

L'ARTICLE 10 DE LA LOI SPÉCIALE DE RÉFORMES INSTITUTIONNELLES, EXPRESSION D'UN PRINCIPE GÉNÉRAL DE DROIT ?

Sébastien VAN DROOGHENBROECK

*Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Assesseur à la Section de législation du Conseil d'État*

Il est des textes que, à force de mise en œuvre ou d'enseignement, le juriste parvient à réciter de mémoire. Le civiliste a son article 1382 du Code civil. L'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles compte pour sa part au nombre des versets les plus classiques du constitutionnaliste :

« 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 ».

La doctrine ne fut jamais particulièrement laudative à l'égard de ce texte, et, indirectement, de son auteur. Il ne s'agit pas de la disposition « la plus brillante » de la loi spéciale, écrivait J. Velaers en 1987 (1). Une « erreur législative », suggérait Y. Kreins deux ans auparavant (2).

Entre autres difficultés, surgissent les questions de savoir *qui*, parmi les partenaires de la Fédération, bénéficie des pouvoirs implicites ainsi concédés, et *quelles sont les sources formelles du droit* au travers desquelles pareils pouvoirs peuvent trouver à s'exercer. Faut-il interpréter la référence aux « décrets » comme impliquant *a contrario*, non seulement que l'État fédéral ne bénéficie pour sa part pas de « pouvoirs implicites » lui permettant de rogner sur les compétences communautaires et régionales (A), mais aussi que les partenaires de la Fédération – quels qu'ils soient – qui sont investis de pouvoirs implicites ne peuvent en tous cas en user que par le biais d'actes à caractère législatif, et non d'actes à caractère réglementaire (B) ?

Chacune de ces deux questions converge vers une seule et même interrogation : au-delà de ses termes mêmes, l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles ne serait-il finalement que l'expression particulière, mais non exhaustive, d'un principe plus général de droit permettant sans plus amples exigences à toute autorité, fédérale ou fédérée, de déborder hors de ses compétences lorsque c'est nécessaire pour les exercer ?

(1) J. VELAERS, « De (impliciete) bevoegdheid van de gewesten om voorrechten en “decretaale” hypotheeken te creëren », *T.B.P.*, 1987, p. 326.

(2) Y. KREINS, « Les pouvoirs implicites au sens de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980. Une erreur législative ? », *J.T.*, 1985, p. 477.

Toutes ces questions furent aperçues et abordées par le dedicataire de ces lignes dans le milieu des années 1980 (3). C'est un plaisir de les réinvestir en son honneur, trente années plus tard. Le bénéfice du recul rend évidemment la tâche plus facile. Le brouillard épais qu'affrontait jadis Yves dans les colonnes du *J.T.* et les pages d'*Aménagement-Environnement* s'est aujourd'hui pour partie dissipé. Mais pour partie seulement : à d'autres égards, la clarté se fait encore attendre.

I. – QUI?

Les pouvoirs reconnus par l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 le sont, indubitablement, au bénéfice des trois régions (4) et des trois communautés (5), ainsi qu'à la Commission communautaire commune (6) et à la Commission communautaire française agissant dans les compétences dont l'exercice lui a été transféré en application de l'article 138 de la Constitution.

Bénéficient-ils également à l'État fédéral ? Pendant longtemps, la réponse à cette question demeura indécise, et la controverse – que l'on se permettra de ne résumer ici qu'à très gros traits – divisa la doctrine (7).

Au vrai, une partie de ladite controverse était elle-même imputable à la polysémie de la notion de « pouvoirs implicites » (8) et au flou des prérogatives consacrées par l'article 10 de la loi spéciale. Si celui-ci avait dû être interprété comme ne visant que le pouvoir d'une collectivité d'adopter – même dans le silence des textes – toutes les mesures qui sont inhérentes à l'exercice des compétences qui lui reviennent, mais sans pour autant empiéter sur celles d'une autre collectivité, alors, il n'y aurait eu aucune véritable hésitation à conclure que l'État fédéral puisse s'en prévaloir (9). Traduction concrète de leur autonomie, ces pouvoirs implicites « inclus » ou encore

(3) Voy., en effet, Y. LEJEUNE, « Sur les méthodes d'interprétation des règles répartitrices de compétences », obs. sous C.E., 4 avril 1986, *J.T.*, 1987, pp. 267 et s., et Y. LEJEUNE, « L'expropriation et la réforme de l'État », obs. sous Cass., 20 février 1986, *Aménagement*, 1986, pp. 45-63.

(4) S'agissant de la Région de Bruxelles-Capitale, voy. l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989.

(5) S'agissant de la Communauté germanophone, voy. l'article 5 de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone.

(6) Article 63 de la loi spéciale du 12 janvier 1989. Pour un exemple récent, voy. l'avis n° 58.612/3 donné le 14 décembre 2015 sur une proposition d'ordonnance visant à modifier certaines dispositions relatives à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2015-2016, B-42/2.

(7) Pour une synthèse des positions en présence, voy. G. CEREXHE, *Les compétences implicites et leur application en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 176 et s.

(8) Sur la différence entre « inherente impliciete bevoegheden » et « aanvullende impliciete bevoegheden », dont il sera question ci-après, voy. J. VANPRAET, *De latente staatsvorming. De bevoegdheidsverdeling in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de adviespraktijk van de Raad van State*, Bruges, Die Keure, 2011, pp. 107 et s.

(9) Voy. J. VELAERS, *De Grondwet en de Afdeling Wetgeving van de Raad van State*, Anvers, Maklu, 1999, p. 827.

« inhérents » (*inherente impliciete bevoegdheden*) bénéficient à tous les partenaires de la Fédération, les compétences de l'un n'ayant pas vocation à être interprétées de manière plus restrictive que celles de l'autre. La controverse doctrinale s'est par contre engagée (10) à propos des *aanvullende impliciete bevoegdheden* dont l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles formerait l'ancrage de manière supplémentaire, c'est-à-dire, d'un véritable droit de déborder sur les compétences d'un autre partenaire de la Fédération lorsque cela s'avère « indispensable », ou, à tout le moins, « nécessaire » pour l'exercice de ses compétences.

Une partie de la doctrine défendit en effet l'idée que la jouissance de ces *aanvullende impliciete bevoegdheden* est nécessairement fonction de l'allocation des compétences attribuées. Le postulat – largement dominant dans la doctrine de l'époque (11) – était que lesdits pouvoirs implicites sont une manière de « compensation » à l'absence des compétences résiduelles. L'autorité investie des secondes devrait logiquement être privée des premiers, ceux-ci demeurant l'apanage de l'autorité ou des autorités dont les compétences sont attribuées, c'est-à-dire listées limitativement.

C'est sur fond d'un tel postulat que, au cours des travaux préparatoires précédant la réforme constitutionnelle du 5 mai 1993, il fut conclu que l'État fédéral devrait se voir reconnaître des pouvoirs implicites si d'aventure l'article 35 (12) de la Constitution venait à être activé. C'est également la prégnance de ce même postulat qui explique l'embarras et l'indécision (13) des mêmes travaux préparatoires quant à la question de savoir si, nonobstant l'activation susdite, les Communautés et Régions pourraient malgré tout conserver les pouvoirs implicites qu'ils tirent *de lege lata* de l'article 10 de

(10) Voy. J. VANDE LANOTTE, « De impliciete bevoegdheden op een belgische spoor », in *Zeven knelpunten na zeven jaar staatshervorming*, sous la dir. de A. ALEN et L.-P. SUETENS, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, pp. 97-100 ; W. PAS, « Bevoegdheidsvraagstukken », in *Het Nieuwe Jeugdrecht*, sous la dir. de J. PUT et M. ROM, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 29 ; M. MERCKAERT, « Het concept "Impliciete bevoegdheden" in het Europees en het Nationaal Constitutioneel recht », in *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, vol. 3, *De Europese dimensie in het belgische publiekrecht*, Bruges, Die Keure, 2012, pp. 309-310 ; 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, p. 117.

(11) Voy., sur la question, e.a., R. ANDERSEN, « Les compétences », in *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 163 ; J. VANDE LANOTTE, « De impliciete bevoegdheden op een belgische spoor », *op. cit.*, pp. 97-100.

(12) Voy. *Doc. parl.*, Sénat, s. e. 1991-1992, n° 100-29/3, p. 18. Voy. aussi *Ann. parl.*, Sénat, 10 mars 1993, p. 2051 ; Rapport, *Doc. parl.*, Chambre, 1992-1993, n° 946/3, p. 12. Voy., plus avant, les propositions de révision de la Constitution formulées par G. VAN HAEGENDOREN, « De residuaire bevoegdheid : troef of joker ? Enkele aanvullende bemerkingen bij het gaande debat », *T.B.P.*, 1990, p. 92.

(13) Voy. *Doc. parl.*, Sénat, s. e. 1991-1992, n° 100-29/3. Voy. P. COENRAETS et E. MARON, « Les transferts de compétences de l'autorité fédérale vers les communautés et régions », in *Les réformes institutionnelles de 1993. Vers un fédéralisme achevé ?* Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 180. On constate que l'accord gouvernemental du 10 mai 1988, qui prévoyait aussi le principe du basculement des compétences résiduelles dans le giron fédéré, n'en précisait pas moins que, en pareille hypothèse, l'article 10 de la loi spéciale resterait en vigueur au bénéfice des communautés et régions.

la loi spéciale de réformes institutionnelles (14).

La jurisprudence emprunta cependant une autre voie.

Dans un arrêt du 4 avril 1986, le Conseil d'État estima en effet que, « sous peine d'entraver l'autorité nationale dans la sphère de ses compétences propres, il faut admettre qu'elle peut prendre, même dans les matières que la Constitution et la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ont attribuées à la compétence des régions, toutes les mesures qui sont indispensables à l'exercice desdites compétences ; [...] la règle d'interprétation qui veut que l'attribution d'une compétence déterminée comporte tout ce qui est indispensable à son exercice effectif a d'ailleurs été consacrée en ce qui concerne les communautés et les régions par l'article 10 de la loi spéciale du 8 août précitée [...] ; [...] pour des raisons identiques, cette règle d'interprétation doit s'appliquer aux compétences de l'État » (15).

Bien qu'il n'en approuvât pas totalement les conclusions (16), le dedicataire de ces lignes promettait l'arrêt du 4 avril 1986 à une belle postérité. « [L]'arrêt "Inter-environnement Wallonie et Fagnoul" », écrivait-il, « devra un jour figurer dans le recueil des grandes décisions du droit constitutionnel belge ».

Le conseil ainsi prodigué était particulièrement judicieux. Longtemps demeurée isolée, cette jurisprudence administrative annonçait en réalité ce qui, des années plus tard, devint l'évidence.

On en trouva tout d'abord l'écho – implicite ! – dans l'un ou l'autre arrêt de la Cour constitutionnelle (17). Ainsi cette dernière avait-elle estimé, dans

(14) Voy. encore les échanges tenus sur ce point à l'occasion des travaux sénatoriaux (1998-1999) dédiés à l'*Évaluation du fonctionnement des nouvelles structures fédérales* (Doc. parl., Sénat, n° 1-1333, p. 668) : « Un membre s'interroge sur l'implication éventuelle de la modification de l'attribution des compétences résiduelles sur la théorie des pouvoirs implicites. M. Depré répond que cette influence est inévitable. Le découpage des compétences est toujours quelque peu artificiel et il est difficile de tracer une limite stricte entre les compétences de l'un et de l'autre. Le principe de l'exclusivité des compétences s'accompagne de la reconnaissance, actuellement en faveur des communautés et des régions, de pouvoirs implicites. Celles-ci peuvent empiéter sur la compétence de l'autorité fédérale pour mettre en oeuvre, de façon efficace et utile, de la manière la plus harmonieuse possible, la compétence principale qui lui a été attribuée. À partir du moment où les pouvoirs exclusifs et limités sont attribués à l'autorité fédérale, il faut lui reconnaître également les pouvoirs implicites ; en revanche, les communautés et les régions n'auront plus besoin de ces pouvoirs implicites, puisqu'elles pourront intervenir dans toutes les matières non exclusivement réservées au pouvoir fédéral ».

(15) *J.T.*, 1987, pp. 265 et s.

(16) Comme le résume Y. LEJEUNE (« Sur les méthodes d'interprétation... », *op. cit.*, p. 269), cet arrêt investit tout à la fois l'autorité fédérale des « *inherent impliciete bevoegdheden* » et des « *aanvullende impliciete bevoegdheden* » : « Dans l'arrêt annoté, le Conseil d'État se prononce clairement en faveur de la conception classique des pouvoirs implicites, mais il admet tout uniment que cette "règle d'interprétation" permette à l'autorité nationale de s'aventurer occasionnellement sur un terrain incontestablement régional, ce qui suscite l'apparition d'une véritable zone de compétences concurrentes ».

(17) Voy., outre l'arrêt du 17 décembre 2003 ci-après cité, et dans le même sens que celui-ci, C.C., n° 49/2008, 13 mars 2008, B.7.5 et B.7.6. : « Le stage parental ne fait pas partie de l'exception prévue en faveur de l'autorité fédérale, mentionnée à l'article 5, § 1^{er}, II, 6^o, d), de la loi spéciale du 8 août 1980, à savoir : "la détermination des mesures qui peuvent être prises à l'égard des mineurs ayant commis un fait qualifié d'infraction". Pour pouvoir exercer utilement

son arrêt du 17 décembre 2003 dit « Everberg », que le législateur fédéral « a pu juger nécessaire, afin d'exercer la compétence que lui attribue l'article 5, § 1^{er}, II, 6^o, d), de la loi spéciale du 8 août 1980, d'adopter une mesure relative au placement provisoire des mineurs ayant commis un fait qualifié d'infraction » (18). Et la Cour de s'en justifier en affirmant que « cette mesure, compte tenu de ses limites, de son caractère complémentaire et subsidiaire et de l'exigence d'un accord de coopération avec les communautés, ne porte pas atteinte de manière disproportionnée à la compétence des communautés » (19). L'arrêt ne comporte certes aucune référence expresse aux « pouvoirs implicites » comme véhicules du débordement de compétence qu'il autorisait de la sorte (20). Avec plusieurs auteurs (21), on ne peut cependant s'empêcher d'apercevoir lesdits pouvoirs en filigrane du raisonnement : celui-ci n'est-il pas en effet tout entier axé sur les exigences de « nécessité » et « d'impact marginal » qui forment la « petite musique » de la jurisprudence dédiée à l'article 10 de la loi du 8 août 1980 ?

L'écho explicite vint quant à lui d'un avis rendu en chambres réunies par la Section de législation du Conseil d'État sur une proposition de loi fédérale, issue de parlementaires N-VA (22). Cette proposition, en substance, avait pour objet de régler certains aspects du régime des allocations familiales dues aux personnes admises à séjourner sur le territoire (23). Les auteurs de la proposition n'ignoraient certes pas – c'eût été un comble... – que la matière avait été, de fraîche date, communautarisée (24). Ils n'en affirmaient pas moins que la théorie des pouvoirs implicites, mobilisée au profit de l'autorité fédérale, pouvait justifier que celle-ci s'ingère dans la compé-

sa compétence à l'égard de ces mineurs, le législateur fédéral a pu toutefois juger nécessaire de responsabiliser les parents qui manifestent du désintérêt à l'égard du comportement délinquant de leurs enfants mineurs. Étant donné qu'il s'agit ainsi d'une mesure d'encadrement ayant un champ d'application particulièrement limité, il n'apparaît pas que l'exercice par les communautés de leur compétence en matière de protection de la jeunesse, de politique familiale et d'aide sociale ait été, de ce fait, affecté de manière disproportionnée ».

(18) C.C., n° 166/2003, 17 décembre 2003.

(19) C.C., n° 166/2003, 17 décembre 2003, B.3.8.

(20) La distribution de compétence sur laquelle était fondé cet arrêt a depuis lors été modifiée par la sixième réforme de l'État. L'autorité fédérale n'est en effet plus, aujourd'hui, compétente pour déterminer les mesures applicables aux mineurs ayant commis un fait qualifié d'infraction.

(21) Voy., e.a., J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER (MIMV T. DE PELSMAEKER), *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 7^e éd., 2013, p. 924, note 45 ; X. DELGRANGE, N. LAGASSE et J. VAN NIEUWENHOVE, « De hervorming van de instellingen et de herzieningsverklaring van 2007. Een grondwettelijke verkenning van enkele voorstellen », *C.D.P.K.*, 2008, p. 13.

(22) Proposition de loi modifiant, en s'inspirant du modèle danois, la législation en matière d'accès au territoire et de séjour, *Doc. parl., Chambre*, n° 54-1349/1.

(23) La proposition de loi visait, pour tous les attributaires, peu importe qu'ils soient étrangers, d'une part, à soumettre le droit aux prestations familiales à la condition d'un séjour d'un an sur le territoire au cours d'une période de référence de dix ans et, d'autre part, à moduler le montant des prestations familiales les quatre premières années du séjour, en fonction de la durée de celui-ci sur le territoire belge précédant la demande d'octroi : 25 % du montant total après un séjour attesté d'un an, 50 % après un séjour attesté de deux ans, 75 % après un séjour attesté de trois ans, et enfin 100 % après un séjour attesté de quatre ans.

(24) Voy., en effet, l'article 5, § 1^{er}, IV, de la loi spéciale du 8 août 1980, issu de la sixième réforme de l'État.

tence communautaire, et ce, dans la mesure nécessaire à l'exercice effectif de sa propre compétence en matière de régulation des migrations.

Sur le plan des principes, l'avis 58316/VR du 1^{er} décembre 2015 (25) accepte de franchir explicitement le pas :

« L'article 10 LSRI 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 (26) et de la doctrine (27) que l'article énonce un principe général de la répartition des compétences, à savoir que toute compétence doit pouvoir être mise en oeuvre 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 ».

Selon une jurisprudence parfaitement constante de la Cour constitutionnelle, l'exercice par les Communautés et Régions de leurs pouvoirs implicites est subordonné à une triple condition :

« Pour que l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 puisse s'appliquer, il est requis que la réglementation adoptée soit nécessaire à l'exercice des compétences de la région, que la matière se prête à un régime différencié et que l'incidence des dispositions en cause sur la matière ne soit que marginale » (28).

Les conditions ainsi énoncées ne pouvaient être transposées sans quel-qu'aménagement à la situation où c'est l'autorité fédérale qui fait usage de ses pouvoirs implicites. La Section de législation écrit en ce sens que (29) :

« la condition que la matière doit se prêter "à un régime différencié", qui s'applique à l'exercice des compétences implicites par les législateurs communautaires et régionaux,

(25) *Doc. parl.*, Chambre, Doc 54-1349/2.

(26) L'avis cite, à ce propos, l'avis n° 52.711/3 du 8 février 2013 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 15 avril 1994 relative à la protection de la population et de l'environnement contre les dangers résultant des rayonnements ionisants et relative à l'Agence fédérale de Contrôle nucléaire et modifiant la loi du 20 juillet 1978 établissant des dispositions propres à permettre à l'Agence internationale de l'Énergie atomique d'effectuer des activités d'inspection et de vérification sur le territoire belge, en exécution de l'Accord international du 5 avril 1973 pris en application des §§ 1 et 4 de l'article III du Traité du 1^{er} juillet 1968 sur la non-prolifération des armes nucléaires » (*Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 2941/1), l'avis n° 54.378/3 du 28 novembre 2013 sur un avant-projet de loi « portant des dispositions fiscales diverses » (*Doc. parl.*, Chambre, 2013-2014, n° 3236/1), et l'avis n° 57.210/3 du 3 avril 2015 sur un avant-projet de loi « portant des dispositions diverses en matière d'énergie » (*Doc. parl.*, Chambre, 2014-2015, n° 1046/1).

(27) L'avis cite à ce propos : J. VANPRAET, *De latente Staatshervorming. De bevoegdheid-sverdeling in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de adviespraktijk van de Raad van State*, Bruges, die Keure/la Charte, 2011, n° 123 ; A. ALEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Malines, Kluwer, 2011, pp. 394-395 ; M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 790 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « 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 (eds), *Scharnier- of sleutel elementen in het grondwettelijk recht – Het beginsel van constitutionele autonomie, de artikelen 35 en 195 van de Grondwet/Éléments charnières ou éléments clés en droit constitutionnel – Le principe de l'autonomie constitutive, les articles 35 et 195 de la Constitution*, Bruges, die Keure/la Charte, 2011, pp. 98-99.

(28) C.C., 8 mai 2014, n° 74/2014, B.9.6.

(29) Voy. la note infrapaginale n° 11 de l'avis 58.316/VR du 1^{er} décembre 2015.

ne s'applique pas à l'exercice des compétences implicites par le législateur fédéral dès lors qu'en l'espèce cet exercice conduit précisément à un régime non différencié ».

Les deux autres conditions – nécessité et impact marginal –, demeurent par contre pertinentes quelle que soit l'autorité – fédérale ou fédérée – dont les actes sont jugés. L'avis du 1^{er} décembre 2015 retraduit cette idée de la manière suivante :

« il ressort de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle que pour pouvoir se prévaloir des compétences implicites, le législateur fédéral doit démontrer, d'une part, qu'il est "nécessaire", pour l'exercice d'une compétence fédérale, de régler une matière qui revient aux communautés ou aux régions et, d'autre part, qu'il n'est pas ainsi porté atteinte d'une manière disproportionnée à la compétence des communautés et des régions, ce qui doit ressortir du "champ d'application particulièrement limité" [...] ou de la "portée très réduite" [...] de la réglementation. Les deux conditions doivent être remplies cumulativement ».

En l'espèce, l'avis conclut que la proposition, et les motifs développés en appui de celle-ci, ne remplissaient pas *in concreto* les conditions ainsi posées.

II. – COMMENT ?

La référence aux seuls « décrets », contenue à l'article 10 de la loi spéciale, n'exclut donc pas que la « loi » fasse usage des pouvoirs implicites. La souplesse interprétative dont il est ainsi fait montre doit-elle aller jusqu'à permettre que l'exercice desdits pouvoirs emprunte le véhicule, non pas d'un acte à caractère législatif, mais bien d'un simple arrêté réglementaire, de souche fédérale ou fédérée ? À cette question, le dedicataire de ces lignes apporta jadis une réponse positive : « la compétence accessoire que légitime l'article 10 de la loi spéciale permet [...] à l'exécutif comme au conseil d'intervenir dans une matière pour laquelle l'autorité nationale est en principe compétente » (30). Et Yves Lejeune de poursuivre :

« La nécessité d'un empiètement limité peut en effet apparaître au stade de la législation aussi bien qu'au stade de l'exécution. Bien sûr, l'article 10 n'évoque pas les exécutifs, mais n'en va-t-il pas de même des paragraphes [de l'ex article 59bis, de la Constitution, devenus les articles 127, 128 et 129 de la Constitution] qui déterminent les compétences matérielles des communautés française et flamande ? Or, nul n'a jamais soutenu que les dispositions de la loi spéciale qui précisent les compétences des exécutifs communautaires soient inconstitutionnelles » (31).

La proposition ainsi formulée suscita la controverse doctrinale. Selon Johan Vande Lanotte, l'usage de pouvoirs implicites par les exécutifs ne peut se concevoir que dans les strictes limites du pouvoir réglementaire d'exécution, telles que tracées par les articles 108 de la Constitution (pour l'autorité fédérale) et 20 de la Loi spéciale de réformes institutionnelles (32) (pour les collectivités fédérées). L'empiètement de compétence doit trouver une base légale, sinon dans le texte même de la loi, du décret ou de l'ordonnance, du

(30) Y. LEJEUNE, « L'expropriation et la réforme de l'État », *op. cit.*, p. 61.

(31) *Ibid.*, p. 61.

(32) J. VANDE LANOTTE, « De impliciete bevoegdheden op een belgische spoor », *op. cit.*, p. 101.

moins dans son « économie générale », telle que révélée, de manière certaine, dans ses travaux préparatoires. Une délégation de la compétence de décider de cet empiètement, ou de fixer un de ses éléments essentiels, serait par contre inadmissible. Globalement, et quoique soient apparues çà et là certaines incertitudes (33), la jurisprudence du Conseil d'État s'est orientée dans le même sens (34). Dans un avis 50.896/4 du 22 février 2012, la Section de législation énonçait que « les pouvoirs implicites visés par cet article 10 ne peuvent être mis en oeuvre que par une norme à caractère législatif, à savoir, s'agissant de la Région de Bruxelles-Capitale, par une ordonnance » (35). Dans un arrêt n° 175.462 du 8 octobre 2007, la Section du contentieux administratif estimait quant à elle, en sens parfaitement convergent, que la disposition précitée « ne peut être invoquée de façon pertinente pour justifier un empiètement commis par une autorité régionale investie d'un pouvoir réglementaire sur une compétence de l'autorité fédérale ».

La Cour constitutionnelle ne s'est, pour sa part, pas encore prononcée clairement sur la question. L'occasion lui en fut certes fournie dans l'affaire ayant donné lieu, le 30 septembre 2010, à l'arrêt n° 108/2010. En l'occurrence, la Cour était interrogée sur le caractère discriminatoire de l'article 10 de la Loi spéciale de réformes institutionnelles, en tant que la « réserve au décret » y contenue ferait obstacle à ce qu'un gouvernement de communauté ou de région, seul habilité à édicter le statut de ses agents – ainsi le veut l'article 87 de la même loi spéciale – puisse, à cet effet, user de pouvoirs implicites pour déroger aux règles fédérales régissant le statut syndical desdits agents. Plus précisément, il était allégué que l'article 10 de la loi spéciale créerait entre agents publics une différence de traitement selon que la fixation de leur statut relève du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif : le premier pouvant seul faire usage de pouvoirs implicites conformément à la disposition en cause, les agents dont il règle le statut – à savoir ceux des organismes visés à l'article 9 de la loi spéciale précitée – pourraient, contrairement à ceux dont le statut est réglé par le second et qui sont visés par l'article 87, § 1^{er}, précité, être soumis à des règles qui dérogeraient à celles établies par l'autorité fédérale sur la base de la compétence exclusive que lui accorde l'article 87, § 5, précité. À l'estime de la Cour, cependant, la différence de traitement ainsi mise en avant n'était pas avérée dans les

(33) Comp. en effet, de manière implicite, avec les avis n° 41.121/VR/3 et n° 41.122/VR/3 des 19 septembre 2006 et 3 octobre 2006 « over ontwerpen die respectievelijk geleid hebben tot het besluit van de Vlaamse Regering van 8 december 2006 inzake de certificering van koeltechnische bedrijven en het besluit van de Vlaamse Regering van 8 december 2006 betreffende het onderhoud en het nazicht van centrale stooktoestellen voor de verwarming van gebouwen of voor de aanmaak van warm verbruikswater », nrs. 4.3.2.1 en 4.3.2.2.

(34) Voy. l'avis n° 45.270/2 donné le 22 octobre 2008 sur le projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 27 novembre 2008 « déterminant les mesures d'urgence en vue de prévenir les pics de pollution atmosphérique par les microparticules et les dioxydes d'azote ».

(35) Avis n° 50.896/4 du 22 février 2012 donné sur ce qui devint l'arrêté modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 27 juin 2002 portant le statut administratif et pécuniaire des agents du personnel opérationnel du SIAMU.

circonstances précises qui présidaient à la cause soumise. La dérogation dont il était question portait en effet sur des règles relevant du statut syndical des agents des services publics. Or, énonce la Cour, l'établissement du statut syndical relève, en application du principe de légalité contenu à l'article 23, alinéas 2 et 3, 1^o, de la Constitution, de la seule compétence du législateur. Par conséquent, et en raison de cette exigence constitutionnelle, une dérogation à ce statut requerrait de toute façon l'intervention du décret ou de l'ordonnance, et ce, que l'on ait affaire à un agent dont le statut relève du pouvoir législatif ou à un agent dont le statut relève du pouvoir exécutif. La différence de traitement mis en avant par la question préjudicielle était, par conséquent, inexistante, et la réponse à celle-ci n'était pas utile à la solution du litige porté devant le juge *a quo*. Raisonnant de la sorte, la Cour laisse indécise la question de savoir si, de manière générale, il est concevable que les pouvoirs implicites visés par l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles puissent être exercés par le Gouvernement communautaire ou régional : peu importe en effet, puisque, *in casu*, et sur le fondement de l'article 23, alinéas 2 et 3, 1^o de la Constitution, le législateur communautaire ou régional devait de toute façon intervenir. Pas de réponse à des questions hypothétiques, dirait-on dans le style Dehaenien. Terrain impraticable, match remis, ajouterait-on chez Hergé.

Que penser ?

Il est clair que l'argument purement textuel – l'article 10 de la loi spéciale ne mentionne que les “décrets” – n'est pas ou plus suffisant pour soutenir à lui seul la thèse de l'exclusion des gouvernements communautaires ou régionaux du bénéfice des pouvoirs implicites. À suivre cette interprétation textuelle stricte, il faudrait en effet exclure que la loi fédérale puisse faire usage desdits pouvoirs. Or, comme nous l'avons vu, cette conclusion n'est plus de mise. À notre estime cependant, ce dépassement de la *Lettre* de l'article 10 de la Loi spéciale n'induit pas nécessairement la conclusion que la possibilité qu'il confère d'empiéter sur les compétences du voisin, puisse être déléguée par le décret ou l'ordonnance au Gouvernement correspondant, ou directement exercée par celui-ci au titre de son pouvoir réglementaire autonome. Il y a en effet de bonnes raisons de soutenir que la décision de réaliser cet empiètement de compétence, eu égard à son importance et à son caractère politiquement sensible, doit demeurer l'apanage exclusif du législateur – qu'il s'agisse du législateur fédéral ou du législateur fédéré –, et ne peut être entièrement abandonnée par celui-ci à l'Exécutif correspondant (36). *A fortiori* ne peut-elle faire l'objet d'une initiative spontanée de la part de ce

(36) On pourrait ici renvoyer, par analogie, à la jurisprudence de la Section de législation relative aux limites du recours aux pouvoirs spéciaux : « Il va de soi, enfin, que la loi de pouvoirs spéciaux ne peut porter aucune atteinte à la répartition des compétences entre l'État, les Communautés et les Régions qui est établie par la Constitution et la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Dans l'élaboration des arrêtés qu'il sera appelé à prendre sur la base de l'habilitation que tend à lui confier la loi en projet, le gouvernement devra veiller à ne pas empiéter sur les compétences des Communautés et des Régions » (avis du Conseil d'État des 31 mai et 4 juin 1996, *Doc. parl.*, Chambre, s. o. 1995-1996, n° 607/1, p. 59).

dernier. Cette réserve à la loi formelle de la mobilisation des pouvoirs implicites pourrait s'autoriser de la jurisprudence de la Section de législation qui, de manière tout à fait générale, énonce que « dans l'ordre juridique belge, les éléments essentiels d'une réglementation doivent figurer dans une norme adoptée par le pouvoir législatif » (37). On pourrait également mettre en avant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui, en sens parfaitement convergent, affirme que « conformément aux principes qui régissent les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, les choix politiques essentiels doivent être fixés par l'assemblée législative » (38). Une difficulté surviendra, certes, dans les domaines couverts par le pouvoir réglementaire autonome des exécutifs correspondants, domaines dans lesquels il est classiquement affirmé que toute intervention législative est exclue. On songe évidemment à l'élaboration du statut des agents publics qui relèvent directement desdits exécutifs, en application des articles 107, alinéa 2 de la Constitution et 87 de la loi spéciale de réformes institutionnelles (39). La difficulté n'est cependant pas insurmontable. Au-delà des dogmes classiques en effet, la jurisprudence récente admet des incursions législatives dans ces « chasses gardées » du Roi et des Gouvernements de Communauté et de Région, lorsqu'il s'agit de réglementer les droits et libertés fondamentaux des agents publics (40). L'étanchéité a donc d'ores et déjà cessé d'être parfaite, et l'on ne voit pas pourquoi, au-delà de la problématique des droits et libertés et par fidélité aveugle à ces dogmes, d'autres questions devraient quant à elles demeurer hors d'atteinte du législateur compétent, alors qu'elles n'en méritent pas moins, vu leurs enjeux « politiques », une délibération parlementaire.

Mars 2016

(37) Avis 39.942/AG donné le 18 avril 2006 sur une proposition de loi « visant à garantir un service minimum dans le cadre des missions de service public et des missions d'intérêt général », ainsi que sur l'amendement n° 1 à cette proposition (*Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 51-604/3, pp. 3-13).

(38) C.C., n° 31/2004, 3 mars 2004, B.5.4.

(39) Voy. C.C., n° 99/2004, 2 juin 2004, B.6.2 et B.6.3.

(40) Voy. C.E., avis n° 44.742/4 du 9 juillet 2008 sur un avant-projet de décret de la Communauté française « relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination », p. 26 ; C.E., avis n° 39.682/1 du 31 janvier 2006 sur une proposition d'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale « portant participation proportionnelle sur le marché de l'emploi » (*Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2004-2005, n° A-138/2).