

L'ETAT BELGE RÉSISTERA-T-IL À SA CONTRACTUALISATION?

Considérations critiques sur la mode belge des accords de coopération

PAR

HUGUES DUMONT

PROFESSEUR AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS

Je tiens tout d'abord à remercier chaleureusement les responsables du Centre de droit public de l'ULB pour l'invitation qu'ils m'ont adressée à participer à une des manifestations scientifiques du 25^{ème} anniversaire de leur institution. C'est tout à la fois un honneur et un plaisir. Un honneur et un plaisir d'autant plus grands que cette participation prend la forme d'une «réplique» au magnifique exposé de Johanne Poirier. Il faudrait d'ailleurs inventer un terme plus heureux que celui de «réplique» pour viser ce rôle fort agréable de «répondant».

Depuis de nombreuses années, Johanne Poirier apporte une contribution appréciable à l'étude critique du droit public belge en l'éclairant de son point de vue à la fois canadien et belge, québécois et bruxellois, avec un sens de la nuance, une ouverture intellectuelle et une finesse d'analyse qui lui sont propres. Depuis sa thèse de doctorat — et même déjà avant —, ce point de vue s'est encore élargi à celui du vaste monde des Etats fédéraux.

Tel est évidemment un des premiers intérêts de l'exposé qu'elle vient de nous livrer. En situant le droit belge des accords de coopération dans le contexte de ce vaste monde, nous voyons ce droit avec d'autres yeux. Nous pensions que nous, Belges, étions les champions du pragmatisme en droit public, et voilà que Johanne nous montre qu'il existe des fédérations plus pragmatiques que la nôtre! Certes, notre droit des accords de coopérations recèle un ensemble impressionnant de

questions non résolues — notamment à propos de la hiérarchie entre les accords de coopération et les normes législatives postérieures, au sujet du statut des accords qui ne nécessitent pas d'assentiment par un acte de nature législative, ou encore en ce qui concerne le mode de règlement des conflits portant sur l'interprétation et l'exécution de certains accords —, mais nous découvrons grâce à Johanne que ces questions sans réponse assurée, voire ces lacunes, sont souvent plus nombreuses encore sous d'autres cieux que les nôtres.

Pour alimenter ma «réplique», je vais partir de cet étonnement et renvoyer à Johanne Poirier de nouvelles questions parce que je dois bien l'avouer, je ne parviens pas à vraiment «comprendre» certaines pratiques juridiques en vigueur dans ces Etats plus pragmatiques que le nôtre, en particulier à propos du «droit» unilatéral de dénonciation d'un accord de coopération. Sous réserve de ses réponses, j'exposerai en toute modestie la doctrine qui me paraît la plus recommandable sur ce point en droit belge (I).

Je reviendrai ensuite aux pratiques juridiques de l'Etat belge et je ne résisterai pas au plaisir de saisir l'occasion que Johanne Poirier m'offre en m'invitant à renouer avec un thème qui m'est cher, celui de la para-légalité. En effet, la pratique belge de plusieurs accords de coopération illustre à merveille la théorie de la para-légalité. Johanne fournit sur un plateau d'argent une moisson d'exemples qui ne demandent qu'à être traités à l'aune de cet instrument de théorie du droit (II).

Enfin, dans la troisième et dernière partie de cette «réplique» qui me servira de conclusion, je poserai la question que le lecteur attend sûrement : l'Etat belge résistera-t-il à sa contractualisation ? Dans la mesure où cette question déborde évidemment le champ de compétences des juristes, je la poserai plus précisément sous la forme suivante : compte tenu de l'incontestable percée de l'idée de droit para-légale d'inspiration confédérale que révèlent les accords de coopération que j'aurai évoqués dans la deuxième partie, quelles seraient les réformes ou les recommandations que l'on pourrait juger souhaitables si l'on voulait éviter que l'Etat fédéral belge devienne bientôt la victime de sa contractualisation (III) ?

I. — LE DROIT UNILATÉRAL DE RÉVOCATION
D'UN ACCORD DE COOPÉRATION : UN DROIT ?

§1. — *Le droit comparé des accords de coopération :
une source d'étonnement féconde*

Une des sources d'étonnement du droit comparé des accords de coopération réside, du moins à mes yeux — et manifestement aussi à ceux de Johanne Poirier —, dans le raisonnement suivi au Canada et en Australie face à l'hypothèse d'une entente intergouvernementale dotée d'un caractère juridique, ayant reçu un assentiment parlementaire et suivie d'une loi dérogeant de manière unilatérale à cette entente. Johanne nous a appris que dans ces deux régimes fédéraux, le principe de la souveraineté parlementaire permet à l'assemblée qui a approuvé une telle entente de révoquer ultérieurement celle-ci ou d'adopter unilatéralement une loi qui la contredit (1). En Suisse (2), en Allemagne, en Espagne et en Belgique, malgré quelques facteurs d'incertitude qui tiennent notamment à l'absence d'une règle constitutionnelle explicite (sauf en Suisse) et d'une jurisprudence décisive, la doctrine dominante invoque le principe de bonne foi, la loyauté fédérale et le respect de la parole donnée pour justifier la solution contraire : pour le dire en termes suisses, une assemblée législative cantonale ne peut pas dénoncer unilatéralement une convention intercantonale.

La question qui se pose ici et qui a abondamment retenu l'attention de Johanne dans ses travaux récents est d'une grande importance, non seulement théorique, mais aussi pratique. Certes, jusqu'à présent, cette question n'a pas empêché les fédérations que l'on vient de citer de «tourner rond». Comme le rappelait Johanne elle-même dans sa conclusion, «les gens heureux vivent comme si le droit n'existait pas». Mais il y a fort à parier que ce bonheur ne va plus durer longtemps. Pourquoi ? Tout simplement parce que les Etats fédé-

(1) Cfr J. POIRIER, «Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit», in *Le fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie* (sous la dir. de J.-F. Gaudreault-Desbiens et F. Gélinas), Cowansville-Bruxelles, Yvon Blais-Bruylant, 2005, p. 459

(2) Sous réserve des accords de coopération auquel l'Etat central est partie : cfr J. POIRIER, *ibidem*, p. 459, note 54.

raux vivent de plus en plus aujourd'hui, comme tous les autres, sous l'empire de deux phénomènes qui auront pour effet de multiplier les sources de conflit entre le droit négocié et le droit unilatéral : d'une part, l'attrait croissant éprouvé pour les vertus du droit négocié (3), et donc du contrat sous toutes ses formes et, d'autre part, l'accélération du temps juridique (4), et donc du rythme des changements que l'on croit indispensables d'apporter au droit existant. Le premier phénomène va de pair avec une multiplication des accords de coopération que l'on peut déjà observer dans tous les Etats fédéraux. Sans doute ces accords ont-ils toujours figuré parmi les instruments les plus caractéristiques d'une bonne gouvernance fédérale. Mais leur multiplication va inévitablement entrer en conflit avec le second phénomène : la loi du changement. Cette « loi » est aussi un grand classique du droit public, mais elle devient aujourd'hui une mode de plus en plus impérieuse. Or, le changement se décrète plus facilement et plus vite de manière unilatérale que de manière concertée à l'unanimité des composantes d'une fédération.

La question des « règles de changement » (au sens où Hart (5) emploie l'expression) appliquées aux accords de coopération a donc toutes les chances de devenir une question d'importance pratique considérable dans les Etats fédéraux de demain. Il me semble qu'il en ira *a fortiori* ainsi en Belgique parce que les accords de coopération ont toutes les raisons de s'y multiplier, peut-être encore plus qu'ailleurs. Faut-il le rappeler, un pays grand comme un mouchoir de poche dont on traverse les délimitations régionales aussi fréquemment qu'inconsciemment connaît fatalement un grand nombre de « réalités transfrontalières (6) » qui appellent des accords de coopération qui n'ont eux-mêmes aucune raison d'échapper à la loi du changement.

(3) Cfr à ce sujet Ph. GERARD, F. OST et M. van de KERCHOVE (sous la dir. de), *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.

(4) Cfr à ce sujet Ph. GERARD, F. OST et M. van de KERCHOVE (sous la dir. de), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000.

(5) Cfr H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. par M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2^{ème} éd., 2005, pp. 113 et s.

(6) J.-Th. DEBRY, « Les accords de coopération obligatoires à travers les réformes de l'Etat », in *CDPK*, 2003, p. 202.

A ce constat obvie l'on ajoutera que les répartitions de compétences en dentelles dont nous avons le secret sont aussi un incitant aux accords de coopération : dans plusieurs secteurs, ces accords sont le seul moyen de mener des politiques cohérentes conciliables avec le principe de l'exclusivité des compétences (7). Comme l'écrit la section de législation du Conseil d'Etat, *«dans une matière où la répartition des compétences est particulièrement complexe et où les différentes autorités ont exprimé un souci d'uniformisation de la réglementation»*, il est *«tout indiqué de conclure un accord de coopération»* (8). Même la Cour d'arbitrage est amenée à faire ce genre de recommandation. En témoigne particulièrement l'arrêt du 14 juillet 2004 (9) en matière de télécommunications. Sous réserve d'une modification de la loi spéciale de réformes institutionnelles, la Cour demande aux entités compétentes de passer un accord de coopération, alors que la dite loi ne rend pas cet accord obligatoire, parce que c'est le seul moyen de créer de la cohérence et de la clarté dans ce domaine où la Cour elle-même s'y perd. Cette recommandation n'a rien d'orthodoxe puisqu'en principe un accord de coopération ne peut pas *«impliquer un échange, un abandon ou une restitution de compétences telles qu'elles sont déterminées par la Constitution ou en vertu de celle-ci»*, selon la formule maintes fois répétée du Conseil d'Etat, mais toujours est-il que la Cour a dû s'y résoudre.

(7) Cfr *ibidem*, pp. 211 et s. La défédéralisation particulièrement poussée en Belgique des relations internationales conduit nécessairement aussi à une multiplication spectaculaire des accords de coopération (cfr pp. 223 et s.).

(8) Cité par J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State Afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, p.877.

(9) C.A., arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, considérants B.6.2-B.7.2. La Cour rappelle qu'*«en règle, l'absence de coopération dans une matière pour laquelle le législateur spécial ne prévoit pas d'obligation à cette fin n'est pas constitutive d'une violation des règles de compétences. Toutefois, ajoute-t-elle, les compétences de l'Etat fédéral et des communautés en matière d'infrastructures des communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération. Il s'ensuit qu'en réglant unilatéralement la compétence du régulateur des télécommunications, le législateur a violé le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétences»*. La Cour en conclut qu'*«il appartient au législateur spécial d'apprécier si, pour régler l'infrastructure des informations électroniques, il y a lieu de prévoir une coopération obligatoire ou s'il s'impose de modifier la répartition des compétences en matière de télécommunications afin de garantir une politique cohérente»*. Ce qui est original dans ce dernier considérant, c'est l'alternative que la Cour laisse ouverte : en toute rigueur, la voie législative s'impose, puisqu'un accord de coopération ne peut normalement pas tenir lieu de règle répartitrice des compétences.

Tous ces éléments favorables à une multiplication des accords de coopération à court ou à moyen terme en Belgique sont autant de raisons de prédire de multiples conflits à propos des modifications que certaines parties contractantes ne manqueront pas de vouloir introduire dans ces accords après quelques années.

L'intérêt non seulement théorique, mais aussi pratique de la question du droit unilatéral de révocation des accords de coopération posée par Johanne Poirier étant ainsi souligné, je dois faire l'aveu de ma difficulté. Si je puis évidemment bien suivre les explications qu'elle fournit de la divergence entre les systèmes fédéraux «anglo-saxons» qui privilégient le droit unilatéral et les systèmes fédéraux «continentaux» qui privilégient la règle du *mutuus consensus*, je ne parviens pas à véritablement «comprendre» le bien-fondé de la solution canadienne et australienne. Expliquer, ce n'est pas nécessairement comprendre. L'explication repose sur le principe de la souveraineté parlementaire qui, nous rappelle Johanne, est «enchâssé dans les systèmes fédéraux canadien et australien» (10). Ce principe emporterait une légitime «liberté» de toute assemblée parlementaire, celle «de changer d'avis». Johanne qui parle de «souplesse démocratique» manifeste sa compréhension à l'égard de ce raisonnement quand elle considère qu'«une entente de nature juridique, et qui ne peut être remise en cause sans l'aval des autres parties contractantes, peut devenir un instrument brimant la volonté populaire, telle qu'exprimée par les parlementaires. Le statut d'une entente pourrait ainsi priver un gouvernement d'une partie de sa capacité de gouverner librement» (11).

Elle avance ensuite plusieurs explications de la divergence entre les systèmes fédéraux anglo-saxons et continentaux sur ce point, notamment les deux suivantes : d'une part, les systèmes anglo-saxons sont moins legalistes et plus enclins à privilégier la dimension politique des accords de coopération que les systèmes continentaux et, d'autre part, ils tranchent les conflits entre le droit international et le droit interne qui ressemblent par certains côtés aux conflits entre le droit inter-

(10) J. POIRIER, *op. cit.*, p. 462.

(11) *Ibidem*, *eod. loc.*

cantonal et le droit cantonal, dans une perspective dualiste en invoquant aussi la souveraineté parlementaire, à la différence une fois encore de la plupart des systèmes continentaux.

Ces explications ne sont pas négligeables pour notre dialogue avec Johanne puisque, sans nier les particularités des systèmes fédéraux continentaux auxquels l'Etat belge appartient de toute évidence, elle nous invite, quoique de manière fort prudente, à envisager un mode de résolution du conflit entre un accord de coopération et une loi ultérieure contraire à celui-ci, qui s'inspirerait des régimes étrangers soucieux de faire droit à l'exigence de la «souplesse démocratique». Elle songe à un aménagement de la figure des contrats de l'administration qui permettrait à une assemblée législative, à certaines conditions et sous réserve de compensations, d'invoquer l'intérêt général et la loi du changement pour modifier une clause conventionnelle unilatéralement.

Quoi qu'il en soit, j'éprouve quelques difficultés, sinon à comprendre, du moins à approuver le raisonnement canado-australien, voire même celui de Johanne qui met dos à dos «les tenants de la stabilité des relations intergouvernementales» qui invoquent le respect de la parole donnée et «les tenants d'une certaine forme de liberté d'action de chacun des ordres de gouvernement, notamment pour des considérations d'ordre démocratique» (12), comme s'il s'agissait d'un conflit opposant deux séries de valeurs de même niveau. Ce raisonnement suscite deux objections à mes yeux.

Il me paraît tout d'abord que l'argument de la souveraineté parlementaire que l'on peut comprendre dans un Etat dépourvu de Constitution au sens formel du terme, comme la Grande-Bretagne, est en revanche proprement irrecevable dans un Etat de droit fondé sur le constitutionnalisme. En effet, dans un Etat respectueux de la suprématie constitutionnelle, la souveraineté parlementaire n'existe tout simplement pas.

Il me semble ensuite peu convaincant d'invoquer la légitimité démocratique contre les exigences les plus élémentaires du respect de la parole donnée. Une assemblée législative qui

(12) J. POIRIER, Schéma préparatoire à son exposé oral au Centre de droit public, p. 7.

approuve un accord de coopération me paraît aussi bien moralement que juridiquement tenue de respecter les termes de cet accord, jusqu'à ce que ce dernier ait été conventionnellement abrogé ou amendé. La démocratie n'est pas à confondre avec le règne de la volonté populaire instantanée. On a appris depuis longtemps que la démocratie doit se concilier avec les exigences de l'Etat de droit qui impliquent des contraintes procédurales et chronologiques incompatibles avec la temporalité de l'instantané. Je dois peut-être mon incompréhension à une insuffisante culture comparatiste ou à une sorte d'etho-centrisme juridique malvenu, mais je suis en tout cas demandeur d'explications complémentaires.

§2. — *Les accords de coopération
et la loi du changement en Belgique*

En attendant les explications complémentaires de Johanne Poirier — la formule n'a rien de rhétorique, car je suis réellement prêt à revoir à la lumière de celles-ci les propositions qui suivent —, je résumerais la doctrine qui me paraît la plus recommandable pour ce qui concerne le droit belge, de la façon suivante. Elle suit très largement la jurisprudence de la section de législation du Conseil d'Etat.

1° A la différence d'une loi ou d'un décret d'assentiment à un traité international «*qui n'a pas pour effet de changer la nature des normes approuvées*», une loi ou un décret d'assentiment à un accord de coopération «*a pour conséquence de donner force de loi*» ou de décret «*à toutes les dispositions de l'accord*» (13). L'accord approuvé peut, le cas échéant, produire des effets directs (14). Le Conseil d'Etat ajoute : «*cette différence s'oppose à ce que le raisonnement relatif à l'assentiment des traités internationaux*» qui peut, dans certains

(13) Avis du Conseil d'Etat n° 34.593/2 des 19 et 26 février 2003 sur un avant-projet de décret portant assentiment à l'avenant modifiant l'accord de coopération conclu le 20 février 1995 par la Commission communautaire française, la Communauté française et la Région wallonne, relatif à la Formation permanente pour les classes moyennes et les petites et moyennes entreprises et à la tutelle de l'Institut de Formation permanente pour les classes moyennes et les petites et moyennes entreprises, p. 7, note 6. Pour d'autres références dans le même sens, voy. J. VELAERS, *op. cit.*, pp. 877-878.

(14) Avis du Conseil d'Etat (chambres réunies) L. 24.479/VR du 24 octobre 1995 sur un avant-projet de décret portant approbation de l'accord de coopération concernant la prévention et la gestion des déchets d'emballages, pp. 3-4.

cas (15), précéder la conclusion du traité, «soit transposé à l'assentiment d'accords de coopération». Autrement dit, l'assentiment «ne peut être donné qu'après que le contenu concret de l'accord soit connu» (16).

2° Un accord de coopération ne produit d'«effet juridique» qu'après que chaque assemblée compétente ait donné son assentiment (17). Un accord de coopération qui n'a pas été approuvé par tous les législateurs compétents ne peut donc se voir reconnaître «aucune force obligatoire» (18).

3° Un accord de coopération approuvé par les assemblées compétentes «n'est pas à la merci de modifications apportées par un seul législateur» (19). Toute modification ou toute dénonciation d'un accord de coopération approuvé doit être approuvée par les mêmes assemblées (20). Je parlerais donc d'une supériorité hiérarchique, non pas organique, mais matérielle, de l'accord de coopération approuvé sur les règles contenues dans les actes législatifs ultérieurs des parties contractantes.

4° Une loi ou un décret (21) qui dérogerait unilatéralement à un accord de coopération approuvé par les assemblées des collectivités concernées pourrait justifier la saisine de la juridiction de coopération dans les cas où l'institution de celle-ci est obligatoire (22) ou conventionnellement prévue, eu égard

(15) «Ainsi lorsqu'une loi a décidé qu'une matière donnée serait réglée par une disposition d'un traité ultérieur, celui-ci ne doit plus, quant à ce, être soumis à l'assentiment des Chambres ou à une approbation législative» (Avis précité du Conseil d'Etat n° 34.593/2 des 19 et 26 février 2003, p. 7, note 6, qui renvoie à la jurisprudence de la Cour de cassation : cfr Cass. 19 mars 1981). Cfr pour plus de précisions sur cette hypothèse de l'assentiment anticipé J. SALMON et E. DAVID, *Droit des gens*, syllabus U.L.B., Presses universitaires de Bruxelles, 2003, T. I, p. 96.

(16) Avis précité du Conseil d'Etat n° 34.593/2 des 19 et 26 février 2003, p. 7, note 6. Pour d'autres références dans le même sens, voy. J. VELAERS, *op. cit.*, p. 878.

(17) Cfr avis du Conseil d'Etat L. 28.184/4 du 21 septembre 1998 sur un avant-projet de décret portant approbation de l'accord de coopération entre la Région wallonne, la Communauté française et la Communauté germanophone modifiant l'accord de coopération du 3 juillet 1997 entre la Région wallonne, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif au programme de transition professionnelle, p. 4. Pour d'autres références dans le même sens, voy. J. VELAERS, *op. cit.*, p. 877.

(18) C.E., arrêt n° 107.913 du 17 juin 2002 et C.E., arrêt n° 117.483 du 25 mars 2003.

(19) Avis du Conseil d'Etat cité par J. VELAERS, *op. cit.*, p. 877.

(20) Cfr avis du Conseil d'Etat cité par J. VELAERS, *op. cit.*, p. 878. *Adde* avis précité 34.593/2 des 19 et 26 février 2003, p. 10.

(21) Ou encore une ordonnance bien sûr.

(22) Il en va ainsi pour tous les accords de coopération dont la conclusion est obligatoire.

aux §§5 et 6 de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. En effet, il s'agirait d'un litige portant soit sur «l'interprétation», soit sur «l'exécution» de l'accord.

Mais qui pourrait connaître de ce contentieux en dehors de ces deux cas, donc dans l'hypothèse où aucune juridiction de coopération n'a été instituée par un accord de coopération facultatif? La question a été débattue en doctrine (23). Pourrait-on imaginer un recours auprès de la Cour d'arbitrage, voire auprès du tribunal de première instance? La première pourrait-elle annuler cette loi ou ce décret dérogatoire au nom des articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec le principe général de droit tiré de la loyauté fédérale (24) et de l'adage *Pacta sunt servanda*? De son côté, la compétence des cours et tribunaux serait-elle plaidable au contentieux de la responsabilité civile pour faute du législateur oublieux de la parole donnée...?

Si l'on relit attentivement l'article 30*bis* de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage qui interdit de qualifier comme des règles répartitrices de compétences placées sous la sauvegarde de cette Cour, les «accords de coopération visés à l'article 92*bis*» de la loi spéciale du 8 août 1980 (il ne s'agit donc pas d'un paragraphe déterminé de 92*bis*, mais de 92*bis* tout entier), on doit objecter que la raison d'être de cet article 30*bis* n'est pas seulement de rappeler qu'un accord de coopération est censé ne pas contenir une règle autonome de répartition des compétences. Le législateur spécial tient sans doute aussi à écarter toute compétence de la Cour d'arbitrage pour statuer sur la correcte exécution d'un accord de coopération, compte tenu des juridictions de coopération dont il prévoit l'intervention. Il est donc probable que la Cour déclinerait sa compétence, quitte à suggérer aux parties de conclure un nouvel accord aux seules fins de faire régler leur différend par une juridiction de coopération. Mais que se passerait-il si les par-

(23) Cfr not. M. UYTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 602-603.

(24) Même si l'on sait que, formellement, l'article 143 de la Constitution a enfermé la loyauté fédérale dans la prévention des conflits d'intérêts. En effet, cela n'empêche pas la Cour d'arbitrage d'en appliquer l'idée dans le règlement des conflits de compétences par le biais du principe de proportionnalité.

ties ne parvenaient pas à s'entendre sur cette clause d'arbitrage? La saisine du comité de concertation pour conflit d'intérêts serait évidemment possible. Il reste à savoir ce qu'il adviendrait si ce comité ne parvenait pas à débloquer l'affaire. On pourrait alors se demander s'il n'y aurait pas lieu de plaider la faute de la collectivité politique en cause : elle serait coupable non seulement d'une dérogation ou d'une dénonciation unilatérale infligée à un accord de coopération, mais aussi d'un abus dans l'usage de sa liberté d'écarter l'intervention d'une juridiction de coopération.

Tout cela dit, j'entends très bien le souci de Johanne Poirier de faire droit aux exigences de la loi du changement. Il est indubitable que les impératifs d'une bonne gestion des affaires publiques dans une collectivité politique fédérale ou fédérée, ou un nouveau projet politique soutenu par la majorité parlementaire, peuvent militer en faveur de la modification ou de la dénonciation d'un accord de coopération conclu des années auparavant. Et il n'est pas moins douteux que la contrainte de l'unanimité pourrait constituer un frein ou un obstacle malvenu du point de vue de la collectivité demandeuse de cette modification. Mais alors il me paraît impératif d'inscrire dans la Constitution et dans les lois spéciales prises en vertu de celle-ci une procédure de demande de modification ou de dénonciation des accords de coopération qui devrait être suivie à titre supplétif, là où les accords n'auraient pas prévu cette procédure eux-mêmes. On ne sort en tout cas de la logique contractuelle que contractuellement ou en vertu d'un droit imposé de niveau supérieur, et non par un coup de force.

II. — LES ACCORDS DE COOPÉRATION RÉVÉLATEURS DE CERTAINES IDÉES DE DROIT PARA-LÉGALES

Johanne Poirier a montré dans ses écrits et nous a rappelé dans sa conférence que les accords de coopération remplissent, outre des fonctions explicites de coordination matérielle, procédurale et organique, des fonctions implicites ou latentes qu'elle qualifie de «*para-constitutionnelles*» ou «*d'ingénierie constitutionnelle*». Par fonction «*para-constitutionnelle*», elle entend «*une fonction s'inscrivant en marge ou en complément de*

normes constitutionnelles. Il peut s'agir de contourner, compléter, interpréter, déjouer ou éviter les normes ou la nécessité de réformes institutionnelles» (25).

Dans un contexte plus large, celui d'une théorie du droit partiellement inspirée par les travaux du sociologue du droit André-Jean Arnaud, j'ai, de mon côté, défendu une théorie de la *para-légalité* que je puis résumer comme suit (26). *Première caractéristique* : la para-légalité désigne un ensemble de normes considérées comme légitimes par un mouvement social ou par une élite qui milite en faveur de leur reconnaissance par le droit positif. *Deuxième caractéristique* : une partie de ces normes ne sont pas conformes à des exigences fondamentales de l'ordre juridique étatique en vigueur. En grec, «para» signifie notamment «contre». *Troisième caractéristique* : cet ensemble de normes alternatives constitue un système juridique virtuel parallèle et concurrentiel au système du droit étatique. En grec, «para» signifie aussi «à côté de». *Quatrième et dernière caractéristique* : moyennant certaines conditions, ce rapport de concurrence peut conduire tout ou partie de ces normes para-légales à s'infiltrer dans le système du droit étatique et à s'y imposer de manière stable ou précaire. Dans les théories du changement juridique, la notion de para-légalité est très éclairante.

J'ai tenté de montrer ailleurs que la transformation que l'ordre juridique belge unitaire a connu en un ordre juridique fédéral dans le domaine des matières culturelles offre une illustration saisissante de cette théorie. Pour le dire simplement, bien avant 1970, le vieux modèle unitaire a été subverti par une idée de droit para-légale d'inspiration fédérale portée par le mouvement social flamand avec une efficacité toute remarquable. Il suffit de songer au principe de l'homogénéité linguistique territoriale et à sa percée dans la législation linguistique

(25) J. POIRIER, «Les accords de coopération dans le processus de réformes institutionnelles : instruments d'exécution ou d'ingénierie constitutionnelle?», in *Les accords du Lambermont et du Lombard. Approfondissement du fédéralisme ou erreur d'aiguillage? Actes du colloque du 22 février 2002*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 64, note 1.

(26) Voy. H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis — Bruylant, 1996, vol. 1, pp. 37-51. Voy. sur ce travail les commentaires de O. PAYE, «Regards sociologiques critiques sur l'approche interdisciplinaire du droit», in *Droit et Société*, 44/45, 2000, pp. 261-272.

tique des années 1962-1963 malgré les obstacles constitutionnels tirés de l'article 30 pour avoir un aperçu de ce processus (27). Dans les limites de la présente contribution, l'on se permettra de se contenter de cette allusion.

Je suis tenté de penser que l'histoire est en train de se répéter, à la seule différence que cette fois, c'est tantôt une idée de droit confédérale, tantôt une idée de droit fédérale radicalement alternative qui se développe dans la para-légalité en parallèle et en concurrence avec l'idée de droit fédérale désormais reconnue par le droit étatique.

Certains accords de coopération offrent une illustration suggestive de ce processus de changement. Je dis bien : «certains» accords de coopération. Je reconnais évidemment sans peine que, en soi, les accords de coopération sont inhérents au modèle fédéral et à son «principe» précisément baptisé «de coopération». Mais il existe, à mon sens, certains indices qui permettent de distinguer les accords de coopération «normaux» — «les instruments classiques du fédéralisme coopératif» (28) — de ceux qui sont sous-tendus par une des deux idées de droit para-légale que je viens d'évoquer.

Quels sont ces indices ? C'est évidemment ici que le dialogue avec Johanne Poirier sur ce qu'elle appelle les «fonctions para-constitutionnelles» des accords de coopération doit se nouer. A la différence de Johanne qui associe aux fonctions para-constitutionnelles aussi bien des accords réguliers que des accords inconstitutionnels, je fais une distinction très nette entre les accords de coopération inconstitutionnels et les autres. Seuls les premiers m'intéressent ici, même s'il est évident qu'un recours abusif à la technique des accords de coopération, aussi irréprochables soient-ils sur le plan constitutionnel, accentue les traits confédéraux que nous connaissons dès aujourd'hui dans notre système institutionnel en élargissant le champ des matières vulnérables à un droit de veto exercé *de iure* ou *de facto* par une des entités fédérées ou par un des groupes linguistiques.

(27) Voy. la démonstration dans H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, op. cit., n° 282-285.

(28) J. POIRIER, «Les accords de coopération dans le processus de réformes institutionnelles : instruments d'exécution ou d'ingénierie constitutionnelle?», op. cit., p. 82. Pour des exemples concrets, voy. J.-Th. DEBRY, op. cit., pp. 202-215.

Au fond, la théorie de la para-légalité que je défends veut attirer l'attention des juristes sur certaines illégalités, des illégalités non accidentelles, mais profondément révélatrices, significatives. L'illégalité a pour moi une fonction très précieuse de pont propre à rapprocher, sans mélange des genres, une analyse strictement juridique et une analyse de sociologie politique du droit.

Tous les accords de coopération que l'on va analyser ici ont donc en commun d'être viciés par une inconstitutionnalité. Au-delà de ce point commun, on peut distinguer plus précisément trois cas de figure.

L'accord de coopération manifestement révélateur de la para-légalité d'inspiration confédérale constitue le premier cas : l'accord apparaît alors comme un moyen de contourner les règles constitutionnelles qui imposent un processus décisionnel à la majorité au niveau fédéral, en remplaçant celui-ci par un processus décisionnel alternatif exigeant l'unanimité des collectivités fédérées (§1).

Dans la foulée et en lien avec l'esprit de ces accords de coopération révélateurs d'une idée de droit para-légale d'inspiration confédérale, j'évoquerai ensuite ceux qui m'apparaissent soit comme des moyens para-légaux *d'éviter une refédéralisation* de compétences accordées aux entités fédérées, soit comme des moyens para-légaux *d'anticiper une défédéralisation* ardemment souhaitée par des partenaires puissants (§2).

Enfin, je rangerai dans une troisième catégorie d'accords de coopération para-légaux, ceux qui révèlent un schéma institutionnel de type fédéral peut-être, mais radicalement différent de celui qui est en vigueur aujourd'hui. On y retrouvera les deux grands schémas institutionnels alternatifs qui circulent parmi certaines élites politiques à propos du statut respectivement de la Région bruxelloise et de la Communauté française (§3).

§1. — *Les accords de coopération
manifestement révélateurs d'une idée de droit
para-légale d'inspiration confédérale*

Trois exemples illustrent ce premier cas de figure. Nous trouvons le plus significatif dans la réforme de 1993 à propos de la question des traités mixtes (29). Il est à peine besoin de rappeler que ceux-ci se définissent comme des traités portant sur des matières ressortissant, dans l'ordre interne belge, à la fois aux compétences de l'Etat, des Communautés ou des Régions. On mesure l'importance du sujet quand on s'avise de ce que la plupart des traités qui sont conclus dans le cadre des Communautés européennes entrent dans cette catégorie. On sait que l'article 167, §4, de la Constitution se contente de confier au législateur spécial le soin d'arrêter les modes de conclusion de ces traités. Cette méthode constitutionnelle classique ne se heurte à aucune objection. Il n'en va pas de même de la loi spéciale du 5 mai 1993. Au lieu de régler elle-même les modalités en question comme il était de son devoir de le faire, elle s'est contentée de confier à son tour cette mission à un accord de coopération à conclure par l'autorité fédérale, les Communautés et les Régions.

Dans son avis sur la proposition qui est à l'origine de cette disposition, la section de législation du Conseil d'Etat émet les observations suivantes : *«Conformément à l'article 92bis, §1^{er}, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, un tel accord n'a d'effet qu'après avoir été approuvé, selon le cas, par une loi (ordinaire) ou par un décret. Il s'ensuit qu'en renvoyant à un accord de coopération ayant l'objet susindiqué, la proposition de loi spéciale subdélègue au législateur ordinaire le pouvoir que la Constitution a confié au législateur spécial au lieu de régler directement la question»*. La doctrine a sobrement relayé cet avis en qualifiant le procédé de «critiquable» du point de vue constitutionnel (30), ou regretta-

(29) Pour des références plus complètes sur cette question, voy. H. DUMONT, «Droit public, droit négocié et para-légalité», in *Droit négocié, droit imposé?*, sous la dir. de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, pp. 457-489.

(30) R. ANDERSEN, «Les compétences», in *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 142. On retrouve les mêmes termes sous les plumes conjuguées de J.-V. LOUIS et A. ALÉN, «La Constitution et la participation à la Communauté européenne», in *R.B.D.I.*, 1994/1, p. 86, note 25.

ble (31) ou encore inélégant (32). Si l'on se souvient du principe constitutionnel classique de l'interdiction des subdélégations de pouvoirs, il est permis de parler plus franchement d'un procédé inconstitutionnel. Le Conseil d'Etat aurait même dû être plus précis dans sa critique en dénonçant une subdélégation non seulement au législateur fédéral ordinaire, mais aussi et surtout au profit de chacune des entités fédérées (33).

Cette subdélégation couplée avec une «*procédure de contractualisation*» (34) révèle très clairement une percée de l'idée de droit confédérale puisqu'elle substitue à un processus décisionnel fédéral fondé sur une majorité spéciale, un processus décisionnel alternatif exigeant l'unanimité des collectivités fédérées. On en est d'autant plus convaincu lorsque l'on prend connaissance du contenu de l'accord de coopération signé le 8 mars 1994 en vertu de ladite subdélégation (35). Comme on pouvait l'imaginer, les négociateurs n'ont pu s'entendre que sur une procédure prévoyant l'assentiment des traités mixtes par les assemblées législatives de *toutes* les collectivités concernées.

Certes, tous les Etats fédéraux connaissent et favorisent même la pratique des accords de coopération. Mais quand on est incapable d'arrêter des principes directeurs dans les règles constitutionnelles et légales suprêmes de l'Etat, quand on ne s'entend que sur une obligation de négocier un accord de coopération, quand celui-ci ne réussit lui-même qu'à fonder d'autres obligations de négocier, quand on ne se prémunit en rien contre l'hypothèse d'un échec de ces négociations en chaîne — pourtant prévisible un jour ou l'autre eu égard au droit de veto qu'elles confèrent à toutes les composantes de l'Etat —, et quand on institue cette caricature de droit négocié tous azimuts dans un domaine aussi fondamental que les relations extérieures, il est difficile de nier que le seuil de la logique confédérale est atteint. La doctrine n'a d'ailleurs pas

(31) Y. LEJEUNE, «La conduite des relations internationales», in *La Belgique fédérale*, sous la dir. de F. Delpérée, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 348 et 354.

(32) Ph. GAUTIER, «La conclusion des traités», in *R.B.D.I.*, 1994/1, p. 43.

(33) En ce sens aussi J.-Th. DEBRY, *op. cit.*, p. 220, note 143.

(34) Selon l'expression de F. DELPÉRÉE, «Intervention à la table ronde», in *Les réformes institutionnelles de 1993. Vers un fédéralisme achevé?*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 430.

(35) *M.B.*, 6 mars, 23 mai, 26 juin, 19 juillet et 17 décembre 1996.

manqué de le relever (36). On est donc bien devant un exemple significatif de droit négocié para-légalement et greffé sur l'ordre juridique étatique malgré son inconstitutionnalité.

L'on trouve dans une très bonne étude de Jean-Thierry Debry d'autres exemples de subdélégation du législateur spécial qui ont conduit à pas moins de neuf accords de coopération, toujours dans le domaine des relations internationales. L'inconstitutionnalité de ces subdélégations est moins manifeste que dans le cas des traités mixtes, mais elle est au moins susceptible d'être soulevée (37).

Les deux derniers exemples que je veux évoquer ont été très bien analysés par Johanne Poirier dans sa contribution à l'ouvrage consacré aux accords du Lambermont et du Lombard par le Centre de droit public dont nous fêtons l'anniversaire. Dans cette étude, elle met justement en garde ceux qui ont tendance à dénoncer des dérives confédérales à tous les coups, chaque fois qu'il est question d'un accord de coopération (38). Il est indubitable que les accords de coopération ne prêtent pas le flanc à la critique si c'est le législateur spécial qui détermine lui-même l'ampleur des compétences transférées aux collectivités politiques fédérées. Il peut, ainsi que l'a également souligné Wouter Pas, «*subordonner le transfert des compétences à la condition que les entités fédérées exercent ces compétences de manière conjointe*». Mais il doit établir lui-même les limites qui bornent les compétences transférées de la sorte (39).

Comme Johanne Poirier et toute la doctrine l'ont bien remarqué (40), tel n'a pas été le comportement du législateur spécial à propos de l'accord créant l'Agence du commerce extérieur et celui relatif au Jardin botanique. Ces accords-là

(36) Voy. en ce sens K. RIMANQUE, «Le confédéralisme», in *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, op. cit., pp. 34-35; F. DELPÉRÉE, «Intervention à la table ronde», op. cit., pp. 430-431; et A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, Kluwer, 1995, n° 793.

(37) Cfr J.-Th. DEBRY, op. cit., pp. 220-225.

(38) Cfr J. POIRIER, «Les accords de coopération dans le processus de réformes institutionnelles : instruments d'exécution ou d'ingénierie constitutionnelle?», op. cit., pp. 83 et s.

(39) W. PAS, «Quelques réflexions sur les méthodes d'exécution des accords du Lambermont», in *A.P.*, T 2-3-4/2002, p. 120.

(40) Cfr not. J. POIRIER, «Les accords de coopération dans le processus de réformes institutionnelles : instruments d'exécution ou d'ingénierie constitutionnelle?», op. cit., pp. 88-89, 92-93, 105-108; W. PAS, op. cit., p. 120.

sont bel et bien viciés par la dérive confédérale dans la mesure où ils se substituent au législateur spécial pour permettre aux entités fédérées elles-mêmes de déterminer leurs propres compétences nouvelles (41).

Je n'ignore pas que cette présentation peut susciter deux objections. Premièrement, me dira-t-on, n'êtes-vous pas trop formaliste ? Après tout, la technique même des lois spéciales est aussi révélatrice d'une logique confédérale puisqu'elle repose sur l'accord forcément unanime des deux groupes linguistiques de la Chambre et du Sénat. C'est exact, mais juridiquement les députés et sénateurs d'un groupe linguistique ne sont pas les mandataires de leur Communauté ou de leur Région. Ils représentent en droit la Nation belge, et non uniquement ceux qui les ont élus, comme le prescrit l'article 42 de la Constitution. Je conviens volontiers que la technique même des lois spéciales autorise un certain rapprochement sur le plan politique avec la logique confédérale, d'autant plus que tous les partis politiques ont été scindés selon la ligne de clivage communautaire, mais sur le plan strictement juridique (42), il n'en est rien. En revanche, quand la loi spéciale qui fait encore appel au principe de majorité renonce à occuper la place que lui assigne la Constitution pour la céder aux entités fédérées agissant conventionnellement à l'unanimité, on se trouve devant une caractéristique proprement juridique du confédéralisme.

Qu'il nous soit permis d'ouvrir ici une petite parenthèse méthodologique. La théorie de la para-légalité permet d'*articuler* une analyse strictement juridique avec des analyses strictement politologiques en se concentrant sur des inconstitutionnalités politiquement révélatrices, et donc en *reliant* l'analyse juridique et l'analyse politologique, mais en évitant soigneusement de les *mélanger*.

Deuxième objection que l'on trouve, elle, sous la plume de Johanne Poirier (43) : au fond, cette inconstitutionnalité est

(41) Cfr aussi Ch. E. LAGASSE, *Les nouvelles institutions politiques de la Belgique et de l'Europe*, Namur, Erasme, 2003, p. 405 ; J.-Th. DEBRY, *op. cit.*, pp. 224-225.

(42) Sur le plan factuel, on doit ajouter qu'il n'est pas rare qu'un parlementaire fédéral, tout comme un ministre fédéral, défende des positions qui seraient désavouées par le gouvernement de sa Communauté ou de sa Région.

(43) Cfr sa contribution déjà citée : « Les accords de coopération dans le processus de réformes institutionnelles : instruments d'exécution ou d'ingénierie constitutionnelle ? », *op. cit.*, pp. 96-98.

dans une certaine mesure excusable parce qu'elle remédie au déficit *fédéral* cette fois qui vicie la composition du Sénat. Autrement dit, si le Sénat était réellement et intégralement dédié à la représentation des Communautés et Régions, *quod non* actuellement comme nous le savons, ces entités fédérées ne seraient pas aussi désireuses d'accaparer la mission de répartir les compétences qui appartient au pouvoir législatif fédéral. Un peu comme si les dérapages confédéraux, ce vice, étaient un hommage rendu à la vertu fédérale, ou en tout cas un appel à combler le déficit fédéral dont souffre la composition du Sénat ... Je comprends fort bien le raisonnement, mais je ne crois pas qu'il puisse excuser l'inconstitutionnalité. Du reste, je ne suis pas du tout sûr que le jour où le Sénat sera essentiellement composé de mandataires élus par les Conseils de Communauté, la tentation confédérale sera moins forte. Les accords de coopération sont négociés par les exécutifs : ce sont eux qui seront de plus en plus tentés d'avoir la main ...

§2. — *Les accords de coopération para-légaux
destinés à éviter une refédéralisation
ou à anticiper une défédéralisation*

L'exigence politique souvent formulée au nord du pays d'une plus grande homogénéité des compétences pourrait *a priori*, dans un Etat fédéral «normal», justifier aussi bien certaines «refédéralisations» que des «défédéralisations». Mais l'idée de droit para-légale d'inspiration confédérale tolère mal toute éventuelle refédéralisation, tant il est vrai qu'à ses yeux tous les transferts de compétences doivent nécessairement conduire à la progressive «étatisation» des Communautés. La même idée de droit confédérale supporte mal tout retard dans la réalisation des programmes exigeant de nouvelles dévolutions de compétences favorables à cette étatisation.

Certains accords de coopération sont tout à fait révélateurs de ces deux tendances lourdes. Ils apparaissent soit comme des moyens para-légaux *d'éviter une refédéralisation* de compétences accordées aux entités fédérées, soit comme des moyens tout aussi para-légaux *d'anticiper une défédéralisation* ardemment souhaitée par des partenaires puissants.

A mes yeux, l'accord de coopération Everberg du 30 avril 2002 analysé par Johanne Poirier dans son exposé illustre bien la première hypothèse. Comme on s'en souvient et comme la Cour d'arbitrage l'a rappelé dans son arrêt n°166/2003 (44), en matière de protection de la jeunesse, «*seule la détermination*» proprement dite «*des mesures pouvant être prises à l'égard des mineurs délinquants*» relève de «*la compétence fédérale*», tandis que les Communautés sont seules compétentes en ce qui concerne «*les établissements dans lesquels ces mesures sont exécutées*» (45). Or, la loi du 1^{er} mars 2002 relative au placement provisoire de mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et l'accord de coopération auquel le législateur a subordonné la mise en œuvre de sa loi, démontrent que l'Etat fédéral s'est arrogé certaines de ces compétences communautaires.

La Cour d'arbitrage reconnaît elle-même ce vice de constitutionnalité (46), mais aussitôt après, elle l'excuse en quelque sorte en invoquant, parmi d'autres circonstances, l'accord de coopération conclu entre l'Etat et les Communautés (47). Tout se passe au fond comme si un excès de compétences négocié dans un accord de coopération n'en était plus un, alors que la Cour avait toujours condamné, du moins dans l'énoncé de ses principes de référence, cette façon de faire. L'accord de coopération apparaît dans ce contexte comme un moyen para-constitutionnel d'éviter une refédéralisation en bonne et due forme de certaines compétences communautaires en matière de protection de la jeunesse.

L'accord de coopération du 11 octobre 2001 conclu entre l'Etat fédéral et les trois Régions au sujet du plan d'investissement pluriannuel 2001-2012 de la Société nationale des chemins de fer belges (SNCB) (48) illustre, pour sa part, et de manière encore plus nette, la deuxième hypothèse : il a offert à la Région flamande un moyen franchement inconstitutionnel d'anticiper, de manière partielle, mais néanmoins significative, une défédéralisation des chemins de fer ardemment souhaitée

(44) C.A., arrêt n°166/2003 du 17 décembre 2003.

(45) Considérant B.3.3.

(46) Cfr le considérant B.3.7.

(47) Cfr le considérant B.3.8.

(48) Cfr loi d'assentiment du 22 mars 2002, *M.B.*, 26 mars 2003.

par cette région. Comme la section de législation du Conseil d'Etat l'a rappelé, «*aucune disposition constitutionnelle ou législative ne transfère aux régions la matière du transport en commun par chemin de fer*». En conséquence, les Régions ne pouvaient pas, via l'accord de coopération en question, «*modifier ou approuver le plan d'investissement de la SNCB qui (...) relève de la seule autorité fédérale*». Elles ne pouvaient pas non plus assurer le pré-financement de cette société qui appartient tout autant à la même autorité fédérale (49). Ces objections n'ont pourtant pas empêché les quatre parties contractantes d'obtenir chacune l'assentiment parlementaire de leur accord qui est ainsi entré dans leurs ordres juridiques respectifs.

§3. — *Les accords de coopération para-légaux
révélateurs de schémas institutionnels alternatifs*

Enfin, je voudrais encore évoquer une dernière catégorie d'accords de coopération para-légaux : ceux qui révèlent un schéma institutionnel de type fédéral peut-être, mais radicalement différent de celui qui est en vigueur aujourd'hui. En dehors du confédéralisme et de la poursuite de la dynamique centrifuge, on sait que deux grands schémas institutionnels alternatifs circulent parmi certaines élites politiques.

Le premier est connu dans le jargon politique sous le nom de code : «*2 + 2*». C'est le schéma des résolutions du *Vlaamse Raad* du 3 mars 1999. A moyen terme, celles-ci fournissent, comme on le sait, les grands axes du plan de route flamand. Or, ce plan sort du schéma constitutionnel en vigueur. Il révèle, comme l'a observé Xavier Mabille, que du côté flamand, «*il y a une vision d'ensemble de la Belgique qui n'est plus, comme le dit la Constitution, un Etat fédéral composé de Communautés et de Régions, mais une Belgique reposant sur deux Etats fédérés, un flamand et un francophone, flanqués de deux entités, Bruxelles et la Communauté germanophone, qui ne sont pas de même nature...*» (50).

(49) Avis du Conseil d'Etat L. 32.367/VR du 23 octobre 2001, in *Doc. parl.*, Parl. wall., s.o. 2001-2002, n° 269/1, pp. 5 et 7.

(50) *Le Soir*, 22 janvier 2001.

Il me semble assez manifeste que l'accord de coopération intervenu le 15 septembre 1993 entre la Région de Bruxelles-Capitale et l'Etat fédéral et maintes fois amendé depuis lors révèle une percée de ce schéma alternatif (51). En effet, il permet à l'Etat de régler le financement et de s'immiscer dans la gestion de divers projets qui relèvent des compétences de la Région de Bruxelles-Capitale, bien au-delà des seuls projets que la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises lui permet de financer, à savoir ceux qui se justifient par le souci *«de favoriser et de promouvoir le rôle international et la fonction de capitale de Bruxelles»* (52). Johanne Poirier l'a souligné, non sans humour, dans un ouvrage collectif que j'ai eu le plaisir de co-diriger : si l'on prétend que *«la construction de salles multisports 'de petites dimensions' à Anderlecht ou que la réparation de trottoirs à Molenbeek»*, pour ne pas parler de l'installation de lampadaires à Forest, *«contribuent à la promotion du rôle international et à la fonction de capitale de Bruxelles, on peut se demander ce qui ne contribuerait pas à cette promotion»* (53). Il est donc assez manifeste que l'Etat excède, en programmant des initiatives de ce genre, les limites de ses compétences, certes avec la complicité et pour le plus grand bénéfice financier immédiat de Bruxelles, mais aussi au détriment de son autonomie. Pour le dire clairement, le statut que la Région bruxelloise reçoit implicitement dans cet accord de coopération pourrait bien être la préfiguration du schéma institutionnel para-légal mis en avant par le *Vlaamse Raad* le 3 mars 1999.

L'inconstitutionnalité est en outre accompagnée d'une autre illégalité. L'accord appartient sans aucun doute possible à la catégorie de ceux qui exigent un assentiment législatif. Or, il n'a reçu l'assentiment d'aucune assemblée. Ce n'est sans doute pas un hasard. Il est vrai que le contournement des approba-

(51) Cfr sur cet accord J. POIRIER, «La coopération à Bruxelles : la dimension fédérale-régionale», in *Autonomie, solidarité et coopération : quelques enjeux du fédéralisme belge au 21^{ème} siècle*, sous la dir. de Ph. Cattoir, Ph. De Bruycker, H. Dumont, H. Tulkens et E. Witte, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 489-524; et J. POIRIER, «Les accords de coopération dans le processus de réformes institutionnelles : instruments d'exécution ou d'ingénierie constitutionnelle?», *op. cit.*, pp. 94-95.

(52) Art. 43 de ladite loi spéciale.

(53) J. POIRIER, «La coopération à Bruxelles : la dimension fédérale-régionale», *op. cit.*, p. 517.

tions requises ne met pas l'accord complètement à l'abri d'un recours, puisque la disposition budgétaire adoptée en vertu de l'accord y est virtuellement vulnérable. Il est vrai aussi, qu'à supposer que l'accord ait été dûment approuvé, il se trouverait bien peu de requérants en mesure de prouver l'intérêt requis à l'appui de leurs recours (54). Mais, quoi qu'il en soit, il est difficile de croire que la discrétion législative qui a entouré ces accords est purement fortuite.

Le deuxième grand schéma institutionnel alternatif qui circule parmi certaines élites politiques ne concerne que les francophones. Il s'agit plus précisément du triangle Communauté française-Région wallonne-Commission communautaire française. Je veux évidemment parler du scénario d'un démantèlement, à terme, complet ou presque complet de la Communauté française. On n'en parle presque plus, du moins à découvert, depuis quelques années, mais il faudrait être naïf pour croire que ce scénario alternatif est définitivement enterré. On connaît l'équilibre actuel fondé sur l'article 138 de la Constitution et les décrets de transfert (55). Deux accords de coopération me semblent pouvoir être analysés comme des anticipations para-légales de nouveaux transferts qui n'ont pas encore été organisés dans le respect des procédures constitutionnelles.

Le premier est l'accord de coopération entre l'Etat fédéral et la Région wallonne relatif à la guidance et au traitement d'auteurs d'infractions à caractère sexuel qui a été approuvé par une loi du 4 mai 1999 et par un décret du 1^{er} avril 1999 (56). L'accord a essentiellement pour objet de créer des «centres d'appui» chargés «d'un rôle de soutien aussi bien en ce qui concerne la guidance et le traitement des cas individuels à l'intérieur des prisons qu'en ce qui concerne l'approche globale et la méthodologie scientifique à l'extérieur des prisons» (57). Dans cet accord, l'Etat apporte ses compétences exclusives en matière pénale au sujet de la délinquance sexuelle et en

(54) *Ibidem*, pp. 518-520.

(55) Voy. not. H. DUMONT, «La dualité Communauté française-Région wallonne : sens ou non-sens», in *A.P.*, 1994, T.2-3, pp. 247-255; R. BORN, «Bilan de l'exercice des compétences transférées par la Communauté française», *C.H. du CRISP*, 2002, n° 1783-1784.

(56) *M.B.*, 11 septembre 1999.

(57) C.A., arrêt n° 101/2001 du 13 juillet 2001, B.1.3.

matière d'exécution des peines. La Région wallonne, pour sa part, fait valoir les compétences qui lui ont été transférées par la Communauté française en matière de politiques de santé (politique de dispensation de soins dans et au dehors des institutions de soins) et d'aide aux personnes (58).

Il faut savoir que l'Etat a conclu un accord de coopération quasi identique avec la Communauté flamande, le 8 octobre 1998. La Communauté flamande pouvait, quant à elle, faire valoir non seulement les mêmes compétences que la Région wallonne, mais aussi celle de «l'aide sociale aux détenus, en vue de leur réinsertion sociale», matière qui, n'ayant pas été transférée à la Région wallonne, est demeurée dans le giron de la Communauté française au sud du pays.

Une ASBL en désaccord avec les options de fond de ces deux accords de coopération introduit un recours devant la Cour d'arbitrage contre les quatre actes législatifs d'approbation. Un des moyens dirigés contre l'accord conclu avec la Région wallonne reproche à celle-ci un excès de compétence commis au détriment de la Communauté française, seule compétente pour l'aide sociale aux détenus.

La Cour d'arbitrage rejette le moyen à l'aide d'une motivation dont il est difficile de ne pas percevoir le caractère quelque peu contradictoire. Elle juge que l'accord est étranger à l'aide sociale aux détenus : il y va, selon elle, «*d'une forme de dispensation de soins*» et «*d'aide aux personnes*» pouvant être fournie dans le cadre des matières transférées à la Région wallonne (59), mais elle ajoute que «*la constatation que la guidance prévue par les accords de coopération présente, sur le plan technique, des similitudes avec la dispensation de soins (...) n'implique aucunement que (...) la délinquance sexuelle doive être considérée comme une maladie ou une infirmité*» (60). Comprenez qui pourra. Quoi qu'il en soit, demain, quand il se trouvera des voix pour réclamer de nouveaux transferts de la Communauté française vers la Région wallonne, il serait étonnant que cet arrêt ne soit pas évoqué à l'appui du transfert de

(58) Cfr l'art. 3 du décret II du 22 juillet 1993.

(59) Considérant B.5.3. de l'arrêt précité.

(60) Considérant B.5.4. de l'arrêt précité.

l'aide sociale aux détenus ... La Cour aurait pu protéger la compétence de la Communauté française : elle ne l'a pas fait.

D'autres accords de coopération révèlent la même logique para-légale de marginalisation de la Communauté française. Je songe en particulier à ceux du 22 juin 2000, du 4 juillet 2000 et du 19 décembre 2003, conclus entre la Communauté française et la Région wallonne et portant sur le financement de la coopération entre ces deux collectivités dans le cadre dit des «politiques croisées» (61). La section de législation du Conseil d'Etat a clairement démontré l'inconstitutionnalité qui vicie ces divers accords *«au regard du principe en vertu duquel chaque autorité fédérale ou fédérée ne peut intervenir que pour financer ce qui relève de ses propres compétences»*. La Région wallonne ne pouvait pas intervenir comme elle l'a fait *«dans le financement de l'enseignement technique et professionnel, de l'accueil de l'enfance, et dans les dépenses de relations internationales de la Communauté française»* (62).

Tout se passe comme si — et je cite encore le Conseil d'Etat — *«en dehors des procédures de transfert de compétences de la Communauté française au profit de la Région wallonne, mais aussi de la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale, la Communauté française»* avait *«décidé d'abandonner une part de ses responsabilités au profit de la Région wallonne»*. La section de législation conclut sobrement : *«cette façon de faire s'expose évidemment à critique»* (63).

Les réponses des exécutifs qui ne se sont pas conformés à ces critiques sont aussi dépourvues de toute crédibilité juridique que révélatrices. En effet, on est là typiquement devant un phénomène de para-légalité : il y a bien un consensus conscient et délibéré des élites responsables de part et d'autre pour infléchir la légalité en vigueur dans une direction alternative, et comme personne n'a intérêt — au sens politique comme au sens juridique — à introduire un recours en annulation contre

(61) Cfr *M.B.*, 5 août 2000, 8 décembre 2000 et 15 juin 2004. Voy. sur ces accords J. POIRIER, «Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit», *op. cit.*, p. 449; R. BORN, *op. cit.*, pp. 35, 82-83; J.-Th. DEBRY, p. 218, n. 134.

(62) Avis L.36.875/2 in *Doc. parl.*, Parl. wall., s.o. 2003-2004, n° 709/1, p. 9.

(63) Avis L.30.102/2 in *Doc. parl.*, Parl. Wall., s.o. 1999-2000, n° 124/1, p. 19.

les actes d'assentiment dont ces accords ont fait l'objet (64), le droit positif finit par assimiler cet infléchissement.

On me dira peut-être que j'interprète bien lourdement ce qui n'est qu'un arrangement pragmatique destiné à permettre à la Communauté française d'équiper notamment d'ordinateurs les écoles sises dans la région de langue française, alors qu'elle n'avait pas assez de fonds pour en financer l'acquisition et le placement. Je répondrai que l'on n'a pas seulement affaire à un arrangement pragmatique, dès lors que celui-ci s'inscrit dans un ensemble de précédents juridiques et politiques qui forment une tendance dont des élites souhaitent le renforcement dans un avenir à plus ou moins long terme. Il convient aussi de s'interroger sur les dégâts collatéraux de ce type d'accord sur l'autre maillon faible du triangle institutionnel francophone : je veux parler de la Commission communautaire française (COCOF) et des francophones de Bruxelles qui sont les grands oubliés des politiques croisées ...

A ce sujet, on doit recommander la lecture du rapport des commissions réunies de coopération et de concertation entre le Parlement de la Communauté française et l'Assemblée de la Commission communautaire française du 12 décembre 2002 (65). S'il est permis d'avancer un jugement de valeur au-delà du constat, on peut y voir une fascinante pièce à conviction contre les politiques croisées qui laissent Bruxelles de côté. En effet, ce rapport démontre par l'absurde combien celles-ci créent une injustice et, osons le mot, une discrimination au détriment des francophones de Bruxelles. Il met aussi cruellement en lumière aussi bien l'étroitesse du cercle des quelques responsables et mandataires politiques qui parviennent à apercevoir cette discrimination et donc à s'en émouvoir, que l'extrême difficulté qui est la leur d'en débattre, tant ils peinent à brandir quelques idées claires sous un ciel à ce point plombé par la complexité institutionnelle la plus noire.

(64) Comme l'a écrit Johanne Poirier dans «Les ententes intergouvernementales...», *op. cit.*, p. 449, «il est peu probable que les parties soumettent» aux juridictions «une entente qu'ils viennent de conclure». Quant aux tiers, ils disposent difficilement de l'intérêt requis pour agir. L'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 90/2002 du 5 juin 2002 en offre l'illustration à propos d'un des accords de coopération conclu dans le cadre des politiques croisées.

(65) *Doc. parl.*, Parl. de la Comm. fr., s.o. 2002-2003, n° 356/1.

Au-delà du cas particulier que l'on vient d'évoquer, on admettra en tout cas qu'on ne saurait qualifier d'anecdotiques les diverses inconstitutionnalités que l'on vient d'analyser dans cette section. C'est l'intérêt que la théorie de la paralégalité peut revendiquer : avertie de ce que l'histoire institutionnelle avance souvent par les marges, comme l'observait naguère André Molitor, elle s'attache à discerner parmi les inconstitutionnalités et les illégalités, celles qui pourraient bien être significatives d'un processus de changement juridique substantiel en cours et d'une plus ou moins grande capacité du système juridique étatique à résister ou à s'adapter à ce processus.

III. — QUELQUES RECOMMANDATIONS À DISCUTER EN GUISE DE CONCLUSIONS

L'Etat belge survivra-t-il à sa contractualisation, à la mode déferlante des accords de coopération, souvent inconstitutionnels de surcroît ? Je n'en sais évidemment rien, mais il me semble qu'il mettrait plus de chances de son côté s'il ne cédait pas au chant des sirènes du droit comparé. Dans d'autres Etats fédéraux que le nôtre, on est plus pragmatique dans le domaine des ententes intergouvernementales ; on s'accommode d'une vision plus politique de celles-ci ; *and it works* ? Très bien, j'en suis fort aise pour eux, mais cela ne change rien à mon penchant résolument légicentriste pour ce qui concerne notre fédéralisme belge. Comme Ulysse, on peut écouter les sirènes avec ravissement, tout en restant fermement attaché à son mat.

En raison de son caractère profondément et inévitablement bipolaire, on sait que le fédéralisme belge est condamné à « flirter » avec la logique confédérale. Alors, nous avons, sans doute plus que d'autres, besoin de garde-fous pour nous prémunir de la dérive confédérale dans laquelle une multiplication d'accords de coopération mal encadrés juridiquement, sinon inconstitutionnels, pourrait nous entraîner.

Le respect de la Constitution, y compris dans les cas où sa méconnaissance a peu de chances d'être sanctionnée, forme évidemment le premier de ces garde-fous. Les nombreux exem-

ples d'accords de coopération «para-» et donc inconstitutionnels analysés dans la deuxième partie de cette contribution démontrent que le rappel de ce truisme, dont on priera d'excuser la (fausse) naïveté, n'est pas *a priori* injustifié. En dehors de cette «recommandation» pour le moins élémentaire, mais dont le rappel est évidemment significatif des tendances lourdes que l'on a observées, je me risque à avancer cinq petites recommandations en guise de conclusions.

1) J'incline tout d'abord à penser qu'un grand nombre d'accords de coopération qui n'ont pas fait l'objet d'un assentiment parlementaire se sont soustraits à cette formalité pour de mauvaises raisons (66). Si l'on prend au sérieux les trois catégories d'accords requérant cet assentiment conformément à l'article 92*bis*, §1^{er}, al. 2, de la loi spéciale du 8 août 1980, je crois que les accords qui en sont exonérés sont relativement peu nombreux. Il n'est pas inutile de rappeler que les accords «qui pourraient grever» l'Etat, la Communauté ou la Région sont tous ceux qui imposent des charges auxquelles ces collectivités ne peuvent «faire face qu'en inscrivant des dépenses nouvelles au budget», tandis que ceux qui «pourraient lier des Belges individuellement» coïncident avec tous ceux qui imposent des obligations ou confèrent des droits aux particuliers (67).

Je n'assigne pas moins de quatre avantages à cet assentiment. *Primo*, il clarifie, dans une certaine mesure au moins, la portée juridique de l'accord. Il institue une présomption de juridicité qui permet de faire l'économie de raisonnements délicats fondés sur des indices et des seuils de juridicité. *Secundo*, il permet le contrôle préventif et curatif de sa constitutionnalité, respectivement par le Conseil d'Etat et la Cour d'arbitrage. *Tertio* : il ménage au moins un droit de regard des assemblées parlementaires qui devraient d'ailleurs inventer des procédures leur permettant d'avancer ce droit de regard plus

(66) Pour des exemples de violation de l'obligation de faire approuver l'accord, cfr J.-Th. DEBRY, *op. cit.*, pp. 204, 220-223. Dans sa communication, J. POIRIER a constaté que ce phénomène d'ineffectivité de l'exigence d'assentiment est massif.

(67) J. SALMON et E. DAVID, *op. cit.*, p. 93 à propos de l'article 68, al. 2, de la Constitution tel qu'on pouvait le lire avant sa révision de 1992-1993, c'est-à-dire dans sa formulation qui a inspiré le législateur spécial à propos de l'assentiment aux accords de coopération.

en amont, quand il est encore temps de peser sur les contenus négociés. Et *quarto*, il rend sa publication au Moniteur obligatoire.

Pour inciter à un meilleur respect de cette exigence de l'assentiment, je crois que les juridictions devraient être plus attentives qu'elles ne le sont parfois : un accord qui aurait dû être approuvé et qui ne l'a pas été doit être condamné au néant juridique. C'est la première recommandation que je sou mets — comme tous mes propos du reste — à la discussion.

2) Deuxième recommandation : confirmons expressément dans la Constitution la supériorité hiérarchique matérielle des accords de coopération approuvés sur les normes législatives ultérieures. Si l'on veut prévoir des clauses de *hardship* ou d'imprévision dans les accords de coopération, inscrivons-les y explicitement et le plus clairement possible. Prévoyons aussi dans la loi spéciale un régime de négociation supplétif. Mais n'ouvrons cette porte qu'avec la plus grande circonspection (68).

3) Troisième recommandation : tous les accords de coopération conclus par les exécutifs et non soumis à assentiments doivent néanmoins être publiés sur un site internet officiel ouvert à la consultation publique (69). La clandestinité actuelle de bon nombre d'accords me semble proprement inacceptable en démocratie.

4) Quatrième recommandation. La liste actuelle des accords de coopération obligatoires est sans doute encore trop étroite, ainsi que le démontre l'arrêt déjà évoqué de la Cour d'arbitrage n° 132/2004 du 4 juillet 2004 rendu à propos de l'impossible délimitation des compétences dans les domaines de la radiodiffusion et des télécommunications. Cet arrêt crée, à côté des accords obligatoires en vertu de la loi et des accords facultatifs, une troisième catégorie : celle des accords rendus obligatoires par la Cour d'arbitrage elle-même ... Mais n'oublions pas que beaucoup d'accords de coopération obligatoires n'ont pas été conclus, ou ne l'ont été qu'après de nombreuses années de retard (70). Il conviendrait donc d'avoir un

(68) Pour les raisons indiquées dans la première partie de cette contribution.

(69) Sur la situation actuelle, cfr J.-Th. DEBRY, *op. cit.*, p. 201, note 17.

(70) Cfr *ibidem*, pp. 206, 209, 210, 211, 216 et 217.

débat (71), dans le prochain Sénat, par exemple, sur la fonction des accords de coopération et, peut-être sur des mécanismes subsidiaires à mettre en œuvre en cas d'inertie des parties contractantes.

5) Cinquième et dernière recommandation : comme tout droit négocié, le fédéralisme coopératif a certes des vertus qui sont très à la mode et que nul ne conteste, mais il comporte aussi des limites qu'il ne faudrait pas perdre de vue.

D'une part, des limites du point de vue des exigences démocratiques, on l'a dit. Sur un accord de coopération que les exécutifs négocient et concluent, les assemblées représentatives n'auront jamais qu'un pouvoir limité, même si l'on peut rêver d'étendre celui dont elles disposent actuellement.

D'autre part, des limites du point de vue politique. Une institution est faite pour durer. Elle est dotée d'une stabilité *a priori* : elle a des organes propres qui disposent d'une capacité de décision facilitée par le principe de majorité et elle possède des compétences propres que nul ne saurait lui contester, du moins en droit et pour ce qui est de leur noyau dur.

En revanche, une faculté de contracter est marquée du sceau de la précarité. Elle est exercée ou non, souvent selon le bon plaisir des parties contractantes. Elle est à la merci de l'intérêt ou du désintérêt mutuel, comme du droit de veto de chacune d'elles. Son exercice suppose une négociation entre des partenaires qui ne sont pas nécessairement sur pied d'égalité (72). Et quand l'accord est conclu, il ne se modifie qu'à l'unanimité.

Tout est donc, comme souvent, une affaire d'équilibre et d'ajustement, ici entre le droit imposé et le droit négocié.

(71) Cfr dans le même sens *ibidem*, p. 226.

(72) On en a vu des exemples ici même. Pour d'autres exemples, voy. R. BORN, H. DUMONT et G. VAN DER STICHELE, «La Communauté française dans le fédéralisme coopératif belge», in *Autonomie, solidarité et coopération : quelques enjeux du fédéralisme belge au 21^{ème} siècle*, op. cit., pp. 433-465. L'oubli de la Communauté germanophone dans la procédure négociée du transfert du Jardin botanique est aussi révélatrice : cfr G. CRAENEN, «De bevoegdheidsverdeling inzake landbouw en zeevisserij, buitenlandse handel en ontwikkelingssamenwerking», in *De vijfde Staatshervorming van 2001*, éd. par A. Alen, Brugge, Die Keure, 2002, p. 151.