p. 7.

162 L'argumentaire d'un député de la majorité ne paraît pas de nature à remettre en question cette appréhension du problème. Ce député estimait que « [...] certains étudiants francophones sont inscrits dans l'enseignement néerlandophone à Bruxelles. Généralement, ces étudiants poursuivent leurs études dans une université néerlandophone. Et ils obtiendront ensuite un numéro INAMI du groupe néerlandophone. Par conséquent, la clé de répartition précitée est loin de défavoriser les étudiants francophones ». Cette assertion n'est pas étayée par des données solides, et ne paraît pas cohérente avec les études des parcours scolaires des jeunes francophones à Bruxelles (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2652/003, p. 19).

163 Exposé des motifs, projet de loi portant modification de la loi relative à l'exercice des professions des soins de santé, coordonnée le 10 mai 2015, 25 août 2017, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2652/001, p. 7.

164 Rapport de la première lecture, fait au nom de la commission de la santé publique, de l'environnement et du renouveau de la société par Mme Valérie Van Peel et M. Damien Thiéry, 30 octobre 2017, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2652/003, p. 6. et les développements de la ministre, p. 26.

6. Après avoir été contraint de marquer un temps d'arrêt sur ce projet en raison d'une procédure en conflit d'intérêt initiée par la Commission communautaire française¹⁶⁵, le législateur fédéral passera finalement outre à ces considérations sur les critères utilisés à Bruxelles pour établir la clé de répartition, et sur leur caractère potentiellement discriminatoire à l'égard d'une communauté. À notre connaissance, aucun recours n'a été introduit devant la Cour constitutionnelle contre cette loi.

7. Au-delà de ce dossier emblématique, on doit s'interroger sur la nature même de dispositifs fédéraux qui entendent mobiliser comme critère de répartition de ressources celui des « habitants » des communautés. Il y a fort à parier qu'il serait plus cohérent, et plus efficace, du point de vue des politiques publiques, de se concentrer sur les objectifs à atteindre, et éventuellement de ventiler les moyens en fonction des urgences et des priorités, bref en se fondant sur une analyse rigoureuse du domaine de politique publique visé. C'est la méthode que suggère la section de législation du Conseil d'État dans l'avis commenté et, peut-être encore plus clairement, dans un avis sur une proposition de loi « portant réforme de l'arrondissement judiciaire de Bruxelles »¹⁶⁶. Dans cet avis, qui portait sur un dispositif scindant l'arrondissement judiciaire de Bruxelles-Hal-Vilvoorde et répartissant les cadres francophones et néerlandophones dans les tribunaux, « dans l'attente de la fixation des cadres et des cadres linguistiques propres aux tribunaux francophones et néerlandophones sur la base de la mesure de la charge de travail », la section de législation estimait que les clés de répartition proposées n'entretenaient, en l'absence de justification, aucun rapport raisonnable avec l'objectif poursuivi, à savoir lutter contre l'arriéré judiciaire¹⁶⁷.

En outre, dès lors que ces critères de répartition restent rivés au nombre d'habitants, sans autre considération, il y a un risque presque inévitable de dérive vers une forme de sous-nationalité, en fixant de manière plus ou moins rigide le rattachement des Bruxellois à l'une des communautés. Plus ces dispositifs se multiplient, plus l'identité des Bruxellois est figée, cadencée, et moins la possibilité d'éviter une sous-nationalité reste réelle.

Céline ROMAINVILLE

165 Un vote sur une motion relative à un conflit d'intérêt n'a pas été envisagée au Parlement de la Communauté française, dès lors qu'elle ne suscitait apparemment pas l'adhésion de la majorité des trois quarts de ses membres. Voy. pour la motivation de la motion en conflit d'intérêt de la commission communautaire française : Proposition de motion relative à un conflit d'intérêts avec le Parlement fédéral au sujet du contingentement des numéros INAMI, 84 (2017-2018), n° 2.

166 *Doc. parl.*, Ch. repr., 2011-2012, n° 53-2140/001.

167 Avis n° 51.195/AG donné le 3 mai 2012 sur une proposition devenue la loi du 19 juillet 2012 « portant réforme de l'arrondissement judiciaire de Bruxelles » (*Doc. parl.*, Ch. repr., 2011-2012, n° 53-2140/2, p. 22).