

LES TRANSFERTS NON ORTHODOXES DE COMPÉTENCE

Luc Detroux

fonctions

Anne-Stéphanie Renson

fonctions

Sébastien Van Drooghenbroeck

fonctions

Marc Verdussen

fonctions

Un principe bien ancré du droit public belge tient au monopole du Constituant et du législateur spécial¹ pour attribuer les compétences, en tracer les frontières et fixer, le cas échéant, les modalités de coopération qui en conditionnent ou en limitent l'exercice. Ce principe a été rappelé dans un arrêt n° 112/2011 rendu le 23 juin 2011 par la Cour constitutionnelle : « Sauf exception prévue par la Constitution ou une loi à majorité spéciale, les règles répartitrices de compétence s'opposent en principe à ce qu'une loi ordinaire subordonne à la conclusion d'un

1. Sauf lorsque le Constituant habilite directement le législateur ordinaire (voy. par exemple, s'agissant de la Communauté germanophone, l'article 130 de la Constitution) ou le décret (voy. par exemple, les articles 138 et 139 de la Constitution) à dessiner ou à modifier cette répartition des compétences. Voy. M. EL BERHOUMI, C. ROMAINVILLE et N. B. BERNARD, « Les sources de la répartition des compétences », in M. EL BERHOUMI et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Principes de la répartition des compétences*, coll. Répertoire pratique de droit belge, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 46-49.

accord de coopération l'exercice d'une compétence fédérale, et *a fortiori* une compétence communautaire »².

Dans une étude récente, Mathias El Berhoumi, Céline Romainville et Nicolas Bernard³ montraient cependant qu'en marge de cette orthodoxie constitutionnelle, d'autres « sources » complètent ou nuancent – voire concurrencent ou contredisent – l'œuvre du Constituant et du législateur spécial dans le *design* de la répartition des compétences. Y contribueraient ainsi, sur un mode plus hétérodoxe, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et la jurisprudence de la section de législation du Conseil d'État⁴.

Un geste formaliste conduirait, dans un refoulement proprement freudien, à nier complètement l'existence de ces chemins de traverse et de ces sources œuvrant en marge des révisions officielles de la Constitution et de la loi spéciale : « Ceci n'est pas un transfert de compétences » dirait-on en paraphrasant Magritte. La présente contribution empruntera tout au contraire une perspective réaliste en invitant à reconnaître que, via l'application généreuse des compétences implicites (section 1), l'usage assertif des outils du fédéralisme coopératif (section 2) et la créativité prétorienne exercée bien au-delà des textes (section 3), des transferts de compétence ont bel et bien lieu, ou pourraient avoir lieu, discrètement et en sourdine, quoique dans une mesure variable. Une réforme de l'État furtive ou « latente », pour reprendre les mots de Jurgen Vanpraet⁵.

Qu'il y ait ainsi du mouvement et du « bougé » entre les lignes inchangées de la Constitution et de la loi spéciale est inévitable. La « pratique » des institutions et la « pratique prétorienne », jouent un rôle considérable dans le droit de la répartition des compétences. Au-delà cependant d'un certain seuil, elles lui font perdre une part importante de sa transparence.

Dans un avis n° 69.706/1 du 27 octobre 2021, la section de législation évoque, à notre connaissance pour la première fois, le « souci de

2. C.C., 23 juin 2011, n° 112/2011, B.4. Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle rappelle le principe pour toutefois admettre immédiatement ensuite que le législateur a pu y déroger, dans un « contexte particulier » (B.5) pour « donner suite à l'exigence de coopération qui est imposée pour l'exercice des compétences en vertu du principe de proportionnalité » (B.6.2, al. 3). Le « contexte particulier » en question était la nécessaire coordination des fréquences de radiocommunication. Voy. à cet égard *infra*, B., 1.

3. M. EL BERHOUMI, C. ROMAINVILLE et N. B. BERNARD, « Les sources de la répartition des compétences », *op. cit.*, pp. 31 et s.

4. *Ibid.*, pp. 51-52.

5. J. VANPRAET, *De latente staatshervorming. De bevoegdheidsverdeling in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de adviespraktijk van de Raad van State*, Bruges, die Keure, 2011.

transparence du cadre réglementaire institutionnel »⁶. Il s'agissait, en l'occurrence, de déterminer le « lieu » **légistiquement** le plus approprié pour opérer le transfert, à la Région flamande, de la compétence au demeurant fédérale en matière d'espace maritime.

« Transparence du cadre réglementaire institutionnel ». Le souci ne relève pas que de la pure légistique. Comme l'a jadis enseigné le Conseil constitutionnel français, l'accessibilité et l'intelligibilité du droit – sa transparence – servent un certain nombre de valeurs tout à fait fondamentales. Il s'agissait, selon les sages de la rue de Montpensier, de l'égalité et de la liberté individuelle⁷. On ajoutera, en lien étroit avec ces deux valeurs : la démocratie. Tel sera le thème qui articulera nos conclusions.

Section 1. Les compétences implicites. L'article 10 de la loi spéciale est-il surmené ?

« Les décrets peuvent porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles les Parlements ne sont pas compétents, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de leur compétence ».

Le texte bien connu de l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980⁸ pourrait laisser croire qu'il n'œuvre qu'à la marge du système, comme correctif occasionnel – voire exceptionnel.

Anno 2023, la pratique en offre une tout autre image : ce n'est pas à la marge, mais bien au cœur du système que les pouvoirs implicites semblent s'être installés. Il n'est pas de notre ambition de retracer ici l'*alpha* et l'*omega* de la matière – l'exercice a encore été fait récemment⁹ –,

6. <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/2079/55K2079002.pdf>.

7. Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 : « L'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et "la garantie des droits" requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ».

8. Rendu applicable à la Région bruxelloise par l'article 4 de la loi spéciale sur les institutions bruxelloises.

9. Voy. e.a., parmi les contributions les plus complètes et les plus récentes, A.-S. BOUVY, « Les compétences implicites », in C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN (dir.), *Les grands arrêts sur le partage des compétences dans l'État fédéral*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 98-108 ;

mais juste de pointer quelques évolutions saillantes et les questions – encore très largement en suspens – qu'elles suscitent.

La première évolution tient à l'identité des partenaires de la Fédération qui peuvent se prévaloir de ces compétences implicites. Le texte de l'article 10 est, à cet égard, indument réducteur, laissant accroire que seuls les législateurs communautaires et régionaux – à l'exclusion, donc, du législateur fédéral – pourraient se prévaloir de ce droit de « déborder » chez son voisin. Il n'en est rien. Sans grande surprise, un avis 58316/VR du 1^{er} décembre 2015¹⁰ a en effet affirmé que :

« L'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles vise exclusivement à permettre aux parlements des entités fédérées de régler des matières pour lesquelles elles ne sont pas compétentes, le législateur fédéral ne pouvant donc invoquer cet article comme tel. Il ressort toutefois de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle [...], de la jurisprudence du Conseil d'État, section du contentieux administratif [...], des avis du Conseil d'État, section de législation et de la doctrine que l'article énonce un principe général de la répartition des compétences, à savoir que toute compétence doit pouvoir être mise en œuvre utilement. Ce principe implique que les lois fédérales peuvent également contenir des dispositions de droit dans des matières pour lesquelles le législateur fédéral n'est pas compétent, pour autant que ces dispositions soient nécessaires à l'exercice d'une compétence fédérale »¹¹.

La « centralité » des pouvoirs implicites – sur le plan quantitatif – est par ailleurs alimentée par la diversification des instruments normatifs susceptibles de les véhiculer. Faut-il lire l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles comme impliquant que l'utilisation des pouvoirs implicites est une « matière réservée » au législateur – fédéral ou

P. LAGASSE et M. RUYS, « Le principe de légalité et les pouvoirs implicites », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 328-342 ; Y. MOSSOUX, « Les compétences implicites », in M. EL BERHOUMI et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Principes de la répartition des compétences*, op. cit., pp. 221 et s. ; K. REYBROUCK, *Een moderne bevoegdheidsverdeling voor het federale België. Naar een balans tussen dual en coöperatief federalisme*, Anvers, Larcier-Intersentia, 2023, pp. 150-151.

10. Doc. parl., Ch. repr., 2014-2015, n° 54-1349/2.

11. La Cour constitutionnelle l'admet aussi, mais sans être explicite. Voy. sur ce point e.a., B. RENAULD, « Les pouvoirs implicites de l'autorité fédérale : nécessité fait loi ? », in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS et W. VERRIJDT (coord.), *Semper perseverans. Liber amicorum André Alen*, Anvers, Intersentia, 2020, pp. 585-590 ; Y. MOSSOUX, « Les compétences implicites », op. cit., pp. 223-224 ; K. REYBROUCK, *Een moderne bevoegdheidsverdeling voor het federale België. Naar een balans tussen dual en coöperatief federalisme*, op. cit., pp. 150-151 ; C. ROBINET, « L'État fédéral peut-il aussi faire usage des "pouvoirs implicites" ? », *J.T.*, 2024/5, n° 6969, pp. 76-79.

fédéré – et ne pourrait souffrir d’habilitation que moyennant fixation législative préalable de ses éléments essentiels, ou faut-il admettre que le Roi ou les Gouvernements de Communautés et Régions puissent également s’emparer de ces pouvoirs, soit sur base de leur pouvoir réglementaire autonome, soit sur base d’une « simple » habilitation ? Doctrine et jurisprudence ne sont pas encore unanimes à ce sujet¹². On pointera cependant un arrêt récent de la section du contentieux administratif du Conseil d’État¹³, qui, sur ce point comme sur la question précédemment évoquée, semble « pousser les lignes » assez loin au-delà de l’interprétation purement textuelle de l’article 10 de la loi spéciale. En l’occurrence, il était fait reproche à un arrêté royal d’avoir, au nom de la protection de la santé publique, réglé une matière (l’utilisation de pesticides) qui relèverait de la compétence régionale en matière environnementale. La Haute juridiction estima cependant que, nonobstant l’incompétence de principe de son auteur, la mesure pouvait être « sauvée » par le recours aux pouvoirs implicites. N’étant pas à l’abri de quelque ambiguïté, l’arrêt mérité d’être cité en larges extraits :

« Pour que l’article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 puisse s’appliquer, il est requis que la législation adoptée soit nécessaire à l’exercice des compétences de l’entité concernée, que la matière se prête à un régime différencié et que l’incidence des dispositions attaquées sur la matière ne soit que marginale. Il résulte de ces conditions que les pouvoirs implicites ne se conçoivent que comme l’accessoire de la mise en œuvre d’une compétence principale.

Cette disposition n’octroie qu’aux seuls législateurs concernés la possibilité de faire usage des pouvoirs implicites, et non aux gouvernements, sauf dans le cadre de l’attribution de pouvoirs spéciaux.

Par ailleurs, l’article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, combiné avec l’article 19, § 1^{er}, de la même loi spéciale, n’autorise des débordements de compétence que de la part des parlements des entités fédérées, à l’exclusion donc du législateur fédéral.

Il s’ensuit que l’article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 ne peut fonder le recours aux compétences implicites dans le chef du Roi.

La jurisprudence a toutefois admis que le législateur fédéral puisse également faire usage de la théorie des pouvoirs implicites

12. Voy. Y. MOSSOUX, « Les compétences implicites », *op. cit.*, pp. 224-225. P. LAGASSE et M. RUYS, « Le principe de légalité et les pouvoirs implicites », *op. cit.*, pp. 328-341.

13. C.E, n° 256.986 du 29 juin 2023. Il s’agit d’un arrêté encore isolé, bien qu’un autre arrêt n° 244.095 du 2 avril 2019 semble également ne pas avoir exclu qu’un arrêté d’exécution fasse appel aux pouvoirs implicites. Cet arrêt conclut toutefois que les conditions requises pour pouvoir faire usage des pouvoirs implicites n’étaient pas remplies, de telle sorte qu’on ne peut en déduire une autorisation d’utilisation des compétences implicites par un pouvoir exécutif.

à l'égard des compétences des parlements des entités fédérées [...]. Le recours aux pouvoirs implicites par le législateur fédéral est conditionné par la jurisprudence au respect des critères de nécessité – s'agissant de vérifier qu'il existe un lien étroit entre la matière réglée en ordre principal et celle sur laquelle il est empiété et qu'un contrôle strict soit exercé sur ce lien – et de marginalité de l'empiètement. En revanche, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle n'a pas maintenu la condition selon laquelle la matière visée doit pouvoir se prêter à un règlement différencié.

Il a également été admis que le législateur fédéral puisse habiliter le Roi à faire œuvre réglementaire dans une matière sur laquelle il a empiété [...], faisant ainsi usage des compétences implicites.

En l'espèce, [...], l'arrêté attaqué se fonde, notamment, au titre de son préambule, sur l'article 9, 1°, de la loi du 21 décembre 1998 précitée, qui dispose comme suit :

"Sans préjudice des dispositions du Chapitre II, le Roi peut, dans l'intérêt de la santé publique ou des travailleurs :

1° fixer les conditions de production, de transformation, de composition, d'emballage, de présentation, de conditionnement, de quantité, d'origine, de qualité, d'efficacité, d'acquisition, de détention, de conservation, d'exécution des essais et des analyses, et d'utilisation des produits phytopharmaceutiques et des biocides".

Il ressort de cette disposition qu'afin d'assurer la santé publique ou des travailleurs, le Roi est habilité par le législateur fédéral à fixer, notamment, les conditions d'utilisation des produits phytopharmaceutiques, habilitation qui a été mise en œuvre par l'arrêté attaqué en tant qu'il est prévu, en son article 2, des règles d'interdiction d'utilisation propres aux deux catégories d'herbicides qui ne satisfont pas aux dispositions de ce même arrêté.

Les parties requérantes ne remettent pas en cause l'habilitation législative fondant l'arrêté attaqué en tant qu'il prévoit les règles précitées.

Il peut être admis que, s'appuyant sur les pouvoirs implicites qui lui ont été dévolus en vertu de l'habilitation prévue à l'article 9, 1°, de la loi du 21 décembre 1998, l'auteur de l'arrêté attaqué ait estimé nécessaire d'adjoindre à l'interdiction de mise dans le commerce des herbicides concernés des restrictions à l'utilisation, ceci afin d'assurer la pleine et immédiate effectivité de la mesure. Par ailleurs, une telle mesure, au regard de sa portée limitée, ne porte pas atteinte de manière disproportionnée à la compétence des régions en matière de protection de l'environnement. Par conséquent, les critères de nécessité et de marginalité sont respectés par le Roi, en sorte que le débordement sur les compétences régionales est admissible ».

Force est de constater que l'habilitation législative requise, tout en n'étant pas totalement inexistante, était cependant relativement *light*, et qu'elle n'induisait aucune autorisation certaine faite au Roi de déborder dans les compétences régionales. Toujours est-il que, sur la base de ce raisonnement, l'arrêt estime assez significativement qu'il n'y a pas lieu de soumettre à la Cour constitutionnelle les questions préjudicielles soulevées par la partie adverse, à savoir :

« La théorie des pouvoirs implicites consacrée à l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles, le cas échéant lu en combinaison avec le principe général de répartition des compétences qu'il renferme, interprété comme ne permettant pas le recours à la théorie des pouvoirs implicites par le Roi à l'occasion de l'adoption d'un acte réglementaire, viole-t-il les articles 10, 11 de la Constitution, en ce qu'une telle interprétation entraînerait une différence de traitement disproportionnée selon que l'entité concernée (État, Région ou Communauté) exerce sa compétence législative ou sa compétence réglementaire ? » ;

« La théorie des pouvoirs implicites consacrée à l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles, le cas échéant lu en combinaison avec le principe général de répartition des compétences qu'il renferme, interprété comme ne permettant pas le recours à la théorie des pouvoirs implicites par le Roi à l'occasion de l'adoption d'un acte réglementaire, viole-t-il l'article 143 de la Constitution en ce qu'interprété de la sorte, le système de répartition des compétences rendrait exagérément difficile l'exercice de ses compétences réglementaires par une entité (fédérale ou fédérée), le recours à la théorie des pouvoirs implicites étant notamment utilisé lorsque l'usage de ces pouvoirs est nécessaire à l'exercice d'une compétence propre de l'entité concernée ? ».

La « centralité » acquise par les pouvoirs implicites tient par ailleurs à l'assouplissement assez considérable dont l'examen de leurs conditions de mise en œuvre a fait l'objet. La ritournelle est bien connue : la théorie des pouvoirs implicites permet aux différentes entités (tant fédérale que fédérées) de déborder sur le champ de compétences d'une autre entité, pour autant que ce débordement soit nécessaire à l'exercice de l'une de ses compétences, que l'incidence de l'empiètement soit marginale et – s'agissant des débordements fédérés – que la matière sur laquelle il est empiété se prête à un règlement différencié¹⁴.

14. Voy. not. C.C., 20 décembre 1985, n° 7/85, 6.B.2, ou plus récemment, C.C., 19 mai 2022, n° 69/2022, B.20.1 à B.23 et 24 novembre 2022, n° 155/2022, B.17.

D'autres que nous se sont employés à démontrer combien les appréciations portées en la matière par la section de législation du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle avaient, au fil des années, évolué vers toujours plus de souplesse¹⁵. Le contrôle exercé sur la condition de nécessité est devenu, selon K. Reybrouck, plutôt marginal¹⁶. Le tableau récemment livré par Stefan Sottiaux et Arvid Rochtus à propos de la « défédéralisation » de la Justice obtenue grâce à la mise en jeu de l'article 10, est tout à fait significatif¹⁷. S'agissant de la création de juridictions communautaires et régionales spécialisées créées par décret en marge de la compétence réservée à la loi par l'article 161 de la Constitution¹⁸, Jurgén Vanpraet écrivait déjà, en 2011, que :

« *De bevoegheidscontouren lijken dermate geëvolueerd dat de impliciete bevoegdheden een permanente bevoegdheid verlenen om specifieke administratieve rechtscollege op te richten in hun toegewezen bevoegdheden [...] In het licht hiervan kan men zich ook afvragen of het überhaupt nog wel zin zou hebben om de bevoegdheid om administratieve rechtscollege op te richten in gemeenschaps- en gewestmateries, uitdrukkelijk over te dragen aan de gemeenschappen en gewesten* »¹⁹.

S'exprimant à propos des empiètements communautaires et régionaux dans le domaine fédéral des attributions des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, Jan Velaers notait pour sa part²⁰, en 2008 :

« *Geleidelijk aan is het inzicht gegroeid dat het in de eerste plaats aan de decreet- en de ordonnantiegevers zelf toekomt te oordelen of een wijziging van de gemeenrechtelijke bevoegdheids- en procedureregels "noodzakelijk" is om op een meer adequate wijze de eigen bevoegdheden uit te oefenen en er voor te zorgen dat geschillen met betrekking tot aangelegenheden waarvoor zij bevoegd zijn, op een passende wijze worden beslecht* ».

15. A. ALEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Malines, Kluwer, 2011, pp. 395-396 ; J. VANDE LANOTTE et al., *Belgisch Publiekrecht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 1080 ; S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk recht*, Bruxelles, Intersentia, 2016, pp. 248-249.

16. K. REYBROUCK, *Een moderne bevoegdheidsverdeling voor het federale België. Naar een balans tussen dual en coöperatief federalisme*, op. cit., p. 144.

17. S. SOTTIAUX et A. ROCHTUS, *De defederalisering van justitie. Een rechtsvergelijkende en rechtspolitieke studie*, Bruxelles, Intersentia, 2023 (pp. 81 et s. version preprint).

18. Voy. égal. A.-S. BOUVY, « La place des juridictions administratives régionales et communautaires dans la Belgique fédérale », *R.B.D.C.*, 2015, pp. 215-264.

19. J. VANPRAET, *De latente Staatshervorming. De bevoegdheidsverdeling in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de adviespraktijk van de Raad van State*, op. cit., p. 297.

20. J. VELAERS m.m.v. P. POPELIER, *Artikel 35 van de Grondwet: de toegewezen bevoegdheden voor de federale overheid en het residu voor de Gemeenschappen en/of de Gewesten: een voorbereidende studie*, Deel II, Bijlagen 1-20, Anvers, 2008 (niet gepubliceerd), p. 25.

Il convient toutefois de rappeler que dès lors que la théorie des pouvoirs implicites s'analyse comme une forme de dérogation au principe du cloisonnement des compétences, celle-ci ne peut en aucun cas être utilisée par une entité pour s'approprier et effectuer un transfert intégral à son profit d'une compétence appartenant à une autre entité. Dans la même logique, l'on ne saurait donc admettre que ce transfert intégral s'opère sous couvert de la théorie des pouvoirs implicites, par le biais d'un « saucissonnage » et via des empiètements successifs, sous peine de dénaturer complètement celle-ci.

C'est au regard de cette difficulté qu'un avis de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État²¹, donné 15 février 2023, peut apparaître comme une mise au point (mise en garde ?) salutaire²². Un avant-projet de décret de la Région flamande visait à étendre les compétences du Conseil pour les Contestations des Autorisations. Cette juridiction administrative flamande a été créée par le biais des compétences implicites et est actuellement compétente pour connaître de recours dirigés contre certaines décisions individuelles en matière d'urbanisme. Cet avant-projet de décret s'inscrivait dans le cadre d'un objectif de régionalisation de la justice, pleinement assumé de la ministre flamande de la Justice²³, et il entendait, pour y parvenir, transférer progressivement des « paquets de compétences » au Conseil pour les Contestations des Autorisations²⁴. Dans son examen du respect de la condition de l'impact marginal sur la compétence fédérale en matière d'organisation des juridictions administratives, la section de législation a, dans la ligne que prônait une partie de la doctrine²⁵, pris notamment en compte « l'effet cumulé » des nouvelles compétences envisagées par

21. Avis n° 72.576/AG donné le 15 février 2023 sur un avant-projet devenu le décret du 14 juillet 2023 « modifiant le Code flamand de l'Aménagement du Territoire du 15 mai 2009, le décret du 4 avril 2014 relatif à l'organisation et à la procédure de certaines juridictions administratives flamandes et le décret du 25 avril 2014 relatif aux projets complexes, en ce qui concerne l'extension de la juridiction du Conseil du Contentieux des Permis ».

22. Voy. déjà, auparavant, Adv.RvS nr. 53.941/AV/3 van 17 oktober 2013 over een voorontwerp van decreet « betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges », *Parl.St.*, VI. Parl., 2012-2013, nr. 2383/1, 163.

23. Voy. les déclarations de la ministre flamande de la Justice, Zuhail Demir : « Zuhail Demir plaide pour une défédéralisation de la Justice sur base d'une étude KUL », *La Libre Belgique*, 2 février 2023. (Voy. également, Beleidsnota Justitie en Handhaving 2019-2024, *Parl.St.*, VI. Parl., 2019-2020, nr. 137/1, pp. 34-36, <https://docs.vlaamsparlement.be/pfile?id=1498312>).

24. Comme l'écrivent D. Renders et D. De Valkeneer, « dans le chef de l'autorité flamande, une politique des petits pas s'est mise en marche, qui ne cache pas l'envie d'en franchir un grand » (D. RENDERS et D. DE VALKENEER, « Où peut aller la justice administrative flamande, en particulier si la coupole n'est pas encore pleine ? », *A.P.T.*, 2016, p. 570).

25. D. RENDERS et D. DE VALKENEER, « Où peut aller la justice administrative flamande, en particulier si la coupole n'est pas encore pleine ? », *op. cit.*, p. 568.

rapport aux compétences déjà exercées actuellement par la juridiction administrative flamande.

« Hoewel het gaat om een duidelijk "afgebakend" contentieux, kan voorts bezwaarlijk worden aangenomen dat het contentieux dat wordt overgedragen "beperkt" is.

Het contentieux inzake het omgevingsrecht dat wordt gevormd door beroepen tegen ruimtelijke uitvoeringsplannen, stedenbouwkundige verordeningen en project- en voorkeursbesluiten inzake complexe projecten is immers noch in omvang, noch in belang "beperkt". Dat de bevoegdheid slechts betrekking heeft op "vier strikt afgebakende types van besluiten", zoals gesteld in de memorie van toelichting, neemt niet weg dat deze besluiten de belangrijkste reglementaire instrumenten vormen binnen het beleidsveld van de Vlaamse ruimtelijke ordening en kunnen uitgaan van drie verschillende overheidsniveaus: het gewest, de provincies en de gemeenten. Het feit dat bij de Raad van State, algemeen beschouwd, verhoudingsgewijs een veel groter aantal annulatieberoepen wordt ingeleid, betekent niet dat het ontnemen van het reglementaire contentieux inzake het Vlaamse omgevingsrecht slechts een beperkte impact zou hebben op de bevoegdheid van de Raad van State.

Rekening houdend met de bevoegdheden die reeds aan de RvVb werden overgedragen, zal de ontworpen bevoegdheidsoverdracht tot gevolg hebben dat het algemene contentieux inzake het omgevingsrecht berust bij de RvVb » (nous soulignons).

Sur la base de ces considérations, notamment, l'assemblée générale de la section de législation a conclu que l'incidence sur la compétence fédérale en la matière n'était pas marginale. Elle adopte ainsi une perspective « macroscopique »²⁶, en prenant en compte le fait qu'un empiètement pouvant être *in se* marginal s'ajoute à d'autres empiètements du même type d'ores et déjà opérés par le même législateur, en sorte que l'empiètement global réalisé par les initiatives successives a cessé d'être « marginal ». N'en déplaise à certains, elle a, ce faisant, et de manière parfaitement cohérente avec la finalité des pouvoirs implicites qui est de ne pouvoir déborder que marginalement sur les compétences d'une autre entité, semblé mettre un frein à la technique du cumul des

26. Contrairement à l'approche plus ponctuelle et « microscopique » adoptée dans l'analyse de la « marginalité » de l'empiètement réalisée dans l'avis n° 72556/3 donné le 16 janvier 2023 sur un avant-projet devenu le décret flamand du 16 juin 2023 « modifiant le décret provincial du 9 décembre 2005 et le décret du 22 décembre 2017 sur l'administration locale, en ce qui concerne la cessation de la qualité d'agent statutaire ».

transferts partiels en vue d'aboutir à un transfert intégral d'une compétence qu'une entité souhaiterait exercer à la place de celle qui la détient²⁷.

Il reste cependant que, nonobstant les bornes ainsi positionnées, le chemin d'ores et déjà parcouru à l'aide des pouvoirs implicites est impressionnant. Il en va ainsi, notamment, s'agissant du principe même de la création de juridictions administratives communautaires et régionales. De manière assez remarquable – et non sans quelques paradoxes –, le Constituant lui-même a ratifié, et officialisé lui-même explicitement, en 2012, ce droit de grignotage dans la compétence qu'il avait lui-même réservé, en 1994, au profit du législateur fédéral, et a du même mouvement, amputé cette compétence d'un prolongement qui, *a priori*, pouvait être le sien.

Issu de la sixième réforme de l'État, l'article 144, alinéa 2, de la Constitution dispose en effet que :

« [...] la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'État ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions ».

Les développements de la proposition dont est issu ce texte précisaient quant à eux que :

« La disposition proposée est limitée au niveau fédéral parce que les communautés et les régions n'ont actuellement pas explicitement le pouvoir d'instituer des tribunaux administratifs. Si elles en ont créés, c'est en application des compétences implicites visées à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Cette compétence n'est aucunement remise en question et les communautés et régions jouissent en la matière d'une totale autonomie. La

27. La même logique de « grignotage » est actuellement à l'œuvre s'agissant d'une autre juridiction administrative flamande, le Handhavingscollege. Comme l'explique l'exposé des motifs de l'avant-projet de décret-cadre « *over de handhaving van Vlaamse regelgeving* », « *Het voorliggend ontwerp van kaderdecreet beoogt gebruik te maken van artikel 10 van de BWHI voor de uitbreiding van de rechtsmacht van het Handhavingscollege. Binnen de context van het KVH als eengemaakt Vlaams kader voor handhavingsregels, ligt het voor de hand om het Handhavingscollege, thans reeds bevoegd voor drie beleidsvelden uit het omgevingsrecht, te laten doorgroeien tot een "Vlaams Handhavingscollege", bevoegd voor alle beroepen tegen door dit decreet voorziene bestuurlijke handhavingsbeslissingen op het vlak van sanctionering en herstel. Deze beroepen betreffen enkel individuele beslissingen, met de Raad van State als cassatierechter. [...]* » (pp. 35-38). Dans son avis n° 72.624/3 du 28 février 2023 sur un avant-projet devenu le décret-cadre flamand du 14 juillet 2023 « relatif au maintien de la réglementation flamande », la section de législation a observé qu'à défaut de décret d'exécution de ce décret-cadre, elle n'était pas encore en mesure d'évaluer la nature et la portée de l'extension des compétences du Handhavingscollege et, partant, si l'impact de l'extension des compétences de cette juridiction sur la compétence fédérale était ou non marginal.

réforme proposée vise uniquement à habiliter les tribunaux administratifs fédéraux – notamment le Conseil d'État – à se prononcer également sur les effets en droit privé de leurs décisions »²⁸.

Le principe même de la licéité du recours aux pouvoirs implicites se trouve ainsi confirmé et, par là-même, « consolidé » par les travaux préparatoires de la Constitution : la chose est claire²⁹. Ce qui est en revanche moins clair, au regard de ce texte, c'est la question de savoir si les Communautés et Régions sont compétentes, et, à quel titre, pour habiliter les juridictions administratives qu'elles auraient elles-mêmes créées à statuer sur les effets civils de leurs décisions. La question demeure, actuellement, controversée³⁰. Une intervention du Secrétaire d'État aux réformes institutionnelles dans le cadre des travaux préparatoires mérite cependant d'être épinglée :

« La disposition proposée vise uniquement à habiliter les tribunaux administratifs fédéraux – notamment le Conseil d'État – à se prononcer également sur les effets en droit privé de leurs décisions. Si le texte proposé avait mentionné des tribunaux administratifs autres que fédéraux, on aurait à coup sûr fait remarquer que cela portait atteinte aux compétences et à l'autonomie des Communautés et Régions »³¹.

La compétence fédérale a donc été bornée aux fins de ne pas « porter atteinte aux compétences et à l'autonomie des Communautés et Régions » dans la création de leurs juridictions administratives. *Ergo* : l'autorité fédérale se verrait-elle finalement expropriée officiellement de sa compétence parce que d'autres ont empiété sur celle-ci ?

Cette dernière interrogation nous renvoie à un débat actuellement non résolu, dont Y. Mossoux³² et K. Reybrouck³³ ont admirablement fait

28. *Doc. parl.*, Sén., 2012-2013, n° 5-2242/1, p. 2.

29. Elle a d'ailleurs été rappelée dans l'avis n° 72.576/AG précité. Voy. également à ce sujet X. DELGRANGE, « Les juridictions administratives fédérées érodent la parité linguistique du Conseil d'État », *Pyramides*, n° 29, 2017, disponible via <http://journals.openedition.org/pyramides/1326>.

30. Voy. M. MERCKAERT, « Artikel 44 van de Grondwet en het toekennen van schadevergoeding tot herstel door de raad van State », in A. ALEN et al., *Het federale België na de Zesde Staatshervorming*, Bruges, die Keure, 2014, p. 242 ; J. VANPRAET, *Vlaamse bestuursrechtscollages in een grondwettelijk perspectief. Grenzen en mogelijkheden van een Vlaamse Justitie*, Bruges, die Keure, 2015, p. 35. *Contra* : S. VERSTRAELEN, « De burgerrechtelijke gevolgen van de uitspraken van administratieve rechtscollages: wanneer het doel niet alle middelen heiligt », in J. VELAERS et al., *De zesde staatshervorming: instellingen, bevoegdheden en middelen*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 226.

31. *Doc. parl.*, Sén., 2011-2012, n° 5-1532/3, p. 75.

32. Y. MOSSOUX, « Les compétences implicites », *op. cit.* Voy. aussi S. SOTTIAUX et A. ROCHTUS, *De defederalisering van justitie. Een rechtsvergelijkende en rechtspolitieke studie*, *op. cit.*, p. 144 et les références citées.

33. K. REYBROUCK, *Een moderne bevoegdheidsverdeling voor het federale België. Naar een balans tussen dual en coöperatief federalisme*, *op. cit.*, pp. 153 et s.

la synthèse : faut-il considérer que les empiètements de compétence réalisés par les pouvoirs implicites sont « précaires », en ce sens que l'autorité initialement compétente demeure à l'avenir libre de mettre à néant, ou de modifier, les constructions faites par autrui sur son propre terrain, ou faut-il tout au contraire considérer qu'ils sont définitifs, en ce sens que l'autorité spoliée ne pourrait plus reconquérir ce terrain, sauf éventuellement à faire usage, elle-même, des pouvoirs implicites ? Si la seconde voie est empruntée, il pourra alors être affirmé que l'exercice des pouvoirs implicites opère bel et bien un *transfert*, au sens plein du mot, de compétences.

Il faut toutefois, à notre sens, éviter de tirer de la seule création de juridictions administratives par des entités fédérées une conclusion générale quant à l'évanescence des conditions requises pour l'utilisation des pouvoirs implicites, tant cette création relève d'une problématique spécifique. Un rappel historique illustrera notre propos. Le législateur fédéral, encore compétent à l'époque en matière d'allocations d'études, avait créé en 1971³⁴ une juridiction administrative pour examiner certains recours en la matière, et ce sous la suggestion de la section de législation du Conseil d'État qui estimait qu'il était plus approprié d'attribuer à une juridiction, plutôt qu'à un ministre, le pouvoir d'apprécier souverainement si les conditions requises pour l'octroi ou le remboursement d'une allocation d'études étaient réunies³⁵. Fut ainsi créé, en tant que juridiction administrative³⁶, le Conseil d'appel des allocations d'études. Lorsqu'en 2021, la Communauté française a entrepris de fournir une nouvelle base législative pour régler cette matière, la section de législation lui a objecté que les conditions requises pour faire usage des pouvoirs implicites n'étaient pas expliquées dans l'exposé des motifs et qu'en outre, les principes de légalité et d'indépendance n'étaient pas respectés³⁷. Le Gouvernement a alors modifié son projet, sous la suggestion du Conseil d'État, non pas pour respecter ces principes, mais pour changer l'étiquette de cet organe en le qualifiant d'autorité administrative indépendante »³⁸. Le paradoxe apparaît donc bien que si une entité fédérée entend organiser un recours administratif

34. Loi du 19 juillet 1971 « relative à l'octroi d'allocations d'études ». Voy. A.-S. BOUVY, « La place des juridictions administratives régionales et communautaires dans la Belgique fédérale », *op. cit.*, p. 242.

35. Avis 11.239 donné le 16 octobre 1970 sur un avant-projet devenu la loi du 19 juillet 1971 « relative à l'octroi d'allocations d'études ».

36. Voy. C.E., n° 228.042 du 8 juillet 2014.

37. Avis n° 69.728/2/V donné le 9 août 2021 sur un avant-projet devenu le décret du 18 novembre 2021 « réglant les allocations d'études ».

38. Décret du 18 novembre 2021 « réglant les allocations d'études », art. 12. Selon l'avis du Conseil d'État, la conséquence est donc que le recours contre les décisions de ce « conseil d'appel » n'est plus un recours en cassation devant le Conseil d'État, mais un

auprès d'une instance indépendante qualifiée d'administrative, elle ne doit pas faire usage des pouvoirs implicites, alors que si elle entend entourer ce recours de garanties qu'offre en principe une juridiction, elle doit alors en démontrer la nécessité et son caractère marginal pour rester dans les limites de ses compétences.

Vu sous cet angle, la tolérance de la Cour constitutionnelle et, dans une mesure variable, de la section de législation du Conseil d'État pour la création d'instances juridictionnelles administratives par les entités fédérées peut se justifier, mais elle met inutilement à mal le principe d'exclusivité des compétences que tend à garantir, notamment, l'imposition de conditions strictes à l'usage des pouvoirs implicites. Une attribution explicite de compétence³⁹ et un encadrement par le législateur spécial dans la matière des recours juridictionnels, paraissent dès lors devoir s'imposer, à l'instar de ce que le législateur spécial de 1980 avait fait pour les services décentralisés⁴⁰ ou les sanctions pénales⁴¹.

Section 2. Les accords de coopération : les compétences doivent-elles être négociables ?

Le fédéralisme belge repose sur un principe d'indisponibilité des compétences. Il trouve son expression très claire dans un avis n° 69.706/1⁴², où la section de législation du Conseil d'État énonçait que :

« Pas plus qu'une communauté ou une région, l'autorité fédérale ne peut se dessaisir d'une compétence qui lui a été attribuée par la Constitution ou par la loi spéciale de réformes institutionnelles [...] ».

Ce principe d'indisponibilité implique, entre autres, l'impossibilité d'opérer des transferts de compétence via les techniques du fédéralisme conventionnel, sauf évidemment si la Constitution l'autorise elle-même⁴³. Si les parties signataires d'un accord de coopération disposent

recours en annulation. Cette dernière affirmation est toutefois douteuse, car le décret ne confiant aucune compétence discrétionnaire en la matière, il n'est pas exclu qu'il s'agisse d'un contentieux portant sur des droits subjectifs de la compétence des cours et tribunaux.

39. Une telle attribution explicite nécessite une révision préalable de l'article 161 de la Constitution, en vertu duquel la création d'une juridiction administrative est une matière que la Constitution réserve à l'autorité fédérale (C.C., 21 avril 2016, n° 53/2016, B.92.3).

40. LSRI, art. 9.

41. LSRI, art. 11.

42. Avis n° 69.706/1 donné le 27 octobre 2021 sur une proposition de loi « relative à la mer flamande et déléguant à la Région flamande la souveraineté sur la mer territoriale et les droits souverains sur le plateau continental » (Doc. parl., Ch. repr., 2020-2021, n° 55-2079/001).

43. Voy. Const., art. 138 et 139.

en effet d'une importante marge d'appréciation quant à la manière dont elles vont exercer conjointement leurs compétences, leur liberté n'est pas absolue. La section de législation du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle rappellent en effet que les partenaires d'un accord de coopération sont tenus de respecter les normes supérieures, dont les règles répartitrices de compétences⁴⁴. Il en découle, d'une part, qu'une collectivité ne peut être partie à un accord si elle est incompétente pour régler la matière visée par celui-ci et qu'inversement, une autorité compétente ne peut être tenue à l'écart de la conclusion d'un accord de coopération qui touche à l'une de ses compétences⁴⁵. Cela signifie, d'autre part, qu'il est impossible pour une collectivité d'abandonner, d'échanger ou de restituer des compétences dans le cadre de la conclusion d'un accord de coopération. En d'autres termes, il est en principe interdit, pour une entité, de recourir à l'instrument des accords de coopération pour se

44. Avis n° 32.371/VR du 23 octobre 2001 sur un avant-projet de loi portant assentiment à l'accord de coopération du 11 octobre 2001 entre l'État fédéral, les Régions flamande, wallonne et de Bruxelles-Capitale relatif au plan d'investissement pluriannuel 2001-2012 de la S.N.C.B., *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1463/1, p. 13. Voy. égal. en ce sens l'avis n° 24.479/VR du 24 octobre 1995 sur un avant-projet de décret portant approbation à l'accord de coopération concernant la prévention et la gestion des déchets d'emballages, p. 4 et l'avis n° 45.023/2 du 8 septembre 2008 sur un avant-projet de décret portant assentiment à l'accord de coopération-cadre relatif à la formation en alternance, conclu entre la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française, p. 56.

45. C'est ainsi par exemple que lors de la crise de la Covid-19, la section de législation a rappelé qu'en raison de leurs compétences respectives en matière d'hôpitaux universitaires et d'hôpitaux privés établis dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale qui, en raison de leur organisation, doivent être considérés comme appartenant exclusivement à la Communauté française, la Communauté française et la COCOF **devaient être également associées** à la conclusion de l'accord de coopération en matière de « tracing » (voy. avis n° 67.717/VR donné le 15 juillet 2020 sur un avant-projet devenu le décret wallon du 30 septembre 2020 portant assentiment à l'accord de coopération du 25 août 2020 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Région wallonne, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune, « concernant le traitement conjoint de données par Sciensano et les centres de contact désignés par les entités fédérées compétentes ou par les agences compétentes, par les services d'inspection d'hygiène et par les équipes mobiles dans le cadre d'un suivi des contacts auprès des personnes (présümées) infectées par le coronavirus Covid-19 se fondant sur une base de données auprès de Sciensano » et avis n° 72.597/VR sur un avant-projet devenu la loi du 27 mars 2023 « portant assentiment à l'Accord de coopération du 10 mars 2023 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Région wallonne, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune, concernant le traitement conjoint de données par Sciensano et les centres de contact désignés par les entités fédérées compétentes ou par les agences compétentes, par les services d'inspections d'hygiène et par les équipes mobiles dans le cadre d'un suivi des contacts auprès des personnes (présümées) infectées par le coronavirus Covid-19 se fondant sur une base de données auprès de Sciensano »).

dépouiller d'une compétence qui lui a été attribuée ou pour financer des projets qui ne relèvent pas de ses compétences.

La section de législation a encore eu récemment l'occasion de rappeler, en matière de traitement des données à caractère personnel dans le cadre du « tracing » (à savoir le suivi des contacts en cas de pandémie), l'interdiction de recourir à des mécanismes tels que la renonciation ou la représentation par accord mutuel entre autorités, les règles répartitrices de compétences étant des règles de droit contraignantes d'ordre public ne se prêtant pas à de tels mécanismes⁴⁶. De la même manière, la section de législation a également tout récemment considéré que la mise en place d'une banque de données dans laquelle les vélos sont enregistrés comme instruments de lutte contre le vol des cycles relève de la compétence exclusive de l'autorité fédérale, de telle sorte que celle-ci ne peut conclure un accord de coopération avec les régions à cet effet, sous peine de renoncer à des compétences qu'il lui appartient de régler unilatéralement⁴⁷. Pour reprendre les termes désormais consacrés : « Les règles répartitrices de compétences sont [...] des règles de droit contraignantes d'ordre public qui ne se prêtent pas à des mécanismes, tels que la renonciation ou la représentation par accord mutuel entre autorités »⁴⁸.

Force est toutefois de constater que ce principe constitutionnel est souvent mis sous tension en pratique.

Plusieurs exemples d'accords de coopération ont ainsi été dénoncés par la doctrine pour mettre en avant les capacités d'« ingénierie constitutionnelle » ou de « para-légalité » dont les entités peuvent faire preuve pour « contourner de manière officieuse la répartition des compétences »⁴⁹. Ainsi que le notent Hugues Dumont, Mathilde Hardt et

46. *Ibid.*

47. Avis n° 73.520/VR donné le 15 juin 2023 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne « portant assentiment à l'accord de coopération entre l'État fédéral, la Région wallonne, la Région flamande et la Région de Bruxelles-Capitale portant création du registre central des cycles ».

48. Voy. not. l'avis n° 71.881/VR donné le 19 octobre 2022 sur un avant-projet devenu la loi du 14 février 2023 « portant assentiment de l'accord de coopération du 30 novembre 2022 entre l'État fédéral, la Région flamande, la Région wallonne, la Région de Bruxelles-Capitale, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Commission communautaire française et la Commission communautaire commune visant à instaurer un mécanisme de filtrage des investissements directs étrangers ».

49. Pour ne citer qu'un seul exemple parmi d'autres, Daniel Dumont critique ainsi la délégation de pouvoirs en matière de formation et d'accompagnement des chercheurs d'emploi bruxellois opérée par Actiris au profit du VDAB par le biais de l'accord de coopération du 24 juin 2021 entre la Communauté flamande, la Région flamande et la Région de Bruxelles-Capitale « portant sur l'articulation de la politique du marché du travail, de la formation et de la promotion de la mobilité des chercheurs d'emploi » (D. DUMONT,

Jonathan Renaux, « si la crise sanitaire a permis de rappeler combien ils sont indispensables eu égard à l'imbrication des règles répartitrices des compétences, elle a aussi pu illustrer ce phénomène de contournement. On peut songer par exemple à l'accord de coopération du 9 septembre 2021 concernant le Covid Safe Ticket, dans lequel le pouvoir des communautés d'imposer ce Covid Safe Ticket au titre de leur compétence en matière de médecine préventive est exclu dès que la phase fédérale est entrée en vigueur par la déclaration d'une urgence épidémique, ce qui "ne découle pas de la répartition des compétences en tant que telle" »⁵⁰.

Par ailleurs, si la section de législation du Conseil d'État interprète de manière stricte ce principe, elle reconnaît toutefois elle-même « combien la marge est étroite entre les formes de collaboration interdites, à savoir celles qui impliquent 'un échange, un abandon ou une restitution de compétences telles qu'elles sont déterminées et attribuées par la Constitution et en vertu de celle-ci' et celles qui sont permises et qui tiennent, par exemple, en "l'exercice conjoint de compétences propres" »⁵¹.

De lege lata, la pratique est donc plus floue que ce que la *doxa* de l'indisponibilité enseigne. Faut-il, *de lege ferenda*, aller plus loin ? L'on peut regretter que, dans certains cas, lorsque les entités parviennent enfin à un accord de coopération pour coordonner leurs politiques, elles ne soient pas encouragées par une conception parfois trop étroite de la section de législation du principe de l'indisponibilité des compétences⁵². L'on préférera, pour notre part, l'approche plus pragmatique

« Vers une protection sociale bruxelloise ? Une proposition institutionnelle pour la septième réforme de l'État », *A.P.T.*, 2022/4, p. 479). Voy. également les nombreux autres exemples relevés dans les contributions suivantes : R. BORN, H. DUMONT et G. VAN DER STICHELE, « La Communauté française dans le fédéralisme coopératif belge », in P. CATTOIR et al. (dir.), *Autonomie, solidarité et coopération. Quelques enjeux du fédéralisme belge au 21^e siècle*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 448 ; H. DUMONT, « L'État belge résistera-t-il à sa contractualisation ? Considérations critiques sur la mode belge des accords de coopération », *Rev. dr. U.L.B.*, 2006/1, pp. 325 et s. ; J. POIRIER, « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ? Le cas des accords de coopération dans le système fédéral belge », *op. cit.*, pp. 276-280.

50. H. DUMONT, M. HARDT et J. RENAUX, « Éléments pour une évaluation du fédéralisme coopératif en Belgique », *R.B.D.C.*, 2022/1-2, p. 45.

51. Avis n° 30.102/2 du 24 mai 2000 sur un avant-projet de décret portant assentiment à l'accord de coopération du 21 mars 2000 entre la Communauté française et la Région wallonne portant sur le refinancement de la Communauté française par la Région wallonne pour un montant de 900 millions de francs par la coopération dans le cadre de politiques croisées, sur la détermination des modalités de décision dans le cadre des programmes afférents aux Fonds structurels européens et sur le développement des entreprises culturelles, p. 6.

52. « Ainsi, au cours de la législature 1995-1999, ont été conclus deux accords de coopération entre, d'une part, la Région wallonne et la Communauté flamande, et, d'autre

de la Cour constitutionnelle qui fait, quant à elle, parfois preuve d'une certaine souplesse lorsqu'elle examine la compatibilité des accords de coopération au regard des règles répartitrices de compétence⁵³.

Certains auteurs vont par contre beaucoup plus loin et défendent l'idée selon laquelle des transferts de compétence devraient pouvoir être réalisés par le biais d'accords de coopération. La piste a été suggérée, dans certains cas, pour faire face à des circonstances de crise tout à fait spécifiques, où la souplesse, le pragmatisme et la rapidité s'imposent par évidence, à l'instar de la lutte contre la crise sanitaire⁵⁴. Sous d'autres plumes, le renoncement au principe d'indisponibilité, en l'endossement corrélatif d'un paradigme de « négociabilité », semble beaucoup plus général⁵⁵.

Nous partageons les doutes exprimés par Wouter Pas⁵⁶, quant à l'opportunité et la plus-value de la seconde voie ainsi esquissée :

« *Toch is de verwachting, zoals ze blijkt uit de vermelde bijdrage, wel erg hoog: de samenwerkingsakkoorden zouden een uitweg moeten bieden uit de politieke escalatie en verlamming die stevast gepaard gaan met een groot communautair akkoord. Hoe deze escalatie en verlamming evenwel kunnen worden vermeden bij onderling*

part, la Commission communautaire française et la Région wallonne, pour garantir l'accès et la prise en charge des personnes handicapées par leurs services respectifs lorsque ces personnes faisaient appel aux services d'autres collectivités que celles de leur lieu de résidence. Lorsque la nécessité d'une coopération est pleinement ressentie par les entités concernées, celle-ci peut donc aboutir, quelles que soient les majorités qui les constituent respectivement. Lorsque la COCOF et la Région wallonne ont récidivé, en 2008, il leur a été reproché par le Conseil d'État de méconnaître les principes du fédéralisme, la section de législation analysant cet accord comme des transferts de compétence ou de moyens financiers contraires à ces principes. On peut sans doute regretter que, lorsque les entités parviennent enfin à un accord pour coordonner leurs politiques, elles ne soient pas encouragées par une conception parfois trop étroite des principes du fédéralisme financier » (L. DETROUX et A.-S. RENSON, « Des institutions francophones sclérosées à la suite de la crise politique ? », *R.B.D.C.*, 2018/1, p. 117).

53. Sur cette approche plus pragmatique, voy. M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruxelles, Larcier et Limal, Anthemis, 2014, pp. 957-958.

54. Voy. M. EL BERHOUMI, L. LOSSEAU et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme belge ne connaît pas la crise : la gestion de la pandémie du Covid-19 à l'épreuve de la répartition des compétences », in Fr. BOUHON, E. SLAUTSKY et St. WATTIER (dir.), *Le droit public belge face à la crise du COVID-19. Quelles leçons pour l'avenir ?*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 138.

55. Voy. not. B. PLESSERS, « Samenwerkingsakkoorden als bevoegdheidscontracten. Biedt een bevoegdheidsverdeling in onderling overleg een oplossing voor de versnippering? », in K. REYBROUCK, S. SOTTIAUX et W. PAS (éds), *Inspiratie voor de staatshervorming*, Bruxelles, Intersentia, 2023, pp. 135-180 ; J. VANPRAET, « Bevoegdheidskwalificatie op basis van de Grondwet en bijzondere wetten: tendensen en aanbevelingen », in *50 jaar bijzondere wetten*, Bruxelles, Intersentia, 2021, pp. 185-189.

56. Voy. également les doutes exprimés par celui-ci dans le cadre des travaux du Sénat sur la réforme de l'État et les formes de coopération, *Doc. parl., Sén.*, 2021-2022, n° 7-280/4, pp. 5-6.

overleg en bij het onderhandelen van samenwerkingsakkoorden, is toch twijfelachtig. Het instellen van “een permanente staat van staatshervorming op de achtergrond” door de bevoegdheidsverdeling te flexibiliseren, zou wel eens permanente conflictstof in zich kunnen dragen. Elke bevoegdheid kan voortdurend het voorwerp worden van een politiek conflict. En het is niet omdat het conflict asymmetrisch wordt aangepakt dat het gemakkelijker te ontmijnen is: de werkwijze in Spanje WAARBIJ de deelstaten een “statuut” met hun eigen bevoegdheden opstellen en door het nationale parlement moeten laten goedkeuren, is ook op zijn grenzen gestoten. De hoop is dat deze werkwijze toelaat “op een pragmatische wijze via een samenwerkingsakkoord zelf een oplossing te vinden voor een bepaald probleem in een bepaalde bevoegdheidsmaterie, zonder dat de klassieke weg van een staatshervorming via bijzondere wet (en eventueel grondwetsherziening) nodig is en zonder dat het periodiek terugkerende en escalerende momentum van een staatshervorming afgewacht moet worden”. Er kan echter betwijfeld worden of deze werkwijze zoveel vlotter zal verlopen dan een aanpassing van de bijzondere wet. Er is immers de instemming vereist van elk (betrokken) deelstaatparlement en van het federale parlement (Kamer, quid Senaat?). Weliswaar valt het vereiste van een tweederde meerderheid weg, maar het vereiste van de instemming in elke taalgroep wordt vervangen door een meerderheid in de deelstaatparlementen »⁵⁷.

Hugues Dumont ajoute d’ailleurs dans le même sens que :

« Dans d’autres États 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 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’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

57. W. PAS, « Slotbeschouwingen », in K. REYBROUCK, S. SOTTIAUX et W. PAS (éds), *Inspiratie voor de staatshervorming*, op. cit., p. 376.

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. 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 »⁵⁸.

Il reste que la Constitution elle-même prévoit déjà des hypothèses dans lesquelles des entités fédérées peuvent s'entendre pour transférer entre elles des compétences, sans que ne doive intervenir à cet effet une modification des règles prévues par la Constitution ou la loi spéciale pour répartir les compétences⁵⁹. Si ces mécanismes de transfert avaient à l'origine été conçus essentiellement dans des objectifs précis, tel que le refinancement de la Communauté française, ils ont aussi permis, notamment à l'occasion de la sixième réforme de l'État, aux entités **francophones et germanophone** de réaménager entre elles certaines de leurs nouvelles compétences, sans intervention de mandataires politiques que ces aménagements ne concernaient pas. L'exigence de majorités renforcées pour l'adoption de certains décrets de transfert permet en principe d'éviter le risque d'un état permanent de réformes institutionnelles⁶⁰.

La création d'instances communes auxquelles serait délégué l'exercice des compétences par les entités fédérées qui le souhaiteraient, si elle est actuellement interdite par le principe constitutionnel rappelé en tête de cet article, ne constituerait pas davantage une innovation constitutionnelle sans précédent. Si l'article 34 de la Constitution permet en effet d'attribuer l'exercice de pouvoirs déterminés à des institutions de droit international public, on ne voit pas en vertu de quel principe supérieur l'attribution d'un tel exercice par des entités fédérées à des organisations interfédérées qu'elles décideraient de créer de commun accord ne pourrait pas également être envisagée.

Certes, la loi spéciale permet déjà aux entités fédérées de créer des institutions communes par accords de coopération⁶¹, mais il ne peut s'agir que des services décentralisés chargés de tâches d'exécution.

58. H. DUMONT, « L'État belge résistera-t-il à sa contractualisation ? Considérations critiques sur la mode belge des accords de coopération », *op. cit.*, pp. 341 et 344.

59. Voy. les articles 138 et 139 de la Constitution.

60. Remarquons toutefois que l'article 139 qui organise les transferts de compétence de la Région wallonne vers la Communauté germanophone n'exige pas une majorité renforcée au sein de leurs Parlements respectifs.

61. Ou par **décret conjoints**.

Si le choix est fait, lors de la prochaine réforme de l'État, d'évoluer vers un fédéralisme purement territorial, il n'est pas invisable que la Constitution révisée permette à ces entités de décider de commun accord de confier certaines matières avec des compétences réglementaires, voire législatives, à des institutions démocratiques⁶² qu'elles créeraient elles-mêmes⁶³.

Section 3. La co-(ré)-écriture prétorienne du droit de la répartition des compétences

Les développements qui précèdent mettent en lumière un dynamisme certain des juges dans la mise en œuvre des textes qui régissent le droit de la répartition des compétences. Les lignes qui suivent s'atteleront à mettre en exergue la part de création, au sens propre du terme, que ces mêmes juges ont assumée, dans le silence des textes voire même contre la lettre de ceux-ci, dans l'édification de ce droit.

Dans l'interprétation des règles répartitrices de compétences, la Cour constitutionnelle s'est en effet montrée très créative, dès lors qu'en dégagant certains principes interprétatifs, elle a comblé le silence de la Constitution et des lois spéciales. La construction de ces principes, au rang desquels on compte le principe d'autonomie et le principe d'exclusivité⁶⁴, aurait pu conduire à une doctrine plutôt statique de l'interprétation des règles de partage des compétences, privilégiant les options exprimées à l'origine et entendant favoriser la stabilité et la prévisibilité. Pourtant, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle s'inscrit le plus souvent dans une doctrine dynamique de l'interprétation⁶⁵. Certaines créations jurisprudentielles ont même été ultérieurement entérinées par le législateur spécial et par le Constituant. C'est ainsi qu'en 2014, rangeant formellement le principe constitutionnel de loyauté fédérale, consacré par l'article 143, § 1^{er}, de la Constitution, dans le bloc

62. C'est-à-dire composées de mandataires élus directement ou indirectement.

63. Et instituer ainsi, par exemple, une fédération Wallonie-Bruxelles qui porterait mieux son nom...

64. Sur la construction prétorienne de ces principes, et le contrepied qu'elle a parfois impliqué vis-à-vis des textes eux-mêmes, voy. M. EL BERHOUMI et S. VAN DROOGHENBROECK, « Conclusions : faut-il codifier les principes de la répartition des compétences ? », in M. EL BERHOUMI et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Principes de la répartition des compétences*, op. cit., pp. 425-426.

65. H. DUMONT, X. DELGRANGE, C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN, « Juge constitutionnel et interprétation des normes. Belgique », *A.I.J.C.*, 2017, vol. XXXIII, pp. 182-185.

de constitutionnalité, le législateur spécial a voulu valider l'utilisation prétorienne que la Cour constitutionnelle avait fait jusqu'alors de ce principe⁶⁶.

À partir de quand peut-on dire d'une interprétation dynamique qu'elle revient à opérer un transfert de compétences ? Il est impossible de répondre avec précision à cette question, dans la mesure où toute interprétation comprend inéluctablement une part créatrice, *a fortiori* quand on peut la qualifier de dynamique. Faute de mieux, on dira que toute interprétation d'une compétence transférée aux régions ou aux communautés ou d'une compétence laissée au fédéral contribue, peu ou prou, à préciser, compléter ou renforcer le transfert opéré par le Constituant ou le législateur spécial ou, à l'inverse, à réduire la portée ou l'intensité de ce transfert. Pour le reste, l'appréciation de l'ampleur de l'interprétation dépend à maints égards du point de vue de l'observateur et relève donc de l'ordre du jugement de valeur.

Les lignes qui suivent s'emploieront à illustrer la dynamique créative à l'œuvre, en en examinant l'horizon – centrifuge ou centripète (§ 1) – et les terrains d'élection (§ 2).

§ 1. Les dynamiques des transferts jurisprudentiels

Comme l'a écrit Marc Uyttendaele, dans l'interprétation des règles posées par la Constitution, ou prises en vertu de celle-ci, sur le partage des compétences entre le niveau fédéral et le niveau fédéré, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle peut donner « une impression pendulaire »⁶⁷.

Il est tentant de poser comme hypothèse que ce mouvement pendulaire est tributaire des particularités propres à l'État fédéral. De manière générale, la géographie, l'histoire, la démographie et le processus même par lequel un régime fédéral émerge – pour ne retenir que quelques facteurs – ont une incidence sur l'architecture institutionnelle et le travail réel des institutions. Les cours constitutionnelles ne font pas exception à la règle. Or, on le sait, l'État fédéral belge s'est constitué par morcellement⁶⁸. L'idée de morcellement renvoie à une distinction, bien connue, entre le fédéralisme par agrégation (*integrative federalism*) et le fédéralisme par désagrégation (*devolutionary federalism*) :

66. Art. 1^{er}, 3^o, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

67. M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, op. cit., p. 917.

68. M. VERDUSSEN, « La Belgique. Un fédéralisme bipolaire mû par une dynamique de dissociation », in M. SEYMOUR et G. LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational. Un modèle viable ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, pp. 211-225.

par opposition au fédéralisme par agrégation, qui tire son existence d'une dynamique centripète, le fédéralisme par désagrégation apparaît sous la pression de forces centrifuges. Dans cette logique, on aurait tendance à attendre de la Cour constitutionnelle belge qu'elle véhicule une vision du fédéralisme qui respecte les particularismes et les préoccupations propres aux entités fédérées.

Une analyse de la jurisprudence montre en effet que les arrêts s'inscrivant dans ce mouvement ne manquent pas. On en cite plusieurs au point B.

La réalité démontre cependant que, si la jurisprudence constitutionnelle peut procéder d'une dynamique décentralisatrice, elle procède aussi parfois d'une dynamique centralisatrice⁶⁹. Il arrive en effet que le mouvement pendulaire soit favorable à la collectivité fédérale. En effet, dans plusieurs arrêts – certains sont cités au même point B –, la Cour constitutionnelle a été amenée à se fonder sur la cohérence et l'efficacité du partage des compétences pour réserver dans certaines matières une prééminence au niveau fédéral, ou, à tout le moins, procéder à une forme de rééquilibrage à son profit, par exemple en admettant (sans en utiliser les mots) qu'il pouvait lui aussi se prévaloir des compétences implicites⁷⁰. On se souviendra ici des paroles de Paul Martens, selon qui la Cour s'est trouvée « chargée de faire la police des conflits de compétences entre législateurs, sans que lui fût indiquée une finalité claire. Le fédéralisme était, pour les uns, un facteur d'unité, pour les autres un tremplin vers le séparatisme. C'était une mission à la fois importante, puisque la jurisprudence de la Cour pouvait faire pencher les institutions en accentuant la séparation ou en préservant l'union, difficile puisqu'on ne lui fournissait que de maigres directives d'interprétation, et évolutive puisque la fédéralisation s'est réalisée par étapes successives [...]. La Cour a donc dû s'imprégner des avancées successives de la fédéralisation, en tenant compte à la fois de la volonté du législateur spécial de l'approfondir mais aussi de son refus de la mener jusqu'au séparatisme »⁷¹. En d'autres termes, si transfert jurisprudentiel il y a, les destinataires de l'apport ne sont pas toujours les entités infra-étatiques. L'analyse n'est pas différente si l'on contemple la jurisprudence de la section de législation du Conseil d'état relative à la gestion de la crise de la Covid-19 : il y sera revenu ci-après.

69. P. POPELIER et S. BIELEN, « How Courts Decide Federalism Disputes: Legal Merit, Attitudinal Effects, and Strategic Considerations in the Jurisprudence of the Belgian Constitutional Court », *Publius: The Journal of Federalism*, 2018, p. 26.

70. Voy. *supra*, note 8.

71. P. MARTENS, « Le rôle de la Cour d'arbitrage dans l'édification du fédéralisme en Belgique », *R.B.D.C.*, 2003, pp. 4-5.

§ 2. Les niveaux des transferts jurisprudentiels

La jurisprudence contribue-t-elle à intensifier les transferts de compétences, au point qu'on puisse parler de « transferts jurisprudentiels » vers les régions et les communautés ? Le constat est pour le moins nuancé. Nous avons d'ores et déjà décrit, ci-avant, la manière généreuse – mais pas sans limites – dont la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État admettent la mise en œuvre des pouvoirs implicites. Les mêmes nuances s'imposent dans l'analyse de la créativité prétorienne dont il est fait montre sur d'autres terrains.

A. En matière de coopération

Deux initiatives jurisprudentielles nous paraissent mériter l'attention.

La Cour constitutionnelle a inscrit, au cœur du système de partage des compétences, un principe de proportionnalité qui interdit à toute autorité, selon les termes de la Cour constitutionnelle, « de mener la politique qui lui a été confiée d'une manière telle qu'il devient impossible ou exagérément difficile pour une autre autorité de mener efficacement la politique qui lui a été confiée »⁷². Dans un souci de cohabitation harmonieuse entre les composantes de l'État fédéral, le principe de proportionnalité contraint chaque niveau de pouvoir à procéder à une analyse des impacts que la norme en cours d'élaboration peut raisonnablement avoir sur les autres niveaux de pouvoir et, plus particulièrement, sur la capacité de chaque collectivité de mener des politiques publiques efficaces dans les matières de sa compétence⁷³. Selon la Cour constitutionnelle, le principe de proportionnalité est une application particulière du principe de loyauté fédérale, inspiré du droit constitutionnel allemand et inscrit depuis 1993 à l'article 143, § 1^{er}, de la Constitution, qui impose à la collectivité fédérale et aux collectivités fédérées, dans l'exercice de leurs compétences respectives, d'agir « dans le respect de la loyauté fédérale, en vue d'éviter des conflits d'intérêts ». Chaque

72. Not. C.C., 21 janvier 2016, n° 8/2016, B.12. Ce principe est aujourd'hui également reconnu par la section de législation du Conseil d'État : voy. not. l'avis n° 62.492-62.496/Vr/1 donné le 30 avril 2018 sur des propositions de loi modifiant la loi du 29 juin 1983 concernant l'obligation scolaire, p. 14, n° 5. Sur ce principe, voy. N. CAMBIER, « Le principe de proportionnalité dans l'exercice des compétences », in C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN (dir.), *Les grands arrêts sur le partage des compétences dans l'État fédéral*, op. cit., pp. 127-137 ; M. RUYS, R. VANDERBECK et S. VAN DROOGHENBROECK, « La loyauté fédérale et la proportionnalité », in M. EL BERHOUMI et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Principes de la répartition des compétences*, op. cit., pp. 283 et s.

73. M. VERDUSSEN, « Ne pas rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice de leurs compétences par les autres collectivités territoriales ... », in *Mélanges en l'honneur d'André Roux. Constitutions, peuples et territoires*, Paris, Dalloz, 2022, p. 820.

collectivité trouve dans le principe de loyauté l'obligation de ne pas perturber « l'équilibre de la construction fédérale dans son ensemble », de telle sorte que « la loyauté fédérale concerne plus que le simple exercice des compétences : elle indique dans quel esprit il doit avoir lieu »⁷⁴. Désormais, la Cour constitutionnelle entend privilégier le principe de loyauté fédérale lui-même qu'elle ne combine plus qu'épisodiquement avec le principe de proportionnalité. L'obligation faite à chaque législateur d'exercer ses compétences sans rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice de leurs compétences par les autres législateurs est désormais directement rattachée au principe de loyauté fédérale⁷⁵.

Mobilisé à cette fin, le principe de loyauté fédérale fait office de régulateur de pression : il a pour fonction de contrôler, et éventuellement de réduire, la force des poussées autonomistes des entités fédérées.

Les accords de coopération sont un autre terrain propice à l'application du principe de loyauté fédérale⁷⁶. C'est en se fondant sur ce principe que la Cour constitutionnelle juge que « dès lors que l'absence de coopération dans une matière pour laquelle le législateur spécial prévoit une coopération obligatoire n'est pas compatible avec le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétence, la Cour peut vérifier le respect de l'obligation de conclure des accords de coopération, contenue à l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 »⁷⁷. En d'autres termes, la circonstance que le non-respect de l'obligation de conclure un accord de coopération n'est pas visé par l'article 30bis de la LSCC est sans préjudice à l'obligation pour tous les législateurs de respecter le principe constitutionnel de loyauté fédérale, qui fait partie du bloc de constitutionnalité. Si elle est saisie d'un recours en annulation ou d'une question préjudicielle qui lui en donne l'occasion, la Cour accepte donc, sur cette base, de sanctionner toute intervention unilatérale d'un législateur dans une matière où la coopération est obligatoire, ce qui

74. Not. C.C., 21 décembre 2017, n° 145/2017, B.44.2 ; 4 octobre 2018, n° 126/2018, B.9 ; 23 janvier 2019, n° 1/2019, B.16 ; 28 février 2019, n° 32/2019, B.19.2 ; 28 février 2019, n° 36/2019, B.12 ; 28 février 2019, n° 38/2019, B.15.2 ; 31 août 2020, n° 113/2020, B.40 ; 26 novembre 2020, n° 155/2020, B.23.3 ; 4 mars 2021, n° 38/2021, B.20 ; 18 mars 2021, n° 47/2021, B.11. Sur la place exacte des principes de loyauté fédérale et de proportionnalité par rapport au système de partage des compétences – le contrôle du respect de ces principes est-il disjoint du contrôle du respect des règles délimitant les compétences ou inhérent à celui-ci ? –, voy. M. RUYS, R. VANDERBECK et S. VAN DROOGHENBROECK, « La loyauté fédérale et la proportionnalité », *op. cit.*, pp. 285-288.

75. Not. C.C., 28 avril 2016, n° 56/2016, B.6.1 ; 28 février 2019, n° 38/2019, B.15.2.

76. Voy. M. UYTENDAELE et M. VERDUSSEN, « D'une coopération fédérale optimisée à un fédéralisme coopératif régénéré », *R.B.D.C.*, 2022, pp. 169-173.

77. Not. C.C., 8 mars 2012, n° 40/2012, B.5.

suppose qu'elle vérifie préalablement que le législateur visé était bien soumis à cette obligation⁷⁸.

La Cour constitutionnelle est allée plus loin encore, en jugeant que la conclusion d'un accord de coopération pouvait s'imposer dans des situations où l'article 92bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, ne le prévoit pas – ou à tout le moins une concertation ou une consultation préalable non expressément imposée par le législateur spécial –, et ce toujours en vertu du principe de loyauté fédérale⁷⁹, qu'elle ne cite pas nécessairement⁸⁰. Il en est ainsi « lorsque les compétences de l'État fédéral et des régions sont à ce point imbriquées qu'elles ne peuvent être exercées que dans le cadre d'une coopération »⁸¹. Il en est ainsi également lorsque l'action unilatérale et sans interlocution d'un législateur « risque de gêner la réalisation par l'État belge des objectifs qui lui sont imposés par l'Union européenne »⁸². En revanche, la seule circonstance que la concertation menée entre les cabinets ministériels concernés « n'a pas permis de dégager un consensus entre les différents acteurs ne saurait conduire à la conclusion que le législateur fédéral a violé le principe de la loyauté fédérale »⁸³. Par ailleurs, la Cour peut aussi recourir à une réserve d'interprétation et estimer que la norme législative en cause doit être lue comme imposant une obligation de coopération, de concertation ou de consultation⁸⁴.

La mobilisation du principe de loyauté aux fins de déterminer si la conclusion d'un accord est un passage obligé vers l'adoption de normes législatives poursuit aussi une fonction régulatrice, mais il ne s'agit plus tant de diminuer la pression législative des entités fédérées que de

78. Not. C.C., 31 janvier 2019, n° 13/2019, spéc. B.8.

79. Not. C.C., 23 janvier 2019, n° 1/2019, B.16. Le premier arrêt rendu en ce sens remonte à 2004 : C.C., 14 juillet 2004, n° 132/2004. Voy. H. ORBAN, « Les accords de coopération obligatoires. Les nouvelles obligations dégagées par la Cour constitutionnelle », *R.B.D.C.*, 2011, pp. 3-22. Voy. M. RUYS, R. VANDERBECK et S. VAN DROOGHENBROECK, « La loyauté fédérale et la proportionnalité », *op. cit.*, pp. 294 et s.

80. Not. C.C., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.6.2 ; 23 juin 2011, n° 112/2011, B.5. Voy. égal. C.C., 13 juillet 2005, n° 128/2005, B.6.5.

81. Not. C.C., 9 juillet 2013, n° 98/2013, B.25.2. Pour un cas de violation constatée sur cette base, voy. C.C., 2 mars 2011, n° 33/2011, B.10.2. Voy. égal. C.C., 14 juin 2012, n° 76/2012, B.11.2. Du côté de la section de législation du Conseil d'État, voy. e.a., parmi les plus récents, l'avis n° 73.107/4 donné le 27 mars 2023 sur un avant-projet devenu le décret du 8 juin 2023 « organisant la participation des services relevant des compétences de la Communauté française aux cellules de sécurité intégrale locales en matière de radicalisme, d'extrémisme et de terrorisme » ; avis n° 71.998/VR/3 donné le 12 octobre 2022 sur un avant-projet devenu la loi du 11 juillet 2023 « relative au transport d'hydrogène par canalisations ».

82. C.C., 22 mars 2018, n° 37/2018, B.10.3 (constat de violation).

83. C.C., 28 février 2019, n° 36/2019, B.14.2.

84. C.C., 21 janvier 2016, n° 8/2016, B.16.2 et B.17.

juguler la tentation qui les guette de légiférer en autarcie dans tous les domaines de leurs compétences.

B. En matière d'exécution

Dans tout État fédéral, les compétences-cadres sont bien connues. Elles existent là où le législateur fédéral a le pouvoir de définir un cadre à l'intérieur duquel les législateurs fédérés peuvent opérer. Il s'agit ainsi de tracer les grandes lignes des choix politiques que les législateurs fédérés pourront établir⁸⁵. Par conséquent, « si un législateur autre que la collectivité fédérale – pour exercer de la manière la plus efficiente possible une de ses compétences – souhaite légiférer sur une compétence-cadre, il est tenu par ce cadre fixé par la collectivité fédérale auquel il ne peut déroger »⁸⁶.

Les compétences-cadre peuvent, *praeter legem*, résulter de la jurisprudence, comme c'est le cas en matière de droit à la vie privée et familiale.

Il y a quelques années, un recours en annulation a été introduit auprès de la Cour constitutionnelle contre l'article 40, § 6, alinéa 2, du décret du 27 mars 1991 relatif à la pratique du sport dans le respect des impératifs de santé, inséré par l'article 31 du décret flamand du 19 mars 2004 modifiant le décret du 27 mars 1991 relatif à la pratique du sport dans le respect des impératifs de santé, qui dispose : « Les suspensions disciplinaires des sportifs majeurs sont publiées pour la durée de la suspension sur le site web que le Gouvernement crée à cet effet et par les canaux de communication officiels créés par les fédérations sportives. Cette publication contient les nom, prénom et date de naissance du sportif, le début et la fin de la période de suspension et la discipline sportive qui a donné lieu à l'infraction ». Ce recours était fondé notamment sur l'article 22 de la Constitution. En son alinéa 1^{er}, il dispose que : « Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi ». En son alinéa 2, il prévoit que : « La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit ».

85. C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN, « Système de répartition des compétences », in M. UYTENDAELE et M. VERDUSSEN (dir.), *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'État*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 841.

86. M. SOLBREUX, « Les compétences-cadre », in C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN (dir.), *Les grands arrêts sur le partage des compétences dans l'État fédéral*, op. cit., p. 89.

Dans cet arrêt⁸⁷, la Cour a établi une compétence-cadre déduite de l'article 22, alinéa 2, de la Constitution qui réserve à la loi le soin de déterminer les exceptions au droit à la vie privée et familiale. La Cour considère qu'« une ingérence dans la vie privée qui s'inscrit dans la réglementation d'une matière déterminée relève certes du législateur compétent pour régler cette matière, mais le législateur décentralisé est tenu de respecter la réglementation fédérale générale, qui a valeur de réglementation minimale pour toute matière ». En d'autres termes, les lois fédérales établissant des limitations au droit à la vie privée et familiale doivent être respectées par les collectivités fédérées, ce qui représente une dérogation majeure au principe d'équipollence entre les normes fédérales et fédérées⁸⁸. Ainsi, la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel a été érigée en une législation établissant un niveau de protection que les collectivités fédérées doivent respecter⁸⁹. Par après, la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel a été abrogée et remplacée par la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel⁹⁰. Désormais, la loi du 30 juillet 2018 forme avec le RGPD « la réglementation fédérale générale, qui a valeur de réglementation minimale pour toute matière », selon les termes de la Cour⁹¹.

Un raisonnement similaire fut suivi dans le cas de la motivation formelle des actes administratifs. La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs est également, depuis l'intervention de la Cour constitutionnelle, devenue une loi-cadre obligatoire pour les collectivités fédérées⁹².

De cette jurisprudence, on peut rapprocher⁹³ la position prise par la section de législation du Conseil d'État lors de la crise sanitaire déclenchée par la Covid-19. Soucieuse de dégager des solutions pragmatiques aux questions de répartition des compétences surgies de la gestion de

87. Voy. C.C., 19 janvier 2005, n° 16/2005. Voy. égal. C.C., 20 octobre 2004, n° 162/2004 et 14 février 2008, n° 15/2008.

88. Voy. É. DEGRAVE, « L'article 22 de la Constitution et les traitements de données à caractère personnel », *J.T.*, 2009, p. 367.

89. Voy. C.E., avis n° 37.288/3 des 6, 12 et 15 juillet 2004 relatif à un avant-projet de décret « betreffende het gezondheidsinformatiesysteem », *Doc. parl.*, Parl. fl., 2005-2006, n° 531/1, p. 163.

90. *M.B.*, 5 septembre 2018.

91. Not. C.C., 19 juillet 2018, n° 104/2018, B.22.3 ; 16 février 2023, n° 26/2023, B.19.2.

92. Voy. C.C., 8 mai 2001, n° 55/2001 et 18 octobre 2001, n° 128/2001.

93. Voy. encore, en matière de protection contre les incendies, C.C., 15 octobre 1987, n° 40.

la pandémie ou encore en matière de vaccination, elle a ainsi admis, à de strictes conditions, que l'autorité fédérale prenne des mesures sanitaires qui empiètent sur les compétences matérielles des entités fédérées, reconnaissant de la sorte une forme de « primauté naturelle » à l'intervention du fédéral en la matière⁹⁴.

C. En matière de sanctions

Selon le principe de verticalité des compétences, qui est l'un des corollaires de la répartition exclusive des compétences, la collectivité fédérale et chaque collectivité fédérée sont en principe chargées du contrôle des règles qu'elles édictent dans les matières relevant de leurs compétences. Appliquant à la lettre ce principe, l'assemblée générale du Conseil d'État « avait estimé pouvoir conclure qu'il appartient à l'autorité fédérale, en vertu de sa compétence relative à la réglementation générale portant sur la limitation du droit au respect de la vie privée, d'édicter les règles concernant l'autorité de contrôle chargée de veiller au respect de cette réglementation générale », étant entendu que « pareille réglementation n'affecte pas la compétence des communautés et des régions », car « si les entités fédérées, chacune pour ce qui la concerne, adoptent des dispositions pour le traitement des données dans le cadre d'activités qui relèvent de leurs compétences – sachant que les articles 6, paragraphes 2 et 3, 9, paragraphe 4, et 23 du règlement n° 2016/679 permettent l'adoption de dispositifs spécifiques –, elles sont habilitées à créer des autorités de contrôle de ces règles spécifiques »⁹⁵. Ce raisonnement n'a toutefois pas été suivi par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 26/2023 du 16 février 2023, dans lequel la Cour a jugé que « les communautés et les régions sont compétentes, chacune pour ce qui la concerne, pour créer une instance chargée de contrôler le respect tant de la réglementation fédérale générale qui a valeur de réglementation minimale dans les matières attribuées aux communautés et aux régions que des règles spécifiques et complémentaires qu'elles édictent aux fins du traitement des données à caractère personnel dans les matières qui relèvent de leurs compétences »⁹⁶. Une nouvelle faille

94. Avis n° 68.936/AG donné le 7 avril 2021 sur un avant-projet de loi « relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique » (<http://www.raadvst-consÉtat.be/dbx/avis/68936.pdf>). Voy. M. EL BERHOUMI, C. RIZCALLAH, J. CLARENNE, C. NENNEN, N. VANDER PUTTEN, F. TULKENS, F. BELLEFLAMME, V. DAVIO, L. LOSSEAU, R. DELFORGE, L. DE MAN et M. UMBACH, « Le Conseil d'État et l'avant-projet de loi "pandémie" : expiation du passé ou balises pour l'avenir ? », *A.P.T.*, 2021, p. 645.

95. Avis n° 61.267/2/AG donné le 27 juin 2017 sur l'avant-projet devenu la loi du 3 décembre 2017, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2648/1, pp. 106-116 et 120-121, en particulier pp. 114-115.

96. Cons. B.30.3. Voy. dans le même sens, C.C., 15 juin 2023, n° 92/2023, B.5.11.

– de taille – dans le principe de verticalité a ainsi été admise par la Cour constitutionnelle, en permettant qu'une entité fédérée contrôle le respect d'une réglementation édictée par l'autorité fédérale. Cette nouvelle brèche est opérée sans que la Cour n'y consacre de longs développements, si ce n'est la précision que l'assemblée générale de la section de législation avait quant à elle statué « dans un autre sens » (mais sans expliciter les motifs pour lesquels cet autre sens n'a pas été suivi par la Cour constitutionnelle)⁹⁷. La création d'une telle brèche dans le principe de verticalité, sans justification circonstanciée, nous paraît ouvrir la porte à toutes les dérives. Il faut toutefois préciser qu'en l'espèce, si la consultation de la Commission flamande de contrôle du traitement des données à caractère personnel (« Vlaamse Toezichtscommissie voor de verwerking van persoonsgegevens ») a été considérée comme suffisante par la Cour au regard du système de répartition des compétences, les juges constitutionnels n'en ont pas moins décidé que la Commission flamande ne peut pas être considérée comme une autorité de contrôle compétente au sens de l'article 36, paragraphe 4, du RGPD et que, partant, l'avis rendu par cette Commission ne peut pas être considéré comme une consultation au sens de cette disposition⁹⁸. Et la Cour de préciser : « Pour satisfaire aux exigences du RGPD, les autorités de contrôle instituées en Belgique sur la base de la répartition interne des compétences doivent être signalées aux institutions compétentes de l'Union européenne, une de ces autorités de contrôle doit être désignée pour représenter les différentes autorités de contrôle au sein du Comité européen de la protection des données et il y a lieu d'établir la procédure censée faire en sorte que les autres autorités respectent les règles

97. À cet égard, le raisonnement poursuivi par la Cour pour justifier sa compétence pour contrôler l'absence de consultation de l'Autorité de protection des données peut *a priori* surprendre. Comme elle le rappelle elle-même dans son considérant B.30.5, elle n'est, sauf à l'égard des mécanismes de fédéralisme coopératif visés à l'article 30bis de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, en principe pas compétente pour contrôler le processus ou les modalités d'élaboration d'une disposition législative, « même à l'égard règles de droit international et européen ». Elle s'est néanmoins déjà estimée compétente pour contrôler, au-delà des formalités liées aux mécanismes de fédéralisme coopératif, celles découlant du droit de l'Union européenne et du droit international (voy. à cet égard, M.-F. RIGAUX et B. RENAULT, *Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 104-105 et K. MUYLLE, « Naar een (veralgemeende) grondwettigheidstoetsing van de totstandkoming van wetgeving? », in *Semper perseverans. Liber amicorum André Alen*, op. cit., pp. 493-508). Cela étant, la Cour pourrait développer davantage les motifs pour lesquels elle estime devoir déroger à l'incompétence de principe qu'elle affirme elle-même. Sur le bien-fondé de cette affirmation, voy. X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La délibération parlementaire, gage de la qualité de la loi pour une meilleure protection des droits fondamentaux ? » in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?*, op. cit., pp. 759-760 et 789-790.

98. Cons. B.30.8.

relatives au mécanisme de contrôle de cohérence visé à l'article 63 »⁹⁹. En un mot comme en cent, tant qu'un accord de coopération n'aura pas été conclu entre les différents niveaux de pouvoirs, l'Autorité (fédérale) de protection des données (A.P.D.) reste bien seule compétente pour le contrôle des règles fédérales.

Un autre exemple nous paraît mériter l'attention, toujours en rapport avec la logique de verticalité des dispositifs sanctionneurs. L'exemple est lié au principe du parallélisme dans l'aménagement, la mise en œuvre et la limitation des droits fondamentaux, principe qui interdit de considérer comme une matière nécessairement fédérale le pouvoir de légiférer pour régler ces droits, tout législateur ayant le pouvoir de l'exercer, chacun dans ses propres domaines de compétence¹⁰⁰. Comment concevoir ce parallélisme s'agissant du principe d'égalité et de non-discrimination¹⁰¹ ? La section de législation du Conseil d'État estime que le législateur fédéral peut adopter des règles générales en matière de non-discrimination, indépendamment de la matière dans laquelle se présente la discrimination. L'adoption de telles règles à caractère général trouve son fondement dans les compétences résiduelles de la collectivité fédérale, notamment dans les domaines du droit civil, du droit commercial, du droit pénal et du droit du travail¹⁰². Il ne faut toutefois pas en déduire que le législateur fédéral serait exclusivement compétent pour pouvoir légiférer en la matière. La circonstance que le législateur fédéral est en principe compétent pour adopter des règles générales en matière de non-discrimination n'a pas pour conséquence que les régions et les communautés ne disposent plus de cette compétence. En effet, si le législateur fédéral peut encore et toujours édicter des règles générales dans les domaines du droit civil, du droit commercial, du droit pénal et du droit du travail, les régions et les communautés peuvent quant à elles édicter des règles spécifiques qui se substituent aux règles générales, soit sur la base des compétences qui leur ont été expressément attribuées, soit sur la base de leurs compétences

99. Cons. B.30.7.

100. Sur ce principe, voy. M. VERDUSSEN, « Fédéralisme et droits fondamentaux », in C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN (dir.), *Les grands arrêts sur le partage des compétences dans l'État fédéral*, op. cit., pp. 40-58.

101. Sur les implications du partage des compétences dans le domaine de la lutte contre les discriminations, voy. S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, « La répartition des compétences dans la lutte contre la discrimination », in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (éds), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, die Keure/Bruxelles, la Charte, 2008, pp. 101-127.

102. Avis de la section de législation du Conseil d'État n° 40.689 à 40.691/AG donné le 11 juillet 2006, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2006-2007, n° 51-2720/1, p. 92 ; avis de la section de législation du Conseil d'État n° 44.271/1 donné le 13 mars 2008, *Doc. parl.*, COCOM, 2007-2008, B-121/1, p. 11.

implicites. Selon le Conseil d'État, « sa compétence résiduelle permet au législateur fédéral d'élaborer des règles générales en matière de droit des obligations, des contrats et de la responsabilité. L'autorité fédérale peut ainsi notamment porter des règles générales frappant de nullité des clauses contractuelles contraires au principe de non-discrimination ou instaurer un régime particulier de responsabilité en la matière. Ces règles s'appliquent alors aussi aux matières relevant de la compétence des communautés et des régions, à tout le moins aussi longtemps que celles-ci n'ont pas elles-mêmes adopté des dispositions spécifiques fondées sur leurs compétences explicites ou implicites dès lors que les conditions pour ce faire sont remplies »¹⁰³. Le Conseil d'État semble ainsi admettre que les communautés et les régions établissent des sanctions civiles dans le cadre de leurs dispositifs anti-discrimination qui dérogent au droit civil fédéral, sans qu'il ne soit même plus nécessaire pour celles-ci de recourir aux compétences implicites pour justifier ce débordement sur les compétences fédérales en matière de droit civil¹⁰⁴.

103. Avis de la section de législation du Conseil d'État n^{os} 40.689 à 40.691/AG du 11 juillet 2006, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2006-2007, n^o 51-2720/1, p. 92. En ce sens, voy. aussi l'avis du Conseil d'État n^o 43.835/1 du 20 septembre 2007, *Doc. parl.*, VI. P., 2007-2008, n^o 1578/1, p. 69. Sur ces avis, voy. S. VAN DROOGHENBROECK et D. DE JONGHE, « L'article 35 de la Constitution : fin du début ou début de la fin ? Fécondité d'une entéléchie constitutionnelle », in A. DE BECKER et E. VANDENBOSSCHE (éds), *Scharnier- of sleutelementen in het grondwettelijk recht/Éléments charnières ou éléments clés en droit constitutionnel*, Bruges, die Keure, 2011, pp. 135-138. Sur les questions posées par l'imposition de sanctions pénales ou civiles propres au droit à l'égalité et à la non-discrimination et celles liées à la mise en place de dispositifs judiciaires particuliers, voy. N. BONBLED et M. VERDUSSEN, « Les droits constitutionnels et le fédéralisme », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 256-259.

104. Si la section de législation du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle semblaient plus récemment avoir mis un frein à cette percée, en rappelant que seul le recours aux compétences implicites peut permettre à la Région wallonne, dans le cadre de sa réforme en matière de gouvernance, de déroger aux règles fédérales du droit commercial et du droit des sociétés (voy. avis n^o 62.746/4 du 7 février 2018 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne modifiant le Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue de renforcer la gouvernance et la transparence dans l'exécution des mandats publics au sein des structures locales et supra-locales et de leurs filiales, pp. 8-10. Voy. dans le même sens, C.C., 18 juin 2020, n^o 85/2020, B.8.2), force est toutefois de constater que la section de législation vient d'admettre, dans un avis n^o 73158/3 du 18 avril 2013, que le législateur flamand puisse prévoir un régime de responsabilité spécifique pour les membres du personnel de la « Vlaamse Toezichtcommissie (VTC) », pour autant que ce régime ne rende pas impossible ou exagérément difficile l'exercice, par l'autorité fédérale, de sa compétence en matière de droit de la responsabilité civile. Seul le respect du principe de proportionnalité est ainsi invoqué, sans qu'il ne soit plus nécessaire de faire le détour par le biais des compétences implicites.

D. En matière de législation ?

Une « saga » mérite ici d'être citée à titre d'exemple de créativité prétorienne : la *zorgverzekering*.

Un décret flamand organise, au titre de l'aide aux personnes (art. 5, § 1^{er}, II, de la loi spéciale du 8 août 1980), la prise en charge des frais encourus par les personnes ayant une autonomie réduite, en mettant en place un régime de couverture du risque social visé. Le décret est contesté devant la Cour constitutionnelle au motif qu'il empièterait sur la matière de la sécurité sociale qui est de compétence fédérale (art. 6, § 1^{er}, VI, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980). La réponse de l'arrêt n° 33/2001 du 13 mars 2001 est cinglante : « Une communauté n'excède pas ses compétences si, dans l'exercice des compétences qui lui sont attribuées en matière d'aide aux personnes, elle accorde à certaines d'entre elles une aide particulière, distincte de celles qui sont accordées par le régime de sécurité sociale organisé par l'autorité fédérale, et sans toucher à une matière réservée à celle-ci ». Cet arrêt a suscité une vive controverse. De deux choses l'une. Soit on considérerait que l'intervention du législateur fédéré empêchait le législateur fédéral de mettre en place un dispositif de couverture du même risque social. Soit on considérerait que le législateur fédéral conservait toute son autonomie.

C'est vers cette solution que s'est orientée la Cour constitutionnelle, sans cependant se montrer très explicite sur les tenants et aboutissants théoriques de sa démonstration. Dans son arrêt n° 11/2009 du 21 janvier 2009, la Cour a en effet précisé que « l'on ne peut en outre déduire ni de ce qui précède ni de l'arrêt n° 33/2001 du 13 mars 2001 que le législateur fédéral, dans l'exercice de la compétence qui lui a été attribuée en matière de sécurité sociale par l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, ne pourrait prendre, en faveur des personnes ayant un degré d'autonomie réduit, des mesures qui relèvent de la sécurité sociale et qui seraient d'application sur l'ensemble du territoire du Royaume, sans porter atteinte à la compétence des communautés en matière d'aide aux personnes [...]. Il ne peut donc se déduire de cet arrêt qu'aucune mesure relevant de la sécurité sociale ne pourrait être prise à l'égard des personnes ayant un degré d'autonomie réduit, étant donné que la Cour a également précisé que le législateur spécial, en attribuant aux communautés la compétence de l'aide aux personnes, "a entendu interdire aux communautés de traiter des mêmes matières [et] non de s'intéresser aux mêmes personnes que celles dont s'occupe le législateur fédéral"

(B.3.7) »¹⁰⁵. Il semble donc bien qu'aux yeux de la Cour, la matière de l'assurance-dépendance est une compétence concurrente innommée de l'autorité fédérale et des communautés, pourvu toutefois que la compétence communautaire en matière d'aide aux personnes et celle fédérale en matière de sécurité sociale soient interprétées, sur ce point, de manière compatible, de telle sorte qu'elles se prêtent à une application cumulative. Les communautés peuvent donc prévoir des mesures complémentaires à la sécurité sociale pourvu que l'autorité fédérale ne crée aucun nouveau régime couvrant les mêmes coûts.

Raisonnant de la sorte, la Cour constitutionnelle aurait fait usage de la théorie, bien connue au Canada, du « double aspect »¹⁰⁶. Une théorie qui reconnaît que, sans violer le partage des compétences, deux niveaux de pouvoir puissent régler la même matière sur la base de compétences distinctes.

Cette théorie est cependant très contestée en Belgique, dans la mesure où elle représente la brèche la plus importante dans le principe d'exclusivité, sacro-saint dans l'État fédéral belge. Une « égratignure », a-t-on pu écrire¹⁰⁷. En témoignent les hésitations de nos organes de contrôles. Ainsi, la Cour constitutionnelle en a assez clairement exclu l'application dans un autre arrêt rendu ultérieurement, l'arrêt n° 67/2012 du 24 mai 2012 (sur la construction de crèches et d'écoles par la Région de Bruxelles-Capitale)¹⁰⁸. Par contre, la section de législation du Conseil

105. C.C., 21 janvier 2009, n° 11/2009, B.15.2.

106. Sur cette théorie, voy. K. REYBROUCK, *Een moderne bevoegdheidsverdeling voor het federale België. Naar een balans tussen dual en coöperatief federalisme*, op. cit., pp. 161 et s., citant lui-même les travaux de J. VANPRAET, *De latente staatsvorming. De bevoegdheidsverdeling in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de adviespraktijk van de Raad van State*, op. cit.

107. S. VAN DROOGHENBROECK et D. DE JONGHE, « L'article 35 de la Constitution : fin du début ou début de la fin ? Fécondité d'une entéléchie constitutionnelle », op. cit., p. 132.

108. Y. Lejeune qualifie ainsi l'arrêt n° 11/2009 d'« arrêt de circonstance » ne reflétant pas la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle (Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, op. cit., p. 430). Voy. égal. C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN, « Système de répartition des compétences », op. cit., p. 849, note 68, ainsi que H. DUMONT, M. EL BERHOUMI et I. HACHEZ (dir.), *La sixième réforme de l'État : l'art de ne pas choisir ou l'art du compromis ?*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 137, note 579), qui relèvent que la Cour constitutionnelle a refusé d'appliquer la théorie du double aspect dans son arrêt n° 67/2012. Au vu de ce refus, C. Romainville et M. Verdussen soulignent que l'on peut légitimement « s'interroger sur la réalité de la réception de cette théorie en droit constitutionnel belge » (id.). L. Detroux considère quant à lui que par son arrêt n° 13/2014, la Cour constitutionnelle a rejeté implicitement mais certainement, une généralisation de la « théorie du double aspect » (L. DETROUX, « L'article 178 de la Constitution : une disposition à haut potentiel pour la Région de Bruxelles-Capitale », A.P.T., 2014, p. 607). Voy. aussi, préalablement, C.C., 8 décembre 2011, n° 184/2011. Les principes issus de ces arrêts ont été répétés dans un arrêt ultérieur, à savoir l'arrêt n° 38/2021, 4 mars 2021. Dans celui-ci cependant, la Cour constitutionnelle a accepté que puissent être mobilisés les pouvoirs implicites aux fins d'asseoir *in fine* la compétence de la Région

d'État l'a remise en lumière dans l'avis n° 67.699/1 donné le 5 août 2020 sur une proposition de loi 'visant à créer une allocation de redéploiement pour les indépendants en difficultés dans le contexte de la pandémie de la Covid-19'¹⁰⁹. Quoi qu'il en soit (quoi qu'il en sera à l'avenir), dans un État comme la Belgique, une telle théorie favorise les compétences des collectivités fédérées et, spécialement, des plus riches parmi celles-ci¹¹⁰.

En guise de conclusion : transparence et démocratie

Dans les dernières pages de sa thèse sur la *latente staatshervorming*, et non sans ironie, Jurgen Vanpraet invitait les négociateurs de la réforme de l'État à quitter le droit constitutionnel des livres pour contempler le droit constitutionnel vivant¹¹¹ :

« Deze latente staatshervorming die plaatsvindt in de rechtspraak, kan gevolgen hebben voor een toekomstige staatshervorming en toekomstige bevoegdheidsoverdrachten. Het geeft een nieuwe kijk op hoe omgegaan moet worden met bevoegdheidsverdelende regels. Vaak wordt op grond van de hierboven reeds vermelde pavlov-reflex om elke maatregel aan één overheid te willen toebedelen, aangenomen dat een overheid niet bevoegd is om de maatregel aan te nemen en wordt gepleit voor een bevoegdheidsoverdracht. Soms kan een dergelijke maatregel echter ook tot de

de Bruxelles-Capitale pour financer des opérations d'investissement ayant pour objet de construire, de reconstruire, de maintenir, de réhabiliter, d'accroître, d'assainir ou d'améliorer l'établissement scolaire et son environnement immédiat afin de le mettre à disposition des habitants du quartier et du public scolaire. Le raisonnement rompt sur ce point précis avec l'arrêt n° 67/2012 précité, où la Cour n'avait d'aucune manière ouvert le registre des pouvoirs implicites, alors que le Gouvernement bruxellois en avait plaidé l'exercice valide (pt A.5.3 de l'arrêt).

109. <http://www.raadvst-consÉtat.be/dbx/avis/67699.pdf>. Selon K. REYBROUCK (*Een moderne bevoegdheidsverdeling voor het federale België. Naar een balans tussen dual en coöperatief federalisme*, op. cit., p. 164, note 591), le caractère *a priori* spectaculaire de cet écho donné à la théorie du double aspect pourrait être nuancé par la circonstance « dat het advies werd utigesproken op een zonnige julidag in een vakantiekamer van de afdeling wetgeving van de Raad van State ».

110. M. VERDUSSEN, « The Role of the Judiciary in Federal States: Comparing the Belgian and Canadian Experiences », in A.-G. GAGNON et J. POIRIER (éds), *Canadian Federalism and Its Future*, Montréal & Kingston, Londres, Chicago, McGill-Queen's University Press, 2020, pp. 153-154.

111. J. VANPRAET, *De latente staatshervorming. De bevoegdheidsverdeling in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de adviespraktijk van de Raad van State*, op. cit., p. 521.

eigen bevoegdheden behoren, zodat men eigenlijk zaken kan regelen waarvan men traditioneel aanneemt dat men niet kan regelen. De huidige bevoegdheidsverdelende regels kunnen soms dermate geevolueerd zijn dat een politieke eis naar bevoegdheidsoverdragen in feite volkomen achterhaald is ».

Et l'auteur d'illustrer son propos par l'avancée peu spectaculaire qu'impliquerait, en pratique, une attribution en bonne et due forme, aux communautés et régions, de la compétence de créer leurs juridictions administratives spécialisées : les pouvoirs implicites ont déjà fait le job.

C'était en 2011. En 2024, les illustrations pourraient être approfondies, et multipliées.

Qu'une telle invitation doive être adressée aux négociateurs de la réforme « officielle » de l'État laisse pourtant songeur. Ceux-ci ont-ils à ce point été mis hors-jeu de la « réforme latente » qu'ils en auraient perdu, non seulement le statut d'acteurs de premier plan, mais aussi de spectateurs avertis ?

Il faut bien évidemment se garder de crier immédiatement, et sans nuance, au scandale du « Gouvernement des Juges ». Les cours constitutionnelles ont de tout temps contribué à l'expression de la volonté générale, en endossant un rôle plus ou moins créateur, comme « co-déterminantes » du sens des règles dont elles ont la garde.

Vient cependant un moment où l'on peut et doit se demander si le Constituant et le législateur spécial ne devraient pas « reprendre la main », pour ratifier les acquis de la pratique institutionnelle et des prétories, et, le cas échéant, les « recadrer » ou les conduire, explicitement, à l'aboutissement ultime. La Cour de justice de l'Union européenne, dans son célèbre avis n° 2/94¹¹² sur l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme, avait estimé que la clause de flexibilité – alors contenue à l'article 235 TCEE, devenu aujourd'hui l'article 352 TFUE – ne pouvait servir de véhicule à des bouleversements d'envergure « constitutionnelle » : une décision des Maîtres des traités est nécessaire sur ce point. Symétriquement, il ne semble pas admissible que la théorie des pouvoirs implicites, puisse, par la routine des juges et le silence total et durable du Constituant et du législateur spécial, aboutir au véritable « transfert », aux Communautés et Régions, d'une compétence que les textes continuent à réserver de manière exclusive à l'État fédéral. La création des juridictions administratives spécialisées est un exemple ; le refaçonnage des compétences

112. C.J.C.E., avis du 28 mars 1996, 2/94, Rec., p. 1759.

d'attribution des juridictions judiciaires en est un autre. La « reprise en main » par le Constituant et le législateur spécial serait l'occasion d'un débat démocratique, non seulement sur l'acceptabilité de l'acquis, mais aussi, sur les éventuelles « balises » de l'« à venir ». Il est par exemple inquiétant de voir l'émergence en ordre dispersé de juridictions administratives communautaires et régionales sans que n'existe, dans la Constitution ou la loi spéciale, la moindre garantie *made in Belgium* (nomination à vie, irrévocabilité...) de l'indépendance de celles et ceux qui y siègent¹¹³. Il y a là un vide qu'il conviendrait de combler : une « patente » *staats hervorming* en formerait l'occasion¹¹⁴.

L'idéal démocratique est-il nécessairement mis à mal par l'absence de « reprise en main » explicite ? « Qui ne dit mot, consent », paraît-il. On enseigne que l'ultime garantie démocratique contre le Gouvernement des juges réside dans le « pouvoir du dernier mot » dont dispose le Constituant et – s'agissant des règles répartitrices de compétence – le législateur spécial¹¹⁵. L'un et l'autre disposent toujours de la possibilité de « réagir » face aux développements prétoriens du droit constitutionnel vivant, que ce soit pour les ratifier, et par là même les consolider en leur conférant au besoin l'un ou l'autre prolongements explicites, ou tout au contraire pour les désapprouver. Comme l'écrivait Jacques Velu, « l'existence d'un contrôle juridictionnel n'exclut pas la possibilité pour la Nation, à l'occasion d'une révision constitutionnelle, de substituer son interprétation à celle du Juge »¹¹⁶. Tocqueville n'a-t-il pas écrit que « la nation peut toujours, en changeant sa Constitution, réduire les magistrats à l'obéissance »¹¹⁷ ?

De telles « réactions constitutionnelles » ne relèvent pas d'une virtualité théorique¹¹⁸. Elles ne sont cependant envisageables qu'en pré-

113. Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Le procès équitable et le droit communautaire et régional du contentieux administratif : de la difficile articulation du "qui ?" et du "quoi ?" », *Recht and Regio*, 2013, Administratieve rechtscolleges/Juridictions administratives, p. 56.

114. *Ibid.*, et références citées à N. LAGASSE et X. DELGRANGE.

115. Voy. J. VANPRAET, *De latente staats hervorming. De bevoegdheidsverdeling in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de adviespraktijk van de Raad van State*, op. cit., p. 517.

116. Cité par H. DUMONT, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois et des décrets en Belgique : fonction juridictionnelle ou politique ? », in P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruxelles, FUSL, 1983, p. 99. Voy., plus récemment, M. VERDUSSEN, « Modification constitutionnelle et justice constitutionnelle », in D. GUÉNETTE, P. TAILLON et M. VERDUSSEN (dir.), *La révision constitutionnelle dans tous ses États*, Montréal, Yvon Blais, Limal, Anthemis, 2020, pp. 28-33.

117. A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. I, Première partie, ch. VI, 1840, dans *Œuvres*, t. II, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1992, p. 113.

118. Voy. p. ex., s'agissant de l'ancrage constitutionnel de dispositifs électoraux aux fins de solidifier ceux-ci face au risque d'une nouvelle censure de la part de la Cour

sence d'une clarté suffisante sur l'objet même de la « réaction ». Pour que le Constituant ou le législateur spécial « réagisse », en connaissance de cause et de manière adéquate, à tel ou tel développement du droit prétorien, encore faut-il qu'il dispose, au préalable, d'une image suffisamment nette de ce développement et qu'il puisse en anticiper les conséquences. Faute d'une telle clarté, le « pouvoir du dernier mot » est suspendu à un jeu de colin-maillard juridique où il perd, sinon la totalité, du moins une bonne partie de son effectivité. *A fortiori* en est-il ainsi si l'on entend – avec tant soit peu de considération – associer directement le citoyen lui-même à ce « dernier mot »¹¹⁹ : il est illusoire de faire des projections sur « mon pays pour demain » quand le pays d'aujourd'hui est inexplicable.

C'est ici que le bât blesse. À y regarder de près en effet, nombre des « Grands Arrêts » ou de « Grands avis » de la *Latente Staatshervorming* voient leur portée exacte affectée d'une incertitude telle qu'ils se prêtent peu ou prou à une possibilité de « réaction » adéquate et informée de la part du Constituant ou du législateur spécial. Il n'est que de contempler, par exemple, le sort actuellement incertain de la théorie du « double aspect » (*supra*), et le flou qui règne sur la question du caractère « précaire » des compétences implicites (*supra*). Quant aux ressorts exacts de la répartition des compétences de crise, il n'y a pas non plus de clarté totale. Commentant l'avis n° 68936/AG du 7 avril 2021¹²⁰, Karel Reybrouck¹²¹ écrivait en boutade :

« *Als de verzamelde expertise van Raad van State morgen wegvault na een vernietigende Covid-uitbraak, dan kan niemand onze bevoegdheidsverdeling nog uitleggen* ».

Au-delà d'un certain seuil de flou, les transferts non orthodoxes portent donc à faux vis-à-vis des idéaux démocratiques en termes de légitimation des choix qu'implique la répartition des compétences. Ils sont aussi problématiques, vis-à-vis des mêmes idéaux, en termes d'endossement des *responsabilités politiques* dans l'exercice des compétences réparties. Si tout le monde peut, à un titre ou à un autre,

constitutionnelle, les articles 63, § 4, alinéa 2 et 168bis de la Constitution. En droit comparé, voy. G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 2021, pp. 1325-1326.

119. Voy. E. DE CLERCQ, « Deliberatieve democratie bij de hervorming van het Belgisch Federalisme. Het dialoogplatform als eerste bescheiden poging », in K. REYBROUCK, S. SOTTIAUX et W. PAS (éds), *Inspiratie voor de staatshervorming*, op. cit., pp. 16-17.

120. Avis n° 68.936/AG donné le 7 avril 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 14 août 2021 « relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique » (www.raadvst-consÉtat.be/dbx/avis/68936.pdf).

121. <https://www.leuvenpubliclaw.com/een-bevoegdheidsgrondslag-voor-de-pandemiewet-de-doctrine-van-de-federale-sanitaire-noodbevoegdheid/>.

intervenir dans le règlement de telle ou telle question, qui pourra-t-on pointer du doigt en cas de *conflit négatif* de compétence¹²², né de l'inaction de tout un chacun.

122. Sur cette question, voy. e.a. K. REYBROUCK, *Een moderne bevoegdheidsverdeling voor het federale België. Naar een balans tussen dual en coöperatief federalisme*, op. cit., pp. 332 et s., spéc. p. 334, qui relativise cependant la difficulté : « Het vervagen van de exclusieve bevoegdheidssferen hoeft niet noodzakelijk te betekenen dat beide overheden hun democratische verantwoordingsplicht zullen ontlopen. Bevoegdheidssamenloop creëert ook de mogelijkheid van een dubbele, aangescherpte verantwoordelijkheid ».

