

**VOYAGE AU CŒUR DE LA NOTION
DE « LOI SPÉCIALE »**

**PROPOSITIONS
DE LOI SPÉCIALE « CLIMAT »**

par

Gautier ROLLAND
*Avocat au barreau de Bruxelles
Assistant à l'UCLouvain (CRECO)*

et

Céline ROMAINVILLE
*Professeure à l'UCLouvain (CRECO)
Membre du Centre de recherches sur l'État
et la Constitution de la Faculté de droit
de l'UCLouvain*

1. Notre contribution analyse les avis rendus sur les propositions de loi spéciale « climat », dont des extraits sont reproduits ci-dessus, en ce qu'ils balisent les conditions dans lesquelles le législateur spécial peut intervenir pour fixer des objectifs et des principes pour lutter contre les changements climatiques. Après avoir rappelé le contexte et le cheminement des propositions de loi spéciale « climat » (I), nous explorons la notion de loi spéciale en droit belge esquissée par la section de législation du Conseil d'État et son application aux deux propositions de loi spéciale « climat » (II).

**I. LE CHEMINEMENT DE LA PROPOSITION DE
LOI SPÉCIALE « CLIMAT »**

**A. LE CLIMAT COMME COMPÉTENCE PARTAGÉE,
OBJET D'UNE COOPÉRATION INEFFICACE**

2. Toute politique de lutte contre le changement climatique, dans sa dimension « réduction des émissions » (approche en amont des faits générateurs du changement climatique, dite « de mitigation ») ou dans sa dimension d'adaptation face aux effets du changement climatique (approche en aval des faits générateurs du changement climatique, dite « d'adaptation »), est nécessairement transversale. Ce caractère transversal représente

un défi dans une structure fédérale telle que la Belgique².

3. En Belgique, la question de la compétence en matière de politique climatique³ doit s'appréhender à l'aune du principe d'exclusivité qui implique que « *chaque disposition de loi ou de décret relative à [une] matière doit [...] être nécessairement classée dans l'une (ou l'autre) attributions de compétence, ce qui exclut qu'elle puisse relever en même temps d'une ou de plusieurs autres* »⁴ et que « *toute situation juridique [est] en principe réglée par un seul législateur* »⁵.

Ce principe d'exclusivité implique un éclatement de la politique climatique qui peut contraster avec la relativisation dont ce principe a pu faire l'objet dans d'autres matières⁶. La question climatique est ainsi appréhendée à travers de multiples compétences exclusives, dépendant de collectivités différentes⁷.

4. La politique climatique doit aussi s'analyser à l'aune du droit international et européen dont se déduisent des obligations de moyen et de résultat, en particulier en termes de réduction des émissions, et dont la Belgique ne peut se défaire au motif de la complexité de sa structure fédérale⁸.

² « Climat, Constitution et répartition des compétences », Rapport du séminaire académique du 22 avril 2018, disponible en ligne sur : [sur https://climat.be/doc/KlimGov_S1_Rapport_FR.pdf](https://climat.be/doc/KlimGov_S1_Rapport_FR.pdf).

³ Pour approfondir la question des interactions entre la compétence climatique et le fédéralisme belge, voy. not. M. EL BERHOUMI ET C. NENNEN, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme », *Amén.*, 2018, p. 63 ; L. LAVRYSSEN, « Le fédéralisme belge et la politique de l'environnement : concertation, coopération et... agir chacun pour soi dans un contexte européen », *Rev. Dr. ULB*, 2009, p. 39 ; F. VANRYKEL, « La politique belge en matière de climat, entre autonomie et coopération. Quelle place pour une vision commune à l'échelle nationale ? », *R.B.D.C.*, 2017, p. 225.

⁴ C.C., 25 février 1986, n° 11/86, 3.B.1.

⁵ C.C., 21 juin 2000, n° 76/2000, B.4.1.

⁶ Voy. sur les dérogations au principe d'exclusivité des compétences : A. HÉRAUT et A.-S. RENSON, « Fédéralisme et exclusivité des compétences », in C. ROMAINVILLE ET M. VERDUSSEN (dir.), *Les grands arrêts sur le partage des compétences dans l'État fédéral*, Bruxelles, Larquier, 2019, pp. 27-39.

⁷ Les Régions maîtrisent la majorité des leviers de la politique climatique. Toutefois, l'autorité fédérale garde la main sur des compétences essentielles pour la réussite du défi climatique. Citons entre autres la fiscalité, la mobilité, une partie de la politique énergétique, les normes de produits ou encore la politique pénale. Ainsi, l'autorité fédérale est tenue de décrire précisément les mesures et objectifs dans ces matières et de les intégrer ensuite dans le Plan national intégré Energie Climat (PNIEC). Les Communautés disposent également de compétences qui constituent autant de leviers en matière climatique : éducation, recherche, gestion des bâtiments scolaires... Voy. « Climat, Constitution et répartition des compétences », préc.

⁸ De manière générale, l'article 27 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités dispose que « [u]ne partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité [...] ». La Belgique est tenue à une obligation de résultat dans l'exécution des obligations qui découlent de ses engagements européens, en vertu de l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. En particulier, elle ne peut échapper à ses obligations européennes en invoquant son organisation fédérale en application des principes d'effectivité et de primauté du droit de l'Union, de coopération loyale et d'égalité entre États, conformément



5. Afin de garantir le respect des engagements climatiques de la Belgique et d'articuler la coopération entre les collectivités fédérées, une gouvernance climatique multi-niveaux a été organisée.

6. Néanmoins, la coopération et la concertation en matière climatique n'ont pas permis, jusqu'à présent, d'assurer une gouvernance climatique efficace. L'« *“éclatement” des compétences climatiques rend les politiques intégrées de gouvernance plus lentes à mettre en œuvre* »⁹. Le protocole de Kyoto¹⁰, signé le 11 décembre 1997, n'est mis en œuvre que dans un accord de coopération du 14 novembre 2002, qui entre en vigueur le 13 novembre 2003. La décision n° 406/2009/CE¹¹ (qui fixe la répartition de l'effort à fournir par les États membres pour réduire leurs émissions de GES afin de respecter les engagements internationaux jusqu'en 2020 et impose à la Belgique un objectif de réduction de 15 % en 2020 par rapport au niveau d'émissions de 2005), ne fait l'objet d'un accord politique sur la répartition de l'effort climatique que le 4 décembre 2015, soit presque quatre ans après le commencement de la seconde période d'engagement. Ce n'est que le 12 février 2018 qu'est conclu un accord de coopération entre l'autorité fédérale et les Régions concernant la répartition de l'effort climatique sur la période 2012-2020¹² censé organiser juri-

diquement la clé de répartition des réductions des émissions entre les collectivités belges.

7. En plus d'être significativement lente, la gouvernance climatique belge se caractérise aussi par ses lacunes intrinsèques.

L'accord de coopération conclu le 14 novembre 2002 entre l'État fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale précité, complété d'un accord de coopération du 19 février 2007 entre l'autorité fédérale et les Régions, relatif à la mise en œuvre de certaines dispositions du protocole de Kyoto¹³, investit la Commission nationale Climat de plusieurs missions. Mais la réalisation de ces missions est contrariée par l'insuffisance des moyens dont dispose la Commission, l'inexistence d'un mécanisme efficace permettant, le cas échéant, de résoudre les conflits survenant entre les entités fédérées quant à l'exécution de l'accord, ainsi que l'irresponsabilité politique de cette Commission¹⁴. Les difficultés affectant la Commission nationale climat rejaillissent sur la conférence interministérielle de l'environnement élargie au climat, autre instance qui reçoit des compétences clé dans l'accord de 2002.

Ainsi, la coopération en matière climatique s'est révélée jusqu'ici incapable de rencontrer les ambitions d'une réelle coordination de la politique climatique, dont le droit européen et international fixe les objectifs¹⁵.

à la jurisprudence constante de la Cour de Justice de l'Union européenne : « Ainsi, il est de jurisprudence constante que chaque État membre est libre de répartir les compétences sur le plan interne et de mettre en œuvre les actes de droit communautaire qui ne sont pas directement applicables au moyen de mesures prises par les autorités régionales ou locales, pourvu que cette répartition des compétences permette une mise en œuvre correcte des actes de droit communautaire en cause » (C.J.U.E. (GC), 16 juillet 2009, C-428/07, *Horvath*, ECLI:EU:C:2009:458, § 50). Voy. sur cette question : A. PASTOR, G. ROLLAND et C. ROMAINVILLE, « Le partage des compétences et le droit européen et international », in C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN, *Les grands arrêts sur le partage des compétences dans l'État fédéral*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 402-416.

⁹ « Climat, Constitution et répartition des compétences », préc., p. 9.

¹⁰ Le 11 décembre 1997, le protocole de Kyoto est signé par plus de 190 États de la communauté internationale. Le protocole de Kyoto est une première application de la Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques. Pour la première fois de l'histoire, des États s'obligent à réduire leurs émissions de GES afin de limiter les impacts du changement climatique au moyen d'objectifs de réduction concrets et obligatoires. Le protocole fixe plusieurs « périodes d'engagement », soit des périodes au cours desquelles des réductions convenues par le protocole et ses amendements devront être observées par les États-parties au protocole :

- une première période d'engagement (2008-2012) d'une durée de 5 ans (dont les seuils de réduction sont déterminés par le protocole de Kyoto) ;
- une seconde période d'engagement (2013-2020) d'une durée de 8 ans (dont les seuils de réduction sont déterminés par l'amendement de Doha au protocole de Kyoto)

¹¹ Déc. n° 406/2009/CE du 23 avril 2009 relative à l'effort à fournir par les États membres pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre afin de respecter les engagements de la Communauté en matière de réduction de ces émissions jusqu'en 2020, *J.O.U.E.*, 5 juin 2009, L 140/136 et s.

¹² Accord de coopération du 12 février 2018 entre l'État fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif au

partage des objectifs belges climat et énergie pour la période 2013-2020, *M.B.*, 12 juillet 2018, p. 55650.

¹³ Accord de coopération entre l'Autorité fédérale, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif à la mise en œuvre de certaines dispositions du protocole de Kyoto, conclu à Bruxelles, le 19 février 2007, *M.B.*, 12 février 2008, p. 9179. Nous ne reviendrons pas ici sur les problèmes de constitutionnalité posés par certains aspects de l'accord conclu le 19 février 2007 (Voy. M. EL BERHOUMI et C. NENNEN, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme », *op. cit.*, p. 65).

¹⁴ Dans leur contribution, Mathias El Berhoumi et Célia Nennen rappellent que le Milieu-en Natuurraad van Vlaanderen (Minaraad) avait pointé très tôt des craintes quant au fonctionnement de la Commission nationale Climat, qui ne reçoit pas, avec l'accord de coopération de 2002, des moyens à la hauteur des ambitions qu'on lui assigne (M. EL BERHOUMI ET C. NENNEN, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme », *op. cit.*, p. 66).

¹⁵ Voy. not. : M. DEKLEERMAKER, « Une histoire belge : La coopération en matière environnementale et climatique et la COP21 », *Fédéralisme Régionalisme*, vol. 18, 2018, disponible en ligne sur : <https://popups.uliege.be/443/1374-3864/index.php?id=1792>. L'auteur écrit que « [...] il est plus que troublant que l'ensemble des mécanismes de concertation présentés ci-dessus, qui multiplient les lieux de rencontre entre les responsables et les spécialistes de chaque entité, n'ait pu permettre de trouver une solution rapide à l'absence de politique climatique globale et actualisée en Belgique. L'opacité qui entoure les travaux de l'ensemble de ces commissions ne nous permet pas de savoir si elles ont également connu des blocages politiques en leur sein, empêchant ainsi l'émergence d'un consensus entre les parties, ou si ces institutions de concertation ne se sont tout simplement pas réunies pour discuter de ce sujet [...]. Le fédéralisme coopératif belge en matière de politique climatique se caractérise par une absence de prise en compte de cette politique dans



B. LA MONTÉE EN PUISSANCE DE LA QUESTION DE LA GOUVERNANCE CLIMATIQUE

8. Les préoccupations liées la gouvernance climatique dans la Belgique fédérale ont fait l'objet d'une attention croissante.

9. En janvier 2017, le Sénat publie d'initiative un « *Rapport d'information sur le processus décisionnel intrabelge en matière de répartition de l'effort climatique au regard des objectifs climatiques* »¹⁶. Ce rapport d'information fait suite à des auditions d'une dizaine d'expertes et experts, d'actrices et acteurs de la politique climatique. Il comprend vingt-six recommandations en matière de gouvernance climatique. Le champ lexical de ce rapport d'information est celui de l'urgence et de la nécessité : les sénatrices et sénateurs demandent « *d'anticiper au maximum* »¹⁷ la future répartition intrabelge des objectifs 2030, de mettre en œuvre plusieurs de ces recommandations « *de manière accélérée* »¹⁸, « *au plus vite* »¹⁹.

10. Le 8 octobre 2018, le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) adopte le « *Rapport spécial sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1,5 °C* »²⁰. Ce rapport formule des recommanda-

tions à l'égard des gouvernements afin de limiter l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en-dessous de 2 °C et sans dépasser 1,5 °C, à l'appui de modèles d'émissions mondiales compatibles avec ces objectifs de limitation.

11. Le 11 décembre 2018, le règlement (UE) 2018/1999 sur la gouvernance de l'Union de l'énergie et de l'action pour le climat est adopté²¹. Ce règlement relève de manière significative le seuil des obligations de rapportage, de coopération et de cohérence à charge des États membres dans le cadre de leur politique climatique nationale. À ce titre, les États membres sont notamment tenus d'établir et de soumettre à la Commission européenne un plan national en matière d'énergie et de climat (PNEC). L'adoption du règlement « Gouvernance » intervient alors que les multiples rapports annuels d'analyse macroéconomique réalisés par les services de la Commission européenne depuis 2011 ont mis en évidence les difficultés de la Belgique à réaliser les objectifs climatiques qui lui sont assignés²². En particulier, le rapport *anno* 2019 souligne que « *[e]n l'absence de mesures supplémentaires, il est probable que la Belgique n'atteigne pas ses objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre d'ici à 2020 et à 2030. Les émissions des secteurs ne relevant pas du système d'échange de quotas d'émission en 2020 ne devraient être inférieures aux niveaux de 2005 que de 12 %, alors que l'objectif de réduction est de 15 %. L'écart*

le système de répartition des compétences et par une véritable inflation des instruments de coopération qui n'ont malheureusement pas servi à empêcher la crise politique connexe à la COP21 ». Voy. égal., les rapports du Conseil fédéral du développement durable : Conseil fédéral du développement durable (CFDD), avis sur le document « projet de plan national climat 2009-2012 de la Belgique – Inventaire des mesures et état des lieux au 31 décembre 2008 », disponible en ligne sur : www.frd-cfdd.be/sites/default/files/content/download/files/2009a03f.pdf, p. 3 ; ou encore les évaluations du SPF Santé publique-environnement (SPF Santé publique-environnement, analyse du rôle et du fonctionnement de la Commission nationale climat, avril 2013, disponible en ligne sur : www.klimaat.be/files/7113/8253/0696/130426_Evaluation_CNC_web.pdf.

¹⁶Rapport d'information sur le processus décisionnel intrabelge en matière de répartition de l'effort climatique au regard des objectifs climatiques, Rapport fait au nom de la commission des matières transversales-compétences régionales, par MM. Gryffroy et Henry, Mmes Morreale et Turan, MM. Vereeck et Verstreken, et Mme Waroux, 23 janvier 2017, *Doc. parl.*, Sén., n° 6-253/2.

¹⁷Rapport d'information sur le processus décisionnel intrabelge en matière de répartition de l'effort climatique au regard des objectifs climatiques, Recommandations adoptées par la Commission des matières transversales, 23 janvier 2017, *Doc. parl.*, Sén., n° 6-253/4, p. 2.

¹⁸*Ibid.*, p. 5.

¹⁹*Ibid.*, p. 6.

²⁰GIEC, « Résumé à l'intention des décideurs, Réchauffement planétaire de 1,5 °C, Rapport spécial du GIEC sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels et les trajectoires associées d'émissions mondiales de gaz à effet de serre, dans le contexte du renforcement de la parade mondiale au changement climatique, du développement durable et de la lutte contre la pauvreté » (sous la direction de V. Masson-Delmotte, P. Zhai, H. O. Pörtner, D. Roberts, J. Skea, P. R. Shukla, A. Pirani, W. Moufouma-Okia, C. Péan, R. Pidcock, S. Connors, J. B. R. Matthews, Y. Chen, X. Zhou, M. I. Gomis, E. Lonnoy, T. Maycock, M. Tignor et T. Waterfield), Organisation météorologique mondiale, Genève,

Suisse, disponible en ligne sur : https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/IPCC-Special-Report-1.5-SPM_fr.pdf.

²¹Règl. (UE) 2018/1999 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 sur la gouvernance de l'union de l'énergie et de l'action pour le climat, modifiant les règlements (CE) n° 663/2009 et (CE) n° 715/2009 du Parlement européen et du Conseil, les dir. 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE et 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil, les dir. 2009/119/CE et (UE) 2015/652 du Conseil et abrogeant le régl. (UE) n° 525/2013 du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, 21 décembre 2018, L 238, pp. 1-77.

²²Voy. en ce sens : Rapport 2011 pour la Belgique, Communication de la Commission européenne, 7 juin 2011, SEC52011 710 final, p. 19 ; Rapport 2012 pour la Belgique, Communication de la Commission européenne, 30 mai 2012, SWD(2012) 314 final, p. 8 ; Rapport 2013 pour la Belgique, Communication de la Commission européenne, 29 mai 2013, SWD(2013) 351 final, p. 5 ; Rapport 2014 pour la Belgique, Communication de la Commission européenne, p. 5 ; Rapport 2015 pour la Belgique, Communication de la Commission européenne, 18 mars 2015, SWD(2015) 21 final/2, p. 87 ; Rapport 2016 pour la Belgique, Communication de la Commission européenne, 26 février 2016, SWD(2016) 71 final, p. 69 ; Rapport 2017 pour la Belgique, Communication de la Commission européenne, 1^{er} mars 2017, SWD(2017) 67 final/2, p. 63 ; Rapport 2018 pour la Belgique, Communication de la Commission européenne, 7 mars 2018, SWD(2018) 200 final, p. 60 ; Rapport 2019 pour la Belgique, Communication de la Commission européenne, 27 février 2019, SWD(2018) 200 final, p. 67.



devrait encore se creuser d'ici à 2030, les émissions ne devant diminuer, selon les prévisions, que de 14 % par rapport aux niveaux de 2005, alors que l'objectif en matière de réduction est de 35 % »²³.

12. C'est dans ce contexte qu'est organisé, à l'initiative du SPF Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement (DG Environnement – Service Changements climatiques) et de l'Université Saint-Louis-Bruxelles, et sous la direction d'un comité scientifique composé de représentantes et représentants de nombreuses universités belges, un vaste dialogue autour de la question de la gouvernance climatique dans la Belgique fédérale. Un passage clé du rapport conclusif mérite d'être reproduit *in extenso* :

« La question centrale est de savoir si la structure fédérale en Belgique est adaptée pour relever ce gigantesque défi climatique, qui nécessite une transformation radicale de notre société. Le constat d'inadéquation du cadre de gouvernance actuel avec le défi climatique persiste dans les analyses scientifiques. Le cadre de gouvernance est inapproprié, compte tenu de l'urgence climatique, de la nécessaire décarbonation de l'économie, des nouvelles exigences européennes en matière de gouvernance et de la pression citoyenne. Malgré l'existence de moteurs externes qui découlent notamment du droit européen et international, il manque un moteur interne en Belgique fédérale. [...] Nous avons besoin d'une vision commune à long terme, qui garantisse une sécurité juridique aux différentes politiques et différents niveaux de pouvoir, et s'inscrive dans la durée. [...] À la nécessité de responsabiliser, hiérarchiser et centraliser, s'ajoute également la nécessité de dépolitiser et objectiver la politique climatique. Le pouvoir de décision doit être au niveau le plus élevé, au niveau où les décisions peuvent être prises de manière la plus efficace. Dans un contexte de blocages politiques constants qui entravent la mise en œuvre d'une politique climatique efficace, une discussion sur la pertinence de modifier certains aspects spécifiques de la politique climatique (par exemple la mobilité) dans l'attribution des compétences s'avère utile. Vu l'urgence climatique, d'autres solutions urgentes et pragmatiques doivent néan-

*moins être envisagées. Au sein de la structure institutionnelle existante notre pays dispose de plusieurs solutions légales (constitutionnelles) pour renforcer la coopération entre les différents niveaux de pouvoir et domaines politiques »*²⁴.

Ce rapport évoque l'exemple britannique et « [...] la mise en place d'une loi climat interdépartementale (par voie de loi spéciale) », qui serait une « *une piste intéressante pour renforcer la coopération et la coordination entre l'autorité fédérale et les régions* »²⁵. Au sujet de cette loi spéciale, le rapport conclusif précise que « [o]utre la définition d'une vision commune à long terme, d'un budget carbone et d'objectifs intermédiaires, et des dispositifs quant à la planification, la transparence et le rôle des parlements dans la loi spéciale, un comité d'experts indépendants pourrait également être établi, permettant d'objectiver la politique climatique et de responsabiliser ceux qui en ont la charge »²⁶.

13. Un dernier élément contextuel doit être rappelé : il s'agit de l'exceptionnelle mobilisation citoyenne sur la question climatique dans les derniers mois de 2018 et au début de l'année 2019. 75 000 personnes, selon les organisateurs, manifestent dans les rues de Bruxelles le 2 décembre 2018 ; 70 000 défilent à nouveau le 27 janvier 2019. Lors de cette dernière manifestation, une revendication se démarque dans les interventions : la demande d'adoption d'une « loi climat », présentée comme un « premier pas nécessaire » dans le contexte belge²⁷. Cette pression citoyenne en faveur d'avancées institutionnelles en matière climatique a encouragé le développement d'initiatives sur les questions de gouvernance et a renforcé la portée des conclusions dégagées dans les séminaires précités, alors que de nombreux scientifiques, toutes disciplines confondues, s'engagent dans le débat public sur cette question. Le 31 janvier 2019 est publiée

²⁴ Dialogue sur la « gouvernance climatique en Belgique », principales conclusions, comprenant des propositions concrètes pour améliorer la gouvernance climatique dans une Belgique fédérale, 27 novembre 2018, pp. 2 et s., disponible en ligne : sur https://climat.be/doc/Conclusions_principales_Dialogue_Gouvernance_climat.pdf.

²⁵ *Ibid.*, p. 2.

²⁶ *Ibid.*, pp. 2-3.

²⁷ Cette demande, ponctuée d'actions de désobéissance civile qui marquent les esprits, est formulée comme suit : « Pas de loi climat, pas de rue de la loi / Geen Klimaatwet ? Geen Wetstraat ! », disponible en ligne sur : <http://actforclimatejustice.be/geen-klimaatwet-pas-de-rue-de-la-loi/>.

²³ Rapport 2019 pour la Belgique, Communication de la Commission européenne, 27 février 2019, SWD(2018) 200 final, p. 67.



une lettre ouverte de 3 455 scientifiques affiliés à des universités, hautes écoles et instituts scientifiques belges, appelant à une action politique sans délai²⁸.

C. LA PROPOSITION ACADÉMIQUE DE LOI SPÉCIALE « CLIMAT »

14. Dans ce *momentum* de la question climatique, les juristes Delphine Misonne, Luc Lavrysen, Mathias El Berhoumi, Charles-Hubert Born, Carole M. Billiet, Jan Theunis, Dries Van Eeckhoutte, Hendrik Schoukens, Sophie Seys, Louis Triaille et Célia Nennen passent du « droit dans les livres » au « droit en action » : ils rédigent une proposition de loi spéciale « climat », partant des conclusions des séminaires susmentionnés.

La proposition est présentée à la presse le 1^{er} février 2019, avec une invitation au monde politique à s'en saisir. Si l'implication de chercheurs dans l'élaboration législative et réglementaire n'est pas inédite²⁹, cette initiative académique marquera les esprits, par la transparence de la démarche, la communication menée autour de la proposition et l'engagement assumé des rédacteurs de cette proposition, issus d'universités des quatre coins du pays³⁰.

15. Nous rappelons ici les aspects de cette proposition de loi qui feront l'objet d'une analyse soutenue ci-dessous.

Article 2 : Objectif de la loi spéciale. La proposition tend à développer un cadre institutionnel visant à l'amélioration de la gouvernance climatique en Belgique. Elle « définit des objectifs globaux en matière climatique » et « la manière dont l'autorité fédérale, les communautés et les régions coordonnent leurs compétences, afin de garantir l'efficacité des politiques ».

Article 3 : Principes-clés. La proposition rappelle que la politique climatique doit être ambitieuse, cohérente, soutenue et reposer sur

la science. Elle prévoit le principe de l'évaluation préalable des incidences sur le climat et énumère les principes généraux applicables en matière environnementale ainsi que les autres principes qui doivent modeler la politique climatique.

Article 4 : Dialogue multiniveaux sur le climat. La proposition jette les bases d'un dialogue multiniveaux entre toutes les autorités et l'ensemble des composantes de la société sur la question climatique.

Articles 5 et 6 : Objectifs climatiques globaux à moyen et long terme. La proposition académique fixe des objectifs chiffrés en matière climatique : la réduction des émissions de gaz à effet de serre d'au moins 95 % d'ici 2050 par rapport aux niveaux de 1990. Elle laisse par contre indéfinis les objectifs liés à la part des énergies renouvelables dans la consommation finale brute et à l'exigence d'amélioration de l'efficacité énergétique. Les académiques ont manifestement considéré que la définition de ces objectifs relevait d'une concertation entre les acteurs concernés³¹. *In fine*, le seul objectif qui a été fixé dans la proposition académique est la réduction des émissions de gaz à effet de serre de 95 % d'ici 2050. Ce seuil de réduction des émissions de gaz à effet de serre de 95 % correspond à la résolution *visant à repositionner la Belgique dans le débat climatique* adoptée par la Chambre des représentants le 20 décembre 2018³². Il est également à noter que la proposition formalise le principe d'une trajectoire linéaire de réduction des émissions au moyen d'objectifs intermédiaires. À nouveau, le *quantum* exact de ces objectifs intermédiaires est laissé à l'appréciation des parlementaires.

L'article 6 prévoit la possibilité de modifier les objectifs précités sous certaines conditions.

Articles 7 à 10 : Institutions de la politique climatique. La proposition formalise, institutionnalise et/ou renforce trois institutions dédiées à la question climatique : la Conférence interministérielle pour le climat, (chargée de l'adoption d'un

²⁸I. JANSSENS, S. VICCA et J. BLOEMEN *e.a.*, « Wetenschappers zetten belangrijkste feiten over de klimaatverandering op een rijtje », disponible en ligne sur : <https://www.demorgen.be/meningen/wetenschappers-zetten-belangrijkste-feiten-over-de-klimaatverandering-op-een-rijtje-b83cf0c8/>.

²⁹Elle est même très ancienne, comme en atteste, sur un tout autre thème, la contribution de Ph. Bouvier dans le présent numéro de cette revue (*supra*, pp. 255 et s.).

³⁰Le récit de ce cheminement est documenté sur le blog « Les carnets du Centre d'Étude du Droit de l'Environnement Université Saint-Louis Bruxelles », disponible en ligne sur : <https://cedre.hypotheses.org/1744>.

³¹Commentaires de la Proposition de loi spéciale fixant les objectifs généraux de la politique climatique de la Belgique et portant coordination de la politique climatique de l'autorité fédérale, des Communautés et des Régions, disponible en ligne sur : <https://f.hypotheses.org/wp-content/blogs.dir/3804/files/2019/02/TraductionMVT.pdf>, p. 12.

³²Résolution du 20 décembre 2018 visant à repositionner la Belgique dans le débat climatique, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2014-2019, n° 54 3416/008, p. 2.



Plan national intégré Energie-Climat et de son actualisation), une Agence interfédérale, et une Commission interparlementaire sur le Climat³³. Elle innove en créant un Comité permanent d'experts indépendants pour le climat.

Articles 11 à 17 : Processus d'élaboration du Plan national en matière d'énergie et du climat (PNEC). La proposition formalise également le processus d'élaboration du PNEC belge en vue de respecter les obligations découlant du Règlement européen « Gouvernance ».

16. Les auteurs et autrices de la proposition académique proposent de passer par le mécanisme d'une loi spéciale, qui serait adoptée à la majorité prévue par l'article 4, dernier alinéa, de la Constitution. Dans « l'exposé des motifs académique », le choix d'une loi spéciale est justifié en ces termes : « *la présente proposition indique comment l'autorité fédérale, les Communautés et les Régions doivent exercer les matières relevant de leur compétence, une loi à majorité spéciale est l'instrument le plus approprié. Une loi à majorité spéciale a également l'avantage d'être de nature semi-constitutionnelle (ce qui est conforme à l'objectif de la proposition, voir ci-dessous) et d'avoir, en tant qu'instrument juridique, une transparence et une clarté sensiblement accrues vis-à-vis des citoyens et des autres autorités, par rapport à un accord de coopération, par exemple* »³⁴.

La rédaction d'un accord de coopération est une option qui a été écartée en raison du « (...) manque de visibilité d'un tel instrument » qui « *n'est pas de nature à provoquer la transformation sociale souhaitée* », de l'inefficacité de l'accord en vigueur depuis plus de quinze ans, de la lourdeur de la création d'un accord de coopération (qui implique une négociation entre tous les exécutifs et ensuite un assentiment de chaque assemblée parlementaire), de « *l'incertitude quant à la place des accords de coopération dans la hiérarchie des normes* » et enfin du « *manque de*

clarté quant à la manière de contester » la non-application des accords de coopération³⁵.

La compétence du législateur spécial se justifie, selon les auteurs de la proposition, dans un contexte de compétences partagées, par le fait que, au-delà de l'identification et de la précision des matières qui relèvent des Communautés ou des Régions, « *[le] législateur spécial peut également déterminer le mode selon lequel les Régions, les Communautés et l'autorité fédérale doivent exercer leurs compétences* ». Pour les Régions, l'article 39 de la Constitution dispose que la loi adoptée à la majorité spéciale fixe le mode selon lequel les matières régionales sont réglées. Les articles 127 et 128 ne contiennent pas la même formule, mais, selon les auteurs de la proposition de loi spéciale, le même principe s'applique aux Communautés, ainsi qu'il ressort de nombreuses dispositions spécifiques adoptées par ou en vertu de la Constitution (par exemple, les articles 127, § 1^{er}, alinéa 2, et 128, § 1^{er}, alinéa 2, de la Constitution, l'article 5, § 1^{er}, I, alinéa 1^{er}, 7^o, alinéas 3 et suivants, l'article 6, § 1^{er}, XII, 4^o et 6^o, titre IVbis, LSRI)³⁶. Ils soulignent que « *de manière plus générale, les diverses modalités du fédéralisme de coopération (article 92bis LSRI) relèvent des compétences du législateur spécial [...]* » et que la loi spéciale proposée « *se limite, en ce qui concerne les Régions, à déterminer, comme le prévoit l'article 39 de la Constitution, les modalités de leur exercice* »³⁷.

D. L'APPROPRIATION DE LA PROPOSITION ACADÉMIQUE PAR LES PARLEMENTAIRES

17. La proposition académique va rencontrer un franc succès. Deux propositions parlementaires de lois spéciales seront rapidement déposées sur le bureau de la Chambre des représentants, le 6 février 2019^{38,39}.

³⁵ *Ibid.*, pp. 3-4.

³⁶ *Ibid.*, p. 4.

³⁷ *Ibid.*, p. 4.

³⁸ Proposition de loi spéciale coordonnant la politique de l'autorité fédérale, des Communautés et des Régions en matière de changements climatiques et fixant des objectifs généraux à long terme (déposée par M. Jean-Marc Nolle et Mme Meyrem Almaci et consorts du 6 février 2019, *Doc. parl. Ch.*, sess. 2014-2019, DOC 54 n° 3517/001).

³⁹ Proposition de loi spéciale portant coordination de la politique de l'autorité fédérale, des communautés et des régions à l'égard du changement climatique et fixant ses objectifs globaux à long terme (déposée par MM. Raoul Hedebeuw et Marco Van Hees, *Doc. parl. Ch.*, sess. 2014-2019, DOC 54 n° 3520/001).



Ces deux propositions parlementaires déploient la proposition des académiques dans des sens différents. La première reprend l'objectif d'une réduction des émissions de gaz à effet de serre en Belgique « *d'au moins 95 % d'ici 2050 par rapport aux niveaux de 1990* ». Elle détermine comme suit les deux autres objectifs climatiques globaux à moyen et long terme : « *porter la part des énergies renouvelables dans la consommation finale brute en Belgique à 100 % en 2050* » et « *réaliser l'exigence d'amélioration de l'efficacité énergétique en Belgique d'au moins 53 % d'ici 2050* ». La deuxième établit comme objectif, dans son article 6, § 1^{er}, 1^o, la réduction « *de gaz à effet de serre en Belgique d'au moins 65 % d'ici 2050 par rapport aux niveaux de 1990* », un objectif moins ambitieux. Cette proposition est alignée sur la première pour ce qui concerne les deux autres objectifs à moyen et long terme⁴⁰. Au plan du dispositif, la principale différence entre ces deux propositions concerne les seuils de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Quant aux exposés des motifs des deux propositions de lois, ils diffèrent en ce que le premier est davantage axé sur l'amélioration de la structure institutionnelle pour faire face au défi climatique, tout en abordant les questions de justice environnementale et sociale, quand le second consacre d'amples développements à la question du partage de la charge de la transition.

Le 12 février 2019, les autrices et auteurs de la proposition académique sont auditionnés par les députées et députés – ainsi que, chose exceptionnelle, par quelques membres du Sénat⁴¹. Ils insistent sur les possibilités d'amélioration du texte, et défendent la voie de la loi spéciale⁴².

E. LA COMMUNAUTARISATION DU DOSSIER CLIMATIQUE

18. Assez rapidement, le dossier prend une tournure communautaire. Alors que, à l'except-

tion du MR⁴³, les partis francophones déclarent soutenir l'une ou l'autre proposition de loi, la NVA et l'Open VLD⁴⁴ expriment rapidement des réticences par rapport au texte. Le CD&V⁴⁵ les rejoindra dans leurs doutes, alors que le MR se rallie finalement à la majorité francophone⁴⁶. Ainsi, les deux propositions parlementaires sont co-signées par la totalité des groupes politiques francophones ; seuls Groen et le sp.a les soutiennent du côté néerlandophone.

F. LE RENVOI POUR AVIS À LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

19. Le 8 février 2019, à la suite d'une décision prise en conférence des présidents, le président de la Chambre des représentants (Siegfried Bracke, N-VA) invite la section de législation du Conseil d'État à communiquer un avis sur les propositions de loi spéciale.

20. Cette saisine appelle deux observations. Premièrement, elle était facultative, dès lors qu'il s'agit de propositions de loi. Le président d'une assemblée législative peut demander l'avis de la section de législation du Conseil d'État, soit d'initiative, soit à la demande d'une des commissions de l'assemblée. Il est tenu de demander pareil avis si un tiers des membres de l'assemblée soutient cette demande, dans le cas où la majorité des membres d'une commission ou encore lorsque la majorité des membres d'un groupe linguistique en fait la demande⁴⁷. Le délai dans lequel l'avis doit être rendu par le Conseil d'État est d'au minimum cinq jours ouvrables, et est déterminé par le président de l'assemblée⁴⁸. Deuxièmement, il n'est pas inutile non plus de rappeler ici que la saisine du Conseil d'État constitue une technique classique d'obstruction parlementaire : « *[la] demande d'avis au Conseil d'État constitue une manœuvre dilatoire particulièrement efficace, et*

⁴³ Il est à noter que le MR était le seul parti francophone en place au sein du Gouvernement fédéral.

⁴⁴ L'Open VLD était aussi membre du Gouvernement fédéral. La NVA n'y était certes plus depuis décembre 2018, mais elle ne pratiquait pas une opposition tous azimuts au Gouvernement fédéral.

⁴⁵ Le CD&V était aussi membre du Gouvernement fédéral.

⁴⁶ Fr. ROHART « Le MR se rallie à la loi climat mais ne la sauve pas », disponible en ligne sur : <https://www.lecho.be/economie-politique/belgique/federal/le-mr-se-rallie-a-la-loi-climat-mais-ne-la-sauve-pas/10110645.html>.

⁴⁷ Voy. art. 2 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

⁴⁸ Voy. art. 98, § 2, du règlement de la Chambre des représentants et art. 84 et suivants des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

⁴⁰ Art. 6, § 1^{er}.

⁴¹ Voy. Compte rendu intégral, Commission spéciale Climat et développement durable, 12 février 2019, sess. 2014-2019, CRIV 54 COM 1032, p. 1. Les sénateurs sont autorisés à assister à l'audition mais ne peuvent prendre la parole.

⁴² *Ibid.*, not. pp. 7 et 11.



cela d'autant que l'opposition peut demander l'envoi de ses propres amendements au Conseil d'État »⁴⁹. Si la demande d'avis n'est pas suspensive des travaux en commission, cette dernière ne peut conclure ses travaux qu'après avoir obtenu l'avis de la section de législation. Comme le soulignent Mathias El Berhoumi et John Pitseys, « *[e]n séance plénière, l'examen des dispositions faisant l'objet de la demande d'avis est suspendu. Dans cette suspension des travaux réside l'intérêt tactique de la demande d'avis au Conseil d'État. En outre, d'un avis de la section de législation, les parlementaires de l'opposition peuvent puiser des arguments supplémentaires pour critiquer la politique de la majorité* »⁵⁰. En l'espèce, l'avis a été utilisé comme un argument supplémentaire, de poids, pour contester les propositions de loi spéciale climat, permettant à ses opposants de se positionner sur le terrain de la constitutionnalité⁵¹.

21. On peut également d'ores et déjà constater que les conclusions de l'avis rendu par la section de législation du Conseil d'État semblent avoir convaincu une majorité de parlementaires de préférer une révision de l'article 7bis de la Constitution. Cette révision sera néanmoins rejetée en séance plénière du 28 mars 2020⁵².

II. L'AVIS DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

22. L'avis du Conseil d'État rendu le 4 mars 2019⁵³ présente trois particularités. *Primo*, à la date de la demande d'avis, la législature touche à son terme, ce qui implique un surcroît de travail pour le 33 rue de la Science. Les avis ont néanmoins été rendus en Assemblée générale dans un délai de trente jours, prorogés à quarante-cinq jours sur pied de l'article 84, § 1^{er}, al. 1^{er}, 2^o des

lois sur le Conseil d'État coordonnées le 12 janvier 1973. *Deuxio*, le dossier n'a pas été renvoyé au Comité de concertation, alors que la section de législation a constaté un excès de compétence du législateur spécial, ce qui est, certes, conforme à la pratique, mais n'en reste pas moins problématique au regard de la lettre des lois coordonnées sur le Conseil d'État⁵⁴. *Tertio*, alors que l'avis ne peut porter que sur les propositions de loi déposées par des parlementaires, la question du statut de la proposition académique de loi spéciale s'est avérée particulièrement délicate, de même que celle de la portée à conférer aux « développements » académiques rédigés par après, et qui n'avaient pas été intégrés aux propositions parlementaires au stade de leur dépôt. La section de législation décide d'intégrer ces documents à son analyse. Elle indique ainsi, en préambule, que « *[l]es deux propositions trouvent leur origine dans la proposition de loi [...] rédigée par des universitaires de différentes facultés belges, et qui a été exposée le 12 février 2019 lors d'une audition à la Chambre des représentants. Dès lors que, dans leurs réponses aux questions posées par les auditeurs rapporteurs, les auteurs principaux des deux propositions, qui ont été désignés comme délégués, ont fait expressément référence aux développements relatifs à la proposition citée, l'examen a également porté sur ceux-ci* »⁵⁵. L'avis de la section de législation fait ainsi référence à la proposition académique (et à ses développements) plus d'une dizaine de fois.

23. Dans les lignes qui suivent, nous proposons de lire l'avis de la section de législation dans une perspective analytique⁵⁶. Dans cette perspective, nous distinguerons le plan du droit positif, celui des discours sur le droit, et celui de l'analyse scientifique. La méthode analytique invite, en effet à « *éviter l'essentialisme qui sous-tend parfois les conceptualisations opérées par*

⁴⁹ M. EL BERHOUMI et J. PITSEYS, « L'obstruction parlementaire en Belgique », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 4, 2016, n° 2289-2290, p. 37.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 37.

⁵¹ Voy. not. : M. DE MUELENAERE, « Le ciel se plombe pour la loi spéciale climat », *Le Soir*, 8 mars 2019.

⁵² La proposition de révision de l'article 7bis de la Constitution a certes été approuvée par 76 parlementaires (contre 66 votes en défaveur du texte et zéro abstention). Cette majorité simple n'était toutefois pas suffisante en raison de la nécessité d'une majorité de deux tiers pour la révision de la Constitution ; en conséquence, la proposition de révision de l'article 7bis de la Constitution a été rejetée. Voy. Compte-rendu intégral, séance plénière du 28 mars 2019 (soir), *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2018-2019, CRIV 54 PLEN 278, p. 80.

⁵³ Avis n°s 65.404/AG et 65.405/AG du 4 mars 2019, ci-après : Avis commenté.

⁵⁴ Selon l'article 3, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, « [I] orsque, selon l'avis de la section de législation, un avant-projet ou une proposition de loi, de décret ou d'ordonnance, ainsi qu'un amendement ou un projet d'amendement excède, selon le cas, la compétence de l'État, de la Communauté ou de la Région, cet avant-projet, cette proposition ou cet amendement sont renvoyés au Comité de concertation », qui doit donner, en endéans les quarante jours, un avis motivé sur la question de savoir s'il y a excès de compétence.

⁵⁵ Avis commenté, p. 25.

⁵⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016, p. 135, n° 207.



les juristes [...] »⁵⁷. L'usage de cette méthode implique également le recours à une forme de logique, et à un raisonnement axé sur l'analyse de la cohérence des discours tenus sur le droit, des interprétations et des arguments juridiques invoqués dans ces discours⁵⁸. C'est à partir de cette analyse que nous pouvons construire une critique des arguments avancés par la section de législation du Conseil d'État.

24. Nous déployons cette démarche analytique à chaque étape du raisonnement de la section de législation au Conseil d'État. La section de législation constate d'abord le partage des compétences en matière climatique dans l'État fédéral belge (A). Elle ne développe par contre pas les importantes obligations européennes et internationales, qui s'imposent à l'État belge dans son ensemble, et notamment au législateur spécial (B). Ensuite, la section de législation aborde la question des conditions d'intervention du législateur spécial. Elle estime que l'intervention de ce législateur est subordonnée à la nécessité d'une habilitation constitutionnelle expresse, qui est située, en l'espèce, dans les articles 39, 127 et 128 de la Constitution (C). La section de législation traite enfin de la portée des compétences du législateur spécial. Elle exclut que ce législateur, en déterminant les compétences des entités fédérées et de l'autorité fédérale, puisse déterminer des principes ou des objectifs que les différents législateurs doivent respecter (D).

25. Notre analyse montre que plusieurs arguments juridiques peuvent être opposés, en droit, au raisonnement adopté par la section de législation et que l'approche formaliste de la loi spéciale revendiquée par celle-ci n'est pas toujours stable, ni cohérente.

A. LE CLIMAT : UNE COMPÉTENCE PARTAGÉE

26. La section de législation du Conseil d'État part d'un constat : la politique du climat n'est pas une compétence expressément attribuée à une ou plusieurs collectivités. Si le climat relève en premier lieu de la compétence des Régions au titre de l'article 6, § 1^{er}, II, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, il concerne éga-

lement d'autres matières attribuées aux Régions (au rang desquelles l'énergie et la mobilité) ou toujours dans le giron de l'autorité fédérale. Enfin, la section de législation indique à juste titre que les Communautés se sont vu attribuer des compétences touchant à la politique climatique. Il s'agit, par exemple, de la gestion des bâtiments et infrastructures dans les matières dévolues aux Communautés (institutions d'enseignement, culture, soins de santé,...). L'assemblée générale du Conseil d'État conclut dès lors que « *dans l'état actuel du droit constitutionnel, "le climat" ou "la politique en matière de changements climatiques" est une compétence partagée* »⁵⁹ entre les différentes entités du pays.

27. L'avis de la section de législation est aligné sur les observations de la doctrine unanime. Cette conclusion est cohérente avec les dispositions répartissant les compétences dans l'État fédéral belge ainsi qu'avec la nature transversale de l'enjeu climatique, ainsi qu'on l'a évoqué ci-dessus.

B. LE LÉGISLATEUR SPÉCIAL ET LES OBLIGATIONS EUROPÉENNES ET INTERNATIONALES EN MATIÈRE CLIMATIQUE

1. *L'absence d'analyse approfondie de l'imbrication des compétences européennes et nationales en matière climatique et de ses conséquences*

28. L'analyse de la répartition des compétences en matière de politique climatique en droit constitutionnel belge s'arrête au constat du caractère partagé des compétences liées au climat dans l'État fédéral belge. L'assemblée générale ne complète son étude, ni d'un rappel de l'imbrication des compétences en matière de réchauffement climatique entre l'État belge et l'Union européenne, ni d'une analyse de la répartition des compétences entre Union européenne et États membres.

Pourtant, la section de législation constate que l'objectif de la proposition de loi spéciale est de « *contribuer au respect des obligations des autorités belges en matière climatique, telles qu'elles sont inscrites dans les textes internationaux et*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*, p. 143.

⁵⁹ Avis commenté, point 2.1.



européens qui y sont énumérés et à donner exécution au règlement (UE) 2018/1999 »⁶⁰. Elle observe également que le deuxième paragraphe des propositions de loi, qui définit les objectifs climatiques globaux à long et moyen terme « fixe quatre objectifs intermédiaires, les objectifs définis aux points 1° et 3° étant au demeurant plus stricts que ceux inscrits à l'article 2, 11), du règlement (UE) 2018/1999 du Parlement européen et du Conseil "objectifs spécifiques de l'Union pour 2030 en matière d'énergie et de climat" »⁶¹.

Mais ces constatations ne sont pas suivies de développements sur l'incidence du droit de l'Union européenne sur la répartition des compétences en droit belge. En particulier, l'assemblée générale n'analyse pas les obligations de l'État belge en matière climatique qui sont imposées par le droit de l'Union européenne et par les traités auxquels la Belgique est partie.

29. Or, il est déjà arrivé que la section de législation consacre des développements plus substantiels aux exigences européennes dans son interprétation de la répartition des compétences en Belgique. Dans certains cas, cette analyse de l'imbrication des compétences nationales et européennes l'a amenée à conclure à une obligation de coopération, qui peut prendre la forme soit d'un accord de coopération soit d'une modification de lois spéciales. Dans un avis n° 33.255/4, rendu en matière de télécommunications, la section de législation constate l'imbrication du droit européen et du droit national⁶², d'une part, et l'évolution dans l'appréhension des télécommunications et de l'audiovisuel, d'autre part⁶³. Après avoir posé le constat de l'impossibilité d'un règlement différencié de compétences, la section de législation appelle, soit à une intervention du législateur « statuant à la majorité spéciale » pour « prévoir une répartition des compétences qui, à l'instar de la réglementation européenne, distinguerait la transmission des communications électroniques du contenu de celles-ci » soit à la conclusion préalable d'un accord de coopération⁶⁴. Dans le même domaine, la section de législation a souligné, dans un avis ultérieur rendu sur une propo-

sition de loi spéciale, et dans le sillage d'arrêts de la Cour constitutionnelle appelant à l'organisation d'une coopération⁶⁵, que cette coopération peut emprunter la voie de la conclusion d'un accord de coopération visé à l'article 92bis de la LSRI, ou peut être réalisée « en s'assurant simplement que la réglementation soit prise d'un commun accord entre les autorités compétentes »⁶⁶. La section de législation du Conseil d'État estime dans cet avis de 2008 qu'il revient au législateur spécial de déterminer « si, pour atteindre plus sûrement les objectifs de cohérence et d'efficacité qu'ils se sont assignés, il ne conviendrait pas de régler la répartition des compétences en matière de radio-diffusion et de télécommunications [...] »⁶⁷.

Il est donc arrivé, dans certains domaines, que la section de législation déduise du droit européen et international une obligation d'exercer les compétences en coopération, soit dans le cadre d'un accord de coopération, soit par l'intervention du législateur spécial⁶⁸. La section de législation a déjà également eu l'occasion d'interpréter des propositions de loi spéciale à la lumière du droit européen⁶⁹.

30. La Cour constitutionnelle utilise aussi, dans certains cas, le droit européen comme un outil d'interprétation du fédéralisme belge⁷⁰. Ainsi, comme Stef Feyen a pu le souligner, « sometimes European law functions as a tool in order to further construe the requirements of Belgian law, at least from the viewpoint of the Constitutional Court »⁷¹. Par exemple, la Cour constitutionnelle interprète la notion d'union économique et monétaire à la lumière de sa définition en droit communautaire. La Cour « extrapolated European considerations, which normally play between member states, to the federated entities as such, and explicitly relied on European law to justify

⁶⁰ Avis commenté, point 1.2.1.

⁶¹ Avis commenté, point 2.9.

⁶² Avis n° 33.255/4, 5 juin 2002, p. 5.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ C. const., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.6.2 ; C. const., 13 juillet 2005, n° 128/2005, B.6.2 ; C. const., 8 novembre 2006, n° 163/2006, B.3.1.

⁶⁶ Avis n° 44.243/AG, 10 avril 2008, p. 75.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 75-76.

⁶⁸ Voy. dans le domaine des communications électroniques : avis n° 50.003/4, 26 septembre 2001, p. 5.

⁶⁹ Avis n° 45.905/AG du 3 mars 2009, pp. 6-22.

⁷⁰ Voy. pour de plus amples développements sur la place du droit européen dans l'interprétation constitutionnelle : A. PASTOR, G. ROLLAND ET C. ROMAINVILLE, « Le partage des compétences et le droit européen et international », *op. cit.*, pp. 420 à 434 ; T. MOONEN, *De keuzes van het Grondwettelijk Hof*, Bruges, Die Keure, La Chartre, 2016, (en particulier Deel I. Argumenten van Buitenaf).

⁷¹ S. FEYEN, *Beyond Federal Dogmatics. The Influence of EU law on Belgian Constitutional Case Law Regarding Federalism*, Leuven, Leuven University Press, 2013, pp. 209-210.



this operation »⁷². Dans les affaires relatives à l'encadrement des gaz à effet de serre émis par les activités aéronautiques, la Cour estime également que « [...] en l'espèce, les compétences de l'État fédéral et des régions sont devenues à ce point imbriquées, par suite, d'une part, de la nécessité en droit européen de n'avoir qu'une seule autorité responsable par exploitant d'aéronef et, d'autre part, de la nature principalement transrégionale des émissions causées pendant l'intégralité de leur vol par des aéronefs qui atterrissent dans une région ou qui en décollent, qu'elles ne peuvent plus être exercées que dans le cadre d'une coopération »⁷³.

2. Le législateur spécial et le respect du droit européen et international

31. De manière générale, « le droit de l'Union européenne constitue une ressource [...] pour apprécier la répartition des compétences au plan interne », dont la fréquence d'utilisation, comme sa portée éventuellement centripète et son impact, restent instables⁷⁴. S'agissant des propositions de loi spéciale climat, on doit constater que la section de législation n'exploite pas cette ressource interprétative, qui aurait mis en lumière des obligations et objectifs déterminés au plan européen ainsi que la nécessité d'une coopération renforcée.

L'absence de rappel du contexte normatif européen et international a probablement infléchi l'analyse des propositions de loi spéciale. En effet, si la section de législation avait d'emblée rappelé le contexte normatif multiniveaux en matière climatique, elle aurait sans doute été amenée à confronter de façon plus nette le défi que représente la gouvernance climatique en Belgique aux obligations européennes et internationales. Elle aurait pu également considérer que le législateur spécial, comme tous les autres législateurs, est tenu, dans son domaine de compétences, au respect du droit européen et international.

⁷² *Ibid.*, p. 211.

⁷³ C. const. 2 mars 2011, n° 33/2011, B.10.2. et C. const., 12 juin 2012, n° 76/2012, B.9.1 et B.9.2.

⁷⁴ A. PASTOR, G. ROLLAND ET C. ROMAINVILLE, « Le partage des compétences et le droit européen et international », *op. cit.*, p. 433.

C. LE DOMAINE DE LA LOI SPÉCIALE : LA NÉCESSITÉ D'UNE HABILITATION CONSTITUTIONNELLE EXPRESSE

32. Après avoir vidé la question de la répartition des compétences, la section de législation analyse les conditions de l'intervention du législateur spécial. Elle privilégie une approche formelle et formaliste. Elle analyse les textes des propositions de manière décontextualisée, en postulant une seule signification proprement juridique dégagée de son environnement. Cette méthode d'interprétation, pourtant, n'est pas toujours privilégiée dans la jurisprudence du Conseil d'État relative à la compétence du législateur spécial ; en outre, la justification de la mobilisation de pareille méthode n'est pas aussi évidente qu'il n'y paraît.

1. L'approche matérielle et contextualisée de la loi spéciale des auteurs des propositions de lois

33. Les auteurs et autrices des propositions de loi spéciale suggéraient une approche matérielle de la loi spéciale, contextualisée. L'article 3 des deux propositions dispose qu'« [e]n application des articles 7bis et 23 de la Constitution, la présente loi définit les objectifs globaux de la Belgique en matière de politique climatique et la manière dont l'autorité fédérale, les Communautés et les Régions coordonnent leurs compétences, afin de garantir l'efficacité des politiques ». Les deux dispositions précitées font référence aux objectifs d'un développement durable, dans ses dimensions sociale, économique et environnementale, en tenant compte de la solidarité entre les générations, ainsi qu'au droit à la protection d'un environnement sain.

Les développements de la proposition académique se réfèrent quant à eux non seulement à ces dispositions, mais aussi spécifiquement aux dispositions constitutionnelles qui fondent les transferts de compétences aux Régions et aux Communautés, c'est-à-dire aux articles 39, 127 et 128 de la Constitution.

34. Les propositions de loi spéciale reposent ainsi sur une conception matérielle de la loi spéciale. Leurs rédacteurs et rédactrices paraissent considérer que la base constitutionnelle permettant l'adoption d'une loi spéciale peut être recherchée ailleurs que dans les règles de répartition de compétences, d'une part, et qu'elle peut aussi être identifiée dans une disposition constitution-



nelle qui ne renvoie pas expressément à l'intervention du législateur spécial, d'autre part. Dans cette perspective matérielle, le législateur spécial pourrait agir lorsque la mise en œuvre d'une disposition constitutionnelle nécessite de poser un cadre d'action ou de déterminer un mode d'exercice des différentes compétences. Cette approche matérielle de la loi spéciale impliquerait que ces lois ne se définissent pas (uniquement) par leurs caractéristiques formelles mais par un certain contenu : le législateur spécial aurait ainsi un domaine naturel d'intervention.

2. L'approche formaliste de la section de législation : le domaine d'attribution du législateur spécial

35. La section de législation considère, quant à elle, qu' « [il] ressort des deux propositions que leurs auteurs veulent recourir au procédé de la loi votée à la majorité spéciale. Même si l'article 3 des deux propositions dispose que les propositions sont prises "[e]n application des articles 7bis et 23 de la Constitution", les deux auteurs principaux des propositions, se référant aux développements de la proposition académique relative à la loi spéciale climat, ont néanmoins souligné que le fondement constitutionnel des propositions de loi spéciale ne figure pas dans ces dispositions, mais dans les articles 39, 127, § 1^{er}, et 128, § 1^{er}, de la Constitution »⁷⁵.

La section de législation considère donc, implicitement, mais certainement, que les articles 7bis et 23 de la Constitution ne peuvent servir de fondement à l'adoption d'une loi spéciale en ce que ces dispositions constitutionnelles ne renvoient pas expressément à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, de la Constitution. De la sorte, la section de législation développe une conception formelle de la loi spéciale, qui implique que le domaine du législateur spécial est d'attribution et est délimité par l'existence d'une habilitation constitutionnelle expresse.

La section de législation aurait pu s'arrêter à ce stade du raisonnement, et considérer que les fondements constitutionnels invoqués initialement par les auteurs des deux propositions de lois étaient insuffisants pour justifier l'intervention du

législateur spécial. Elle préfère opérer un détour par les développements de la proposition de loi académique pour reconstruire un fondement aux deux propositions de loi spéciale, qu'elle situe dans les articles 39, 127, § 1^{er}, et 128, § 1^{er}, de la Constitution.

3. La détermination du domaine d'intervention du législateur spécial dans la Constitution

36. Hormis la description précise des majorités renforcées requises pour l'adoption des lois spéciales dans le dernier alinéa de l'article 4 de la Constitution, cette dernière ne contient aucune indication sur le domaine d'intervention du législateur spécial, ni sur le statut de ces lois. Malgré l'importance des lois spéciales dans l'ordre juridique belge, la Constitution ignore même les termes « lois spéciale » ou « législateur spécial ». Le Constituant s'est en effet contenté de références à une loi « adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa » lorsqu'il a souhaité faire intervenir le législateur spécial.

37. La Constitution ne règle pas non plus *expressis verbis* la question des relations entre Constituant et législateur spécial : « *nergens is immers bepaald wat de grondwetgever zelf moet regelen en wat hij aan de (bijzondere) wetgever mag overlaten* »⁷⁶. Elle n'envisage pas davantage celle des relations entre législateur ordinaire et législateur spécial.

38. En l'absence de disposition générale et transversale réglant le domaine d'intervention du législateur spécial, la doctrine postule que ce dernier ne peut intervenir qu'au terme d'une habilitation expresse du Constituant. Ainsi, « *de gewone wet is immers volgens de Grondwet de algemene regel, de bijzondere meerderheidswet de uitzondering die slechts geldt in de door de Grondwet limitatief opgesomde gevallen* »⁷⁷. Francis Delpérée écrit aussi que « *à la différence de la*

⁷⁵ Avis commenté, point 2.2.

⁷⁶ J. VELAERS, *De Grondwet – een artikelsgewijze commentaar*, Deel I, Brugge, Die Keure, 2019, p. 108. Voy. aussi : K. REYBROUCK et S. SOT-TIAUX, *De federale bevoegheden*, Intersentia, Antwerpen, 2019, p. 109. De manière générale, Hugues Dumont constate que la Constitution reste en défaut d'élaborer une théorie des sources, alors qu'il s'agit pourtant d'une des fonctions traditionnellement assignées aux normes constitutionnelles (H. DUMONT, « La Constitution source des sources, tantôt renforcée, tantôt débordée », in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, FR. OST ET M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, *Théorie des sources du droit*, Limal, Anthemis, 2013, p. 143).

⁷⁷ A. ALEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Meche-len, Kluwer, 2011, p. 332.



loi ordinaire, la loi spéciale se voit assigner par la Constitution un domaine exclusif, certes, mais aussi limitatif de compétences »⁷⁸. L'attribution de ces compétences n'étant pas réglée par une disposition générale qui préciserait les domaines du législateur spécial, chaque attribution au législateur spécial procède d'une décision particulière du Constituant. « Il n'y a donc pas de question qui relève, par nature, du législateur spécial »⁷⁹, écrivent Isabelle Hachez et Delphine Neven⁸⁰.

Cette analyse doctrinale du domaine d'intervention du législateur spécial comme étant balisé par la nécessité d'une habilitation constitutionnelle expresse n'empêche pas les autrices et auteurs d'enrichir leur analyse des lois spéciales du point de vue formel d'une approche matérielle. Ainsi, au vu des différents domaines attribués par le Constituant au législateur spécial, la doctrine constate que les dispositions législatives spéciales constituent « très fréquemment, par leur objet, [des normes] matériellement constitutionnelles »⁸¹ ou encore « [qu'elles] sont souvent, à bon droit, qualifiées de lois quasi-constitutionnelles »⁸². La doctrine estime que le législateur spécial est celui qui intervient pour déterminer les matières qui relèvent de la compétence des régions et des communautés ; définir ces matières ; fixer les formes de coopération ; fixer le mode d'exercice des compétences transférées. Il est souvent souligné que l'attribution d'une matière au législateur spécial procède du souci de garantir un « large consensus entre les deux grandes communautés du pays »⁸³.

Ces entreprises de systématisation et d'analyse matérielle des lois spéciales n'aboutissent pas à la reconnaissance d'un domaine de compétence naturel du législateur spécial, dans lequel il pourrait décider d'intervenir sans fondement consti-

tutionnel exprès. À la différence des auteurs de la proposition initiale de loi spéciale, la doctrine exclut l'intervention du législateur spécial sans habilitation constitutionnelle expresse.

Par ailleurs, nous n'avons pas trouvé d'auteur défendant la thèse d'une liberté souveraine de choix du législateur fédéral, entre la procédure simple ou la procédure spéciale, ou même évoquant cette thèse. Cette approche paraît implicitement être rejetée par la doctrine.

4. La justification de l'exigence d'un fondement constitutionnel exprès

39. La justification de l'idée selon laquelle le domaine d'intervention du législateur spécial est d'attribution paraît reposer sur deux ordres de considérations.

Premièrement, au plan des principes, le domaine de la loi fédérale ordinaire peut être considéré comme étant illimité, alors que celui de la loi spéciale est d'attribution, parce que l'intervention du législateur spécial emporte une limitation de la marge de manœuvre de chaque majorité politique nouvellement sortie des urnes. La section de législation a ainsi considéré, à plusieurs reprises, que « dans le régime démocratique organisé par la Constitution, la majorité simple reste la règle, la majorité spéciale ou renforcée l'exception »⁸⁴. Ainsi, en matière électorale, la section de législation estime qu'il faut se garder d'une confusion des registres de la loi ordinaire et de la loi spéciale⁸⁵. Si nous comprenons bien cette justification au plan des principes, on ne peut manquer de constater qu'elle ne repose pas sur une disposition juridique expresse, ni en droit interne, ni en droit européen et international. En effet, comme Jan Velaers le souligne, il n'existe pas de règle juridique supranationale portant sur les majorités spéciales. La *soft law* est également assez peu fournie sur cette question⁸⁶. On peut

⁷⁸ F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 62, n° 45.

⁷⁹ I. HACHEZ et D. NEVEN, « Les lois spéciales : formellement infra-constitutionnelles et pourtant... », in P. TAILLON et M. VERDUSSEN, *La modification constitutionnelle dans tous ses états*, 2020, à paraître.

⁸⁰ Mais ces autrices notent néanmoins que « l'ordre juridique belge compte cependant certaines dispositions de lois spéciales dépourvues de fondement constitutionnel, comme si des questions pouvaient relever par nature du législateur spécial (*quod non*, on le rappelle, du point de vue du droit constitutionnel) » (*ibid.*, note de bas de page n° 16).

⁸¹ Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge – Fondements et institutions*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 97.

⁸² J. VELAERS, *De Grondwet – een artikelsgewijze commentaar*, op. cit., p. 61.

⁸³ I. HACHEZ et D. NEVEN, « Les lois spéciales : formellement infra-constitutionnelles et pourtant... », op. cit.

⁸⁴ Voy. not/ : avis n° 30.168/2 du 12 mai 2000, p. 3 ; avis n° 18. 757 /VR du 23 novembre 1988 ; avis n° 52.986/VR, n° 52.987/VR, n° 52.988/VR du 14 mars 2013, p. 21.

⁸⁵ Notons que la section de législation se montre également, à d'autres occasions, soucieuse de préserver le domaine d'intervention du législateur spécial. Cela vaut également lorsque des domaines sont confiés au législateur spécial, qu'il ne peut renvoyer au législateur ordinaire : « [...] en renvoyant à un accord de coopération ayant l'objet sus-indiqué, la proposition de loi spéciale subdélègue au législateur ordinaire le pouvoir que la Constitution a confié au législateur spécial au lieu de régler directement la question » (avis n° 21.727/A.G. du 16 septembre 1992, p. 4).

⁸⁶ J. VELAERS, *De Grondwet – een artikelsgewijze commentaar*, op. cit., p. 109.



simplement pointer, à la suite du même auteur, un avis rendu par la Commission de Venise le 18 juin 2011 sur la modification de la Constitution hongroise, qui prévoit qu'une série de décisions ne peuvent être adoptées qu'avec une majorité des deux tiers. La Commission estime que l'exigence de majorités renforcées n'est pas problématique pour les matières qui entretiennent un lien étroit avec la Constitution, mais bien pour les domaines comme la politique sociale, la politique fiscale ou familiale, qui doivent revenir au législateur ordinaire. Dans ces matières, « [...] un parlement doit posséder la marge de manœuvre nécessaire pour accompagner les grandes mutations et relever les défis nouveaux que rencontre une société. Le bon fonctionnement d'un système démocratique repose sur sa capacité d'évolution permanente. La multiplication des choix politiques placés hors d'atteinte de la majorité simple réduit la signification des élections futures et accroît les possibilités dont dispose une majorité des deux tiers pour verrouiller ses préférences politiques et l'ordre juridique national. L'article 3 du protocole n° 1 à la CEDH dispose que les élections doivent être organisées "dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif", ce qui n'a plus aucun sens si le législateur est privé de la possibilité de modifier la législation sur des points importants, pour des décisions qui relèvent en fait de la majorité simple »⁸⁷.

Deuxièmement, si aucune disposition constitutionnelle ne limite directement et expressément la possibilité pour le législateur fédéral d'adopter une loi à la majorité spéciale en dehors d'une habilitation constitutionnelle expresse, deux dispositions constitutionnelles pourraient être considérées comme s'opposant, indirectement, à un tel procédé. L'article 43 de la Constitution prévoit que les députés et les sénateurs sont « répartis en un groupe linguistique français et un groupe linguistique néerlandais », « [p]our les cas déterminés par la Constitution ». Il peut s'en déduire que ces groupes linguistiques ne peuvent être amenés à intervenir que lorsque la Constitution le pré-

voit expressément. L'article 53 de la Constitution renvoie quant à lui à la majorité absolue des suffrages pour l'adoption de « toute résolution » par les Chambres. Il est possible d'induire de ces dispositions l'idée selon laquelle la majorité simple est la règle et la majorité spéciale l'exception, qui doit être expressément aménagée par une disposition constitutionnelle.

40. En l'absence de théorie des sources et de clause générale gouvernant les lois spéciales dans le texte de la Constitution, on doit constater que la justification du principe selon lequel le domaine d'intervention du législateur spécial est d'attribution n'est qu'indirecte.

5. L'instabilité de l'approche formaliste des conditions d'intervention du législateur spécial

41. L'approche formelle et formaliste du domaine du législateur spécial n'est en outre pas parfaitement stable. D'une part, la section de législation a déjà eu l'occasion d'embrasser une conception matérielle de la loi spéciale. À l'occasion de l'examen du projet de loi spéciale relative aux institutions bruxelloises⁸⁸, la section de législation observe qu'« environ quarante pourcent du texte est [relatif] à l'organisation de l'élection des membres du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale ». Elle se pose « la question se pose de savoir s'il est indiqué de procéder de la sorte, et si le procédé peut se justifier du point de vue juridique ». Elle y répond par la négative en rappelant notamment que « la majorité spéciale prévue à l'article [4, dernier alinéa] de la Constitution a pour but d'assurer un large consensus aux règles institutionnelles qui visent à promouvoir l'équilibre et la bonne entente entre les Communautés et les Régions, ainsi que leur coexistence dynamique dans le cadre de l'État »⁸⁹. Écartant une approche purement formelle et formaliste de la problématique⁹⁰, elle considère que « l'exigence d'une majorité spéciale doit être limitée à des règles de cette nature ».

⁸⁸ C.E (Sect. législation), avis du 23 novembre 1988, *Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 514/1, pp. 61-62.

⁸⁹ Cet objectif constitue la *ratio legis* historique des lois spéciales dont l'origine remonte aux négociations intervenues au cours de la première réforme de l'État de 1968-1970. Pour un aperçu complet des origines historiques de la loi spéciale, voy. J. VELAERS, *De Grondwet – een artikelsgewijze commentaar*, *op. cit.*, pp. 104-107.

⁹⁰ Le prescrit de l'article 39 de la Constitution se limite en effet à évoquer la compétence du législateur spécial de régler la composition des assemblées régionales ; il pouvait servir de base pour fonder la compétence du législateur spécial de régler les élections de ces assemblées.



Dans cet avis, la section de législation opte pour une interprétation téléologique de la loi spéciale et paraît embrasser une approche matérielle.

42. D'autre part, dans la dynamique de « déconstitutionnalisation » des normes à valeur constitutionnelle⁹¹ (qui implique que certaines règles sont adoptées à la majorité spéciale alors qu'elles auraient dû être adoptées selon la procédure prévue à l'article 195 de la Constitution) l'idée selon laquelle le législateur spécial n'intervient que s'il y est expressément habilité par le Constituant a été plus d'une fois relativisée. Et, surtout, de manière plus générale, l'intervention du législateur spécial a déjà été admise en dehors d'une habilitation constitutionnelle expresse, voire dans des cas où l'intervention du législateur spécial était exclue par la Constitution.

Premièrement, on sait que l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 met en place la théorie des pouvoirs implicites. Pourtant, la Constitution établit un système de compétences exclusives. Elle n'a jamais habilité le législateur spécial à organiser un système de compétences implicites en complément du principe des compétences exclusives.

Deuxièmement, l'article 92bis de la même loi spéciale organise des modes de coopération pour les Régions et les Communautés. La Constitution habilite bien le législateur spécial à organiser la coopération entre les Communautés, dans ses articles 127 et 128. En revanche, l'article 39 de la Constitution ne fournit aucun fondement pour justifier la compétence du législateur spécial pour régler la coopération entre et avec les Régions. C'est donc au terme d'un raisonnement qui fait la part belle à l'implicite et à l'analogie – et qui est donc très peu formaliste – que la section de législation reconstruit la compétence du législateur spécial de régler la coopération avec et entre les Régions.

Troisièmement, la loi spéciale du 2 mai 1995 en matière de transparence des mandats énonce une série de règles encadrant l'exercice de mandats publics. Cette loi intègre dans son champ

d'application les mandats exécutifs locaux, suite à une modification intervenue en 2007 dans l'objectif de maintenir une forme d'harmonisation des règles de transparence malgré la régionalisation de la matière des pouvoirs locaux. Comme Anne-Sophie Bouvy et Pierre-Olivier de Broux le soulignent, sur ce point précis, cette loi spéciale ne puise aucun fondement dans la Constitution belge, laquelle se limite en réalité à conférer une compétence au législateur spécial pour régler « *les éléments essentiels de la composition et du fonctionnement des parlements et des gouvernements fédérés* »⁹².

Quatrièmement, a été déclarée constitutionnelle la loi spéciale du 13 mai 2001, qui a pourtant régionalisé la matière de l'organisation des communes et des provinces au mépris de l'article 162 de la Constitution. Cette disposition réservait à la « loi » cette organisation (premier alinéa) mais, surtout, limitait, en ses alinéas 3 et 4, adoptés après l'enclenchement de la fédéralisation de l'État belge, les hypothèses dans lesquelles le législateur spécial pouvait intervenir pour confier certains aspects de la matière aux entités fédérées. Étant donné ces modifications dans l'article 162, il était difficile de ne pas lire dans le premier alinéa de cette disposition, une réserve à la loi fédérale, et, dans ses troisième et quatrième alinéas, la délimitation des hypothèses dans lesquelles le législateur spécial pouvait intervenir. La section de législation du Conseil d'État constate d'ailleurs que « *l'argumentation développée par le gouvernement dans l'exposé des motifs, en vue de justifier la thèse selon laquelle une loi spéciale suffit pour régionaliser les lois organiques relatives aux pouvoirs locaux, n'est pas conciliable avec la position qu'a adoptée ces dernières années le Constituant, spécialement à propos de la révision de l'article 162 de la Constitution* »⁹³. Elle estime, au terme d'une analyse des différentes procédures de révision de l'article 162 que « *la thèse selon laquelle il existerait une possibilité de régionaliser la législation organique relative aux provinces et aux communes par une loi spéciale, sans révision préalable de la Constitution,*

⁹¹ Voy. sur cette dynamique : A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1995, p. 78 : « *Steeds meer en meer wordt beroep gedaan op de techniek van de bijzondere meerderheidswet om aan de strakke procedure van grondwetsherziening met haar automatische parlementsonbinding te ontsnappen (deconstitutionalisering)* » (I. HACHEZ et D. NEVEN, « Les lois spéciales : formellement infra-constitutionnelles et pourtant... », *op. cit.*

⁹² Voy. A.-S. BOUVY ET P.-O. DE BROUX, « Les droits et les devoirs des mandataires publics : sortir du labyrinthe constitutionnel », *R.B.D.C.*, 2018, p. 172. Voy. les articles 115, § 1^{er}, 118, § 1^{er}, 121, § 1^{er} et 123, § 1^{er}, de la Constitution.

⁹³ Avis n° 31.226/VR du 20 février 2001, p. 49.



a été clairement contredite, à trois reprises, par le Constituant [...] »⁹⁴. Elle en conclut que « [p]our affirmer qu'une loi spéciale suffit pour régionaliser la législation organique relative aux pouvoirs locaux, il ne suffit donc pas de dire que l'intervention du Constituant n'était pas nécessaire pour permettre les régionalisations partielles de 1980, 1993 et 1997. Il faudrait encore considérer que le Constituant s'est trompé et a persévéré dans son erreur »⁹⁵. Cette régionalisation de l'organisation des pouvoirs locaux heurtait également la réserve à la loi fédérale établie dans plusieurs alinéas de l'article 41 de la Constitution, résultante des révisions constitutionnelles de 1997 et 1999 (soit des révisions postérieures à 1970 et 1980)⁹⁶. Mais cette position de la section de législation du Conseil d'État, excluant une défédéralisation dans des matières réservées à la loi en dehors des hypothèses énumérées par la Constitution, a été battue en brèche par la Cour constitutionnelle. La Cour considère qu'il est possible d'invoquer l'article 39 de la Constitution pour fonder l'intervention du législateur spécial d'attribuer aux entités fédérées d'autres compétences que celles énumérées aux alinéas 3 et 4 de l'article 162⁹⁷. Quant à l'article 41 de la Constitution, la Cour se limite à constater que son prescrit n'est pas violé par la loi spéciale régionalisant la matière des pouvoirs locaux⁹⁸.

Cinquièmement, une partie de la doctrine et de la jurisprudence ont admis, par le passé, que l'article 19 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980⁹⁹ opérait une réserve de compétence au profit du législateur fédéral. Autrement dit, il a été admis qu'une disposition d'une loi spéciale donne aux dispositions constitutionnelles opérant une « réserve à la loi » un effet répartiteur des compétences entre législateurs fédérés et fédéral, sans pourtant que la Constitution n'habilite le législateur spécial expressément sur ce point. « L'article 19, § 1^{er}, alinéa 1, qui fut inséré dans le texte de la loi spéciale, loin d'entériner un pres-

crit constitutionnel préexistant – créait donc en réalité la théorie des matières réservées dans les relations entre l'État, les régions et les Communautés »¹⁰⁰, sans fondement constitutionnel exprès. L'« effet fédéral » de la réserve à la loi dans le texte constitutionnel « wordt in eerste instantie verleend door artikel 19, § 1, eerste lid, van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen van 8 augustus 1980. Dat het bevoegdheidsrechtelijke voorbehoud voor de federale wetgever in beginsel niet uit de Grondwet zelf volgt, maar wel uit artikel 19, § 1, eerste lid BWHI, blijkt thans ondubbelzinnig uit de rechtspraak van het Arbitragehof, en uit de rechtsleer. Ook de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State heeft zich hierbij aangesloten »¹⁰¹.

6. Quand y-a-t-il habilitation au législateur spécial ?

43. Même si l'on s'accorde sur la nécessité d'une habilitation constitutionnelle expresse, cette exigence n'est pas aussi évidente qu'il n'y paraît. L'avis de la section de législation paraît renvoyer à l'existence d'une référence à la majorité qualifiée visée à l'article 4 de la Constitution. Mais peut-on envisager d'autres formes d'habilitation constitutionnelle expresse ?

Cette question n'est pas anodine dans le cadre de l'analyse des propositions de loi spéciale climat. Si l'article 23, invoqué par les autrices et auteurs de la proposition de loi spéciale, n'habilite, à l'évidence, pas le législateur spécial à agir, puisqu'il se réfère explicitement au législateur fédéral ordinaire, au décret ou à l'ordonnance, l'article 7bis, cependant, est bien plus ambigu. Il dispose que « [d]ans l'exercice de leurs compétences respectives, l'État fédéral, les communautés et les régions poursuivent les objectifs d'un développement durable, dans ses dimensions sociale, économique et environnementale, en tenant compte de la solidarité entre les générations ». Peut-on considérer que cette disposition offre un fondement aux propositions de loi « climat », dès lors qu'elle prévoit que les objectifs du développement durable, au premier rang desquels

⁹⁴ *Ibid.*, p. 55.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 56.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 53-55.

⁹⁷ C. const., 25 mars 2003, n° 35/2003, B.12.16 et B.12.17. Voy. sur cet arrêt : C.I.R.C., « La Cour d'arbitrage et Saint Polycarpe : un brevet de constitutionnalité mal motivé », *J.T.*, 2003, pp. 521-526.

⁹⁸ C. const., 25 mars 2003, n° 35/2003, préc., B.12.7. Voy. C.I.R.C., « La Cour d'arbitrage et Saint Polycarpe : un brevet de constitutionnalité mal motivé », *op. cit.*, p. 526.

⁹⁹ Avec entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1980.

¹⁰⁰ H. BRIBOSIA et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Le partage des compétences dans la Belgique fédérale*, Bruges, La Charte, 1994, p. 127.

¹⁰¹ W. PAS, « De door de Grondwet aan de "wet" voorbehouden aangelegenheden. Vroeger en nu », in A. ALEN (dir.), *De vijfde staatsvorming van 2001*, Brugge, Die Keure, 2001, p. 30. Voy. égal., C.A, 23 décembre 1987.



figurent les objectifs environnementaux et climatiques, doivent être respectés par l'« État fédéral » « dans l'exercice de [ses] compétences » ? Ne pourrait-on pas considérer que l'usage du vocable « État fédéral » renvoie non seulement au législateur fédéral ordinaire, mais également au législateur fédéral spécial ?

D. LA PORTÉE DES POUVOIRS CONFÉRÉS AU LÉGISLATEUR SPÉCIAL

44. Après avoir – implicitement – rappelé l'exigence d'une habilitation constitutionnelle expresse et identifié les fondements constitutionnels des propositions de loi spéciale dans les articles 39, 127, § 1^{er} et 128, § 1^{er} de la Constitution, la section de législation s'attache à déterminer la portée de l'habilitation conférée par ces dispositions au législateur spécial. Dans un premier temps, le Conseil d'État développe une interprétation de la *Kompetenz-Kompetenz* qui, selon lui, revient partiellement au législateur spécial (1). Nous replaçons ensuite ce raisonnement dans une perspective analytique, d'abord pour montrer l'instabilité de l'approche de la section de législation du Conseil d'État (2) avant de s'interroger, plus largement, sur le mythe de la neutralité des compétences, sous-jacent au raisonnement dudit Conseil (3).

1. La vision formaliste des pouvoirs du législateur spécial proposée par la section de législation

45. Les articles 39, 127, § 1^{er}, et 128, § 1^{er}, de la Constitution attribuent au législateur spécial la compétence de déterminer les compétences des collectivités fédérées. Selon la section de législation, le législateur spécial est ainsi partiellement investi de la *Kompetenz-Kompetenz*, dès lors qu'il est compétent pour déterminer les compétences dévolues aux Communautés et aux Régions « dans le ressort et selon le mode qu'elle établit » ainsi que « les formes de coopérations » dans ces matières¹⁰².

La section de législation estime que les lois spéciales adoptées en vertu des articles 39, 127,

§ 1^{er} et 128, § 1^{er}, ne peuvent porter que sur « soit la détermination de matières qui relèvent de la compétence des communautés et des régions ou qui échappent à leur compétence, de sorte que le législateur fédéral demeure compétent, soit la détermination du mode d'exercice de leur compétence ou la détermination de formes de coopération auxquelles elles doivent avoir égard dans ce cadre »¹⁰³. La section de législation rappelle que le Constituant n'a pas attribué au législateur spécial le pouvoir de régler lui-même certaines matières. S'il procède de la sorte, il soustrait ces matières à la compétence du législateur fédéral ordinaire et des législateurs fédérés et commet un excès de pouvoir. La section de législation déduit de ce principe que le législateur spécial ne dispose pas de la compétence d'édicter des principes généraux dans les matières qu'il attribue. Elle estime que « [l]e Constituant n'a pas voulu une ingérence à ce point radicale du législateur spécial dans les domaines politiques qui sont attribués aux communautés et aux régions ou réservés au législateur fédéral et qui, au demeurant, ne s'accorderait pas avec le principe d'autonomie sur lequel repose la structure fédérale »¹⁰⁴.

L'assemblée générale applique ensuite ce raisonnement à la proposition de loi spéciale « climat » et considère que « [l]es articles 3, 4, §§ 1^{er} et 3, 6 et 7 des propositions définissent les principes et objectifs de la politique climatique. Les articles 3 et 4, §§ 1^{er} et 3, fixent les objectifs de politique générale applicables à chaque autorité compétente. L'article 6 définit les objectifs climatiques globaux à long et moyen terme [...] »¹⁰⁵.

Partant du postulat – discutable – que ces principes et objectifs fixés par le législateur spécial « ne laissent aux autorités compétentes qu'une marge très limitée pour mener leur propre politique en la matière », la section de législation juge que le législateur spécial « exerce ainsi lui-même des compétences en matière climatique » et, par conséquent, excède « la compétence [qu'il] peut tirer des articles 39, 127, § 1^{er}, et 128, § 2, de la Constitution »¹⁰⁶.

46. La section de législation entreprend ensuite de justifier cette thèse selon laquelle le législa-

¹⁰² Selon la section de législation, la compétence de pouvoir définir le mode d'exercice des compétences à attribuer, s'il est expressément prévu à l'article 39 pour les Régions, s'entend également à l'égard des Communautés quand bien même les articles 127, § 1^{er}, et 128, § 1^{er} ne le prévoient pas explicitement (Avis commenté, point 2.4).

¹⁰³ Avis commenté, point 2.8.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*, point 2.9.

¹⁰⁶ *Ibid.*, point 2.10.



teur spécial ne dispose pas d'un pouvoir général lui permettant d'établir les principes et objectifs généraux dans les matières qu'il attribue. Elle raisonne en distinguant cette hypothèse, réputée être celle de la loi spéciale climat, de trois autres dans lesquelles le législateur spécial est bien fondé à intervenir.

La première hypothèse identifiée par la section de législation renvoie à la *définition négative de compétence*. L'on retrouve de multiples exemples à travers les différents textes réglant la répartition des compétences. À titre d'illustration, l'article 6, § 1^{er}, VIII, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 prévoit que, sont attribuées aux régions « *la composition, l'organisation, la compétence et le fonctionnement des institutions provinciales et communales et des collectivités supracommunales* » tout en prévoyant une exception en faveur de l'autorité fédérale¹⁰⁷. D'après la section de législation, la définition *négative* de compétence, c'est-à-dire la réserve à la loi fédérale, ne peut être assimilée à une hypothèse dans laquelle le législateur spécial aurait la compétence de légiférer lui-même la matière ainsi réservée¹⁰⁸.

La deuxième hypothèse renvoie aux *principes généraux dictés par le droit de l'Union*. Le législateur spécial peut attribuer des compétences tout en fixant des principes généraux à respecter dans l'exercice de ces compétences, principes généraux dictés par le droit de l'Union européenne. Il en va ainsi, par exemple, de l'article 6, § 1^{er}, VI, al. 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 : « *[e]n matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités*

internationaux ». Dans ce cas, la section de législation estime que la fixation des principes généraux dans l'exercice des compétences ne peut être attribuée au législateur spécial, mais plutôt à l'ordre juridique international, européen ou belge. De la sorte, en les intégrant dans une loi spéciale, le législateur spécial n'a pas fixé de tels principes : il se serait limité à confirmer des principes généraux « *déjà en vigueur sur le plan international, européen et/ou national et devaient être considérés comme sous-tendant la structure fédérale belge* »¹⁰⁹.

La troisième hypothèse concerne la *définition d'une trajectoire en matière de réduction de gaz à effet de serre*, établie dans l'article 65quater de la loi spéciale de financement, adopté le 6 janvier 2014, à l'occasion de la sixième réforme de l'État. Cette disposition, relative au mécanisme de responsabilisation et de financement du climat, prévoit que :

« § 1^{er}. Un mécanisme est instauré dans le cadre d'une stratégie climatique nationale s'inscrivant dans les objectifs internationaux et européens en matière de politique climatique.

§ 2. Une trajectoire pluriannuelle d'objectifs de réduction d'émissions de gaz à effet de serre dans les bâtiments des secteurs résidentiel et tertiaire quelle que soit leur taille, est définie pour chaque région, par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres et après accord des gouvernements des régions, sur la base d'une proposition de la Commission nationale Climat, selon les modalités fixées par la loi ordinaire [...] ».

La section de législation estime que ce mécanisme « *attribue essentiellement une compétence à une autorité fédérale, et plus précisément au Roi. Le législateur spécial a certes défini, dans une annexe de la loi spéciale de financement, une trajectoire en matière de réduction des émissions de CO₂ que les régions doivent suivre en rendant les habitations moins énergivores. Cette trajectoire ne produit toutefois ses effets que pour autant que le Roi ne la définisse pas lui-même chaque année. En outre, cette trajectoire n'engage pas les régions dans l'exercice de leurs compétences. Celles-ci peuvent fixer elles-mêmes leurs objectifs politiques. Lorsqu'elles s'écartent*

¹⁰⁷ « à l'exception : des règles inscrites dans la loi communale, la nouvelle loi communale, la loi électorale communale, la loi organique des centres publics d'aide sociale, la loi provinciale, le Code électoral, la loi organique des élections provinciales et la loi organisant l'élection simultanée pour les chambres législatives et les conseils provinciaux en vertu de la loi du 9 août 1988 portant modification de la loi communale, de la nouvelle loi communale, de la loi électorale communale, de la loi organique des centres publics d'aide sociale, de la loi provinciale, du Code électoral, de la loi organique des élections provinciales et de la loi organisant l'élection simultanée pour les chambres législatives et les conseils provinciaux, telle que modifiée par la loi spéciale du 19 juillet 2012 ».

¹⁰⁸ Avis commenté, point 2.7.

¹⁰⁹ *Ibid.*



de la trajectoire, elles n'excèdent pas leur compétence, mais elles sont soumises à une sanction financière. En ce sens, on peut admettre que le législateur spécial n'a pas exercé lui-même une compétence en matière climatique en définissant le mécanisme de financement du climat comme élément du financement des régions »¹¹⁰.

47. En dehors de ces trois hypothèses, la section de législation rejette toute possibilité pour le législateur spécial d'encadrer l'exercice des compétences attribuées à l'exception toutefois de la confirmation de l'application des principes généraux préexistants au niveau international, européen, national ou sens-tendant la structure fédérale belge.

2. La Kompetenz-Kompetenz et le législateur spécial

48. Selon la section de législation, « les articles 39, 127, § 1^{er}, et 128, § 1^{er}, de la Constitution, habilite le législateur spécial à attribuer, dans les limites du cadre constitutionnel, des compétences aux communautés et aux régions, en déterminant les "matières" qui relèvent de leur compétence et le "mode" d'exercice de ces compétences, ainsi qu'à fixer les "formes de coopération". En d'autres termes, il s'agit de l'attribution (d'une partie) de ce que l'on appelle la Kompetenz-Kompetenz »¹¹¹.

Cette affirmation doit être mise en perspective avec la définition classique de la *Kompetenz-Kompetenz*, qui renvoie au « droit de décider » de « ce qui relève ou ne relève pas de sa compétence »¹¹². La compétence de la compétence est le critère principal de la souveraineté entendue au sens formel¹¹³. Le souverain est, dans une conception formelle de la souveraineté, celui qui peut transférer ses compétences et, à tout moment, retirer au bénéficiaire les compétences pour les exercer à nouveau lui-même¹¹⁴. La compétence de la compétence appartient, dans cette perspective, au détenteur de la souveraineté, c'est-à-dire au pouvoir constituant, et pas au législateur spécial. Ainsi, le législateur spécial organise-t-il les trans-

ferts de compétences que le Constituant autorise, et sur lesquels ce dernier peut revenir.

3. L'inconstance de l'approche formaliste des pouvoirs du législateur spécial

49. La section de législation estime que le législateur spécial ne peut pas poser un cadre à l'exercice des compétences dévolues aux collectivités belges et s'immiscer dans le contenu de l'exercice de ces compétences. Ainsi, les pouvoirs attribués au législateur spécial n'emportent pas la faculté de fixer certains objectifs à la mise en œuvre de certaines compétences.

Cependant, cette approche formaliste paraît instable. En effet, la section de législation a déjà considéré, à plusieurs reprises, que le législateur spécial peut fixer un cadre d'exercice aux compétences dévolues sans excéder les pouvoirs qui lui ont été conférés, et ce, en dehors des trois hypothèses évoquées par la section de législation.

Cet argument a été invoqué par les universitaires à l'origine de la proposition académique de loi spéciale. Dans leur note justificative, ces derniers relevaient, au-delà des trois hypothèses discutées par la section de législation précitées, quatre autres hypothèses dans lesquelles il a été admis que le législateur spécial fixe un cadre à l'exercice de compétences¹¹⁵. De manière étonnante, la section de législation – qui a pourtant opéré de multiples références à la note justificative des académiques – s'est abstenue d'examiner ces hypothèses et de répondre à l'argument de l'instabilité de l'approche restrictive des compétences du législateur spécial intervenant sur la base des articles 39, 127 et 128 de la Constitution. Examinons à présent ces différents cas dans lesquels le législateur spécial a pu fixer un certain cadre à l'exercice des compétences.

50. *Première hypothèse : l'article 6, § 1^{er}, X, 14^o, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.* Cette disposition confie aux Régions des compétences en matière de travaux publics et de transport. Le législateur spécial prévoit que, sous la condition d'un accord de coopération, sont confiés aux Régions, le financement additionnel d'investissements, d'aménagement, d'adaptation ou de modernisation de lignes de chemin de fer, ainsi que des équipements complémentaires sur les points

¹¹⁰ *Ibid.*, point 2.11.

¹¹¹ Avis commenté, point 2.4.

¹¹² A. BAILLEUX et H. DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen*, t. 1., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 151, n° 345.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.* Voy. égal., not. : D. GRIMM, « La souveraineté », in *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 598.

¹¹⁵ Note justificative, pp. 3-4, disponible en ligne sur : <https://f.hypotheses.org/wp-content/blogs.dir/3804/files/2019/02/TraductionMVT.pdf>.



d'arrêts non gardés renforçant leur visibilité et leur intermodalité avec les transports publics, les modes actifs, les taxis et les voitures partagées « *pour autant qu'ils soient réalisés en sus des investissements repris dans un plan pluriannuel d'investissement effectivement doté, par l'autorité fédérale, de moyens suffisants pour assurer une offre de transport ferroviaire attractive, performante et efficacement interconnectée avec les autres modes de transport sur l'ensemble du territoire et dans une proportionnalité par rapport au financement fédéral fixée par l'accord de coopération précité* ». Par cette disposition, le législateur spécial a attribué une compétence aux Régions – le financement additionnel d'investissements. Cette compétence régionale ne peut être exercée que si *primo* un accord de coopération est conclu avec l'autorité fédérale ; *deuxio* l'autorité fédérale a exercé au préalable sa compétence en matière de financement de la mobilité et *tertio* le niveau du financement régional respecte une certaine proportionnalité par rapport au financement fédéral. En d'autres termes, le législateur spécial a décidé que l'exercice de la compétence régionale en matière de financements additionnels est conditionné à l'existence et au niveau du financement fédéral en la matière¹¹⁶.

Cette disposition a fait l'objet d'un avis motivé de la section de législation du Conseil d'État¹¹⁷ qui a conclu que le législateur spécial n'avait pas excédé sa compétence. Pourtant, il est difficilement contestable que le législateur spécial interfère, d'une certaine manière, dans l'exercice de la compétence attribuée aux Régions en leur posant un cadre dans lequel elles peuvent agir.

Deuxième hypothèse : l'article 16bis de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980. Cette disposition a été insérée en 2001 et prévoit que « *[les] décrets, règlements et actes administratifs des communautés et des régions et les actes, règlements et ordonnances des pouvoirs locaux ne peuvent porter préjudice aux garanties existantes au 14 octobre 2012 dont bénéficient les francophones dans les communes citées à l'article 7 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, ainsi que celles dont bénéficient les néerlandophones, les francophones*

et germanophones dans les communes citées à l'article 8 des mêmes lois ». L'objectif de cette disposition générale est de « *garantir aux communes de la périphérie et aux communes à facilités que les garanties existant actuellement seront maintenues intégralement, même après la régionalisation de la loi communale organique et électorale* »¹¹⁸. La disposition interdit que des conditions de vote ou d'éligibilité supplémentaire liées à l'appartenance linguistique ne puissent être imposées, alors que la connaissance linguistique est réglée dans la loi dite de pacification. En d'autres termes, « *[c]ette disposition signifie que le législateur régional exerce ses compétences dans le respect absolu des dispositions et garanties précitées* »¹¹⁹.

La section de législation a considéré que cette disposition était liée à l'adoption de l'actuel article 6, § 1^{er}, VIII de la même loi qui aurait dû être précédée par une révision de l'article 162 de la Constitution. Le législateur spécial n'a pas suivi l'avis de la section de législation et a adopté ces dispositions. Cette démarche a ensuite été validée par la Cour constitutionnelle¹²⁰. Mais la section de législation était restée muette quant à l'ingérence du législateur spécial dans le domaine des droits électoraux attribués aux Régions. Elle ne s'est donc pas particulièrement émue de ce que le législateur régional ne puisse exercer ses compétences dans un cadre préalablement établi par le législateur spécial.

Troisième hypothèse : l'article 5bis de la loi spéciale relative aux institutions bruxelloises du 12 janvier 1989. Cette disposition prévoit que « *[les] ordonnances, règlements et actes administratifs des institutions visées aux articles 1^{er} et 60 et les actes, règlements et ordonnances des institutions visées à l'article 48 et des autres pouvoirs locaux ne peuvent porter préjudice au caractère bilingue et aux garanties dont bénéficient les personnes d'appartenance linguistique française et néerlandaise dans les communes de la Région de Bruxelles-Capitale, existantes au 14 octobre 2012* ». L'objectif de cette disposition est de « *garantir aux néerlandophones et aux francophones à Bruxelles que les garanties existant pour eux actuellement seront maintenues intégralement, même après la régionalisation de la loi communale organique. Par*

¹¹⁶ Exposé des motifs, *Doc. parl.* Sén. sess. ord. 2012-2013, n° 5-2232/1, pp. 152-153.

¹¹⁷ Avis n° 53.932/AG du 27 août 2013, p. 105.

¹¹⁸ Exposé des motifs, *Doc. parl.* Sén. sess. ord. 2000-2001, n° 2-709/1, p. 21.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Avis n° 31.226/VR du 20 février 2001.



*exemple : suite à cette disposition, des conditions de vote ou d'éligibilité supplémentaires concernant l'appartenance linguistique ne pourront être imposées dans une région »*¹²¹. À nouveau, la section de législation ne condamnera pas le fait que le législateur spécial fixe ainsi un cadre à l'exercice des compétences régionales.

Quatrième hypothèse : l'article 1^{er} de la loi spéciale de financement du 6 janvier 1989, adopté le 6 janvier 2014, à l'occasion de la sixième réforme de l'État. Il prévoit que « [l]'exercice des compétences fiscales des régions visées dans la présente loi s'opère dans le respect de la loyauté fédérale visée à l'article 143 de la Constitution et du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, ainsi que des principes suivants : 1° l'exclusion de toute concurrence fiscale déloyale ; 2° l'évitement de la double imposition ; 3° la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux [...] ».

Cette disposition est assez similaire à l'article 6, § 1^{er}, VI, al. 3, de la loi spéciale du 8 août 1980, mobilisée par la section de législation pour justifier sa présente position. Au sujet de l'article 1^{er} de la loi spéciale de financement, le Conseil d'État a relevé, à juste titre, que la mesure visait à définir « les principes que les régions doivent respecter dans le cadre de cette loi pour l'exercice de leurs compétences fiscales »¹²². Pourtant, dans l'avis rendu au sujet de la proposition de la loi spéciale « Climat », la section de législation considère (à l'occasion de l'analyse de l'article 6, § 1^{er}, VI, al. 3, de la loi spéciale du 8 août 1980) que cette technique utilisée en 2014 « ne peut pas être interprétée comme une indication selon laquelle le législateur spécial serait compétent pour fixer lui-même les "principes généraux" dans les matières transférées aux régions. En l'occurrence [en 2014], il ne s'agit en effet pas de principes qui ont été édictés en tant que tels par le législateur spécial, mais de principes qu'il n'a fait que confirmer, dès lors qu'ils étaient déjà en vigueur sur le plan international, européen et/ou national et devaient être considérés comme sous-tendant la structure fédérale belge »¹²³.

51. Au terme de cette analyse de quatre hypothèses dans lesquelles le législateur spécial pose

un cadre à l'exercice de compétences, il ressort que la section de législation du Conseil d'État n'a pas toujours été aussi stricte que dans son interprétation des propositions de lois spéciales « climat » dans son appréciation de la compétence du législateur spécial de fixer un cadre à l'exercice des compétences.

En particulier, la définition par le législateur spécial de l'exclusion de toute concurrence fiscale déloyale et de la double imposition dans l'exercice des compétences régionales a été acceptée. Est-ce à dire que ces principes ne sont admissibles que s'ils sont préexistants de manière tout à fait explicite au niveau international, européen, national ou dans les principes sens-tendant la structure fédérale belge ? Si tel est le cas, on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même pour les principes de même nature invoqués dans les propositions de loi spéciale « climat ».

L'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État amène à s'interroger sur la possibilité pour le législateur spécial de confirmer des principes préexistants, et s'imposant déjà aux entités fédérées dans le cadre de l'exercice de leurs compétences. Si une telle possibilité existe, ce qui paraît être le cas à la lecture de la jurisprudence, la section de législation aurait dû à tout le moins justifier pourquoi le législateur spécial ne pouvait pas ancrer en droit interne le respect des principes généraux et objectifs climatiques préexistants en vertu des dispositions internationales ou européennes¹²⁴.

52. Enfin, on doit aussi constater le développement, dans le fédéralisme belge, des « compétences-cadre », c'est-à-dire de compétences dans lesquelles « la collectivité fédérale est habilitée à fixer un cadre ou des règles générales qui s'imposent aux autres législateurs », « consacrées expressément » par le législateur spécial ou la Constitution, « ou découlant de la jurisprudence »¹²⁵. Dans un tel contexte, ne pouvait-on pas considérer que le législateur spécial était habilité à élaborer un cadre, poser des principes et des objectifs, en matière climatique, comme il a pu le faire dans d'autres matières, comme nous venons de le montrer ?

¹²¹ Exposé des motifs, *Doc. parl.* Sén. sess. ord. 2000-2001, n° 2-709/1, pp. 23-24.

¹²² Avis n° 53.901/AG du 27 août 2013, p. 35.

¹²³ Avis commenté, point 2.7.

¹²⁴ C'est-à-dire les principes de progression (art. 4, § 3, de l'accord de Paris), de réduction intégrée de la pollution (dir. 2010/75/UE) et d'intégrité environnementale (art. 4, § 13, de l'accord de Paris).

¹²⁵ M. SOLBREUX, « Les compétences-cadre », in C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN, *Les grands arrêts sur le partage des compétences dans l'État fédéral*, op. cit., p. 89.



4. *Le postulat de neutralité des transferts de compétences, au cœur de l'approche formaliste des compétences du législateur spécial*

53. L'interprétation prônée par la section de législation du Conseil d'État repose sur un postulat de neutralité de la répartition des compétences, c'est-à-dire de la possibilité d'opérer une distinction nette, entre d'une part, l'opération de transfert de compétences et, d'autre part, la fixation d'objectifs et de principes. La section de législation considère ainsi que, en définissant des « principes et objectifs », le législateur spécial « *exerce [...] lui-même des compétences* », et ne « *se limite pas à définir les matières relevant de la compétence des régions et communautés et – par voie d'exception – du législateur fédéral, ni à régler le “mode” d'exercice de leurs compétences ou “les formes de coopération” auxquelles ils doivent se conformer en la matière* »¹²⁶.

L'on peut toutefois, à deux égards, s'interroger sur la question de savoir si ce postulat est valide. Tout d'abord, peut-on rigoureusement distinguer compétences, principes et objectifs ? Dans de multiples cas, la définition d'une compétence se confond avec celle d'un objectif et/ou de principes. Citons, à titre d'exemples, la « *défense et l'illustration de la langue* »¹²⁷, « *l'encouragement à la formation des chercheurs* »¹²⁸, « *le soutien à la presse écrite* »¹²⁹, « *[l]a protection de la jeunesse, en ce compris la protection sociale et la protection judiciaire [...]* »¹³⁰, « *[l]a protection de l'environnement, notamment celle du sol, du sous-sol, de l'eau et de l'air contre la pollution et les agressions ainsi que la lutte contre le bruit* »¹³¹ ou encore « *[l]a protection et la conservation de la nature [...]* »¹³². Ces quelques exemples suffisent pour montrer la répartition des compétences n'est pas toujours une opération neutre au plan axiologique. Compétences, principes et objectifs sont souvent imbriqués. Ceci n'est guère surprenant, dès lors que les transferts portent souvent sur des politiques publiques, qui sont, par définition, animées d'objectifs et de principes.

¹²⁶ Avis commenté, point 2.10.

¹²⁷ Art. 4, 1^o, LSRI.

¹²⁸ Art. 4, 2^o, LSRI.

¹²⁹ Art. 4, 6^{o bis}, LSRI.

¹³⁰ Art. 5, II, 6^o, LSRI.

¹³¹ Art. 6, § 1^{er}, II, 1^o, LSRI.

¹³² Art. 6, § 1^{er}, III, 2^o LSRI.

54. Si l'on admet que les compétences, principes et objectifs sont intrinsèquement liés, que répartir des compétences implique souvent de fixer des objectifs et des principes, ne fût-ce que de manière implicite, ne peut-on pas admettre que le législateur spécial dispose aussi de la possibilité d'adopter une loi spéciale interprétative, à l'instar du législateur ordinaire ? En d'autres termes, ne pouvait-on pas admettre que le législateur spécial, compétent pour répartir les compétences, peut les attribuer à certaines entités fédérées et ensuite préciser la portée de cette attribution, dans une loi spéciale ultérieure ?

5. *L'interprétation des expressions « selon le mode que [la loi spéciale] établit » et de la compétence de régler les « formes de coopération »*

55. L'avis commenté de la section de législation du Conseil d'État en ce qu'il s'intéresse à la possibilité pour le législateur spécial de fixer des objectifs et des principes pose encore une question : celle de l'interprétation de l'expression « selon le mode qu'elle établit » de l'article 39 de la Constitution et des « formes de coopération » visées aux articles 127 et 128 de la Constitution.

56. L'article 39 établit que « *[l]a loi attribue aux organes régionaux qu'elle crée et qui sont composés de mandataires élus, la compétence de régler les matières qu'elle détermine, à l'exception de celles visées aux articles 30 et 127 à 129, dans le ressort et selon le mode qu'elle établit. Cette loi doit être adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa* ».

La section de législation, dans l'avis relatif à la loi spéciale climat, distingue la compétence de définir le « mode » d'exercice des compétences de celle relative aux « formes de coopération »¹³³. Mais elle constate ensuite, de manière sibylline, que « *en ce qui concerne les régions, l'article 39 de la Constitution procure le fondement constitutionnel exprès à l'exercice de cette compétence ; en ce qui concerne les communautés, les articles 127, § 1^{er}, 128, § 1^{er}, et 130 de la Constitution peuvent être réputés procurer ce fondement, dans la mesure où les modalités d'exercice de la compétence peuvent également être regardées comme des formes de coopération* »¹³⁴.

¹³³ Avis commenté, point 2.5.

¹³⁴ *Ibid.*, note en bas de page 14.



À la lecture de l'avis de la section de législation, il n'est pas possible de déterminer de manière claire quelle est la portée de la compétence de déterminer le mode selon lequel les collectivités fédérées peuvent régler les matières transférées. La section de législation distingue cette compétence de celle de régler les formes de coopération, tout en considérant que les modalités d'exercice de la compétence peuvent « également être regardées comme des formes de coopération ». Elle indique, au sujet du comité permanent indépendant d'experts pour le climat que « [d]ans la mesure où ce comité n'exerce pas de compétences climatiques qui sont du ressort de l'État fédéral, des communautés ou des régions, mais qu'il se contente d'assister ces autorités – sur une base obligatoire ou volontaire – dans l'exercice de leurs compétences, cet article peut être considéré comme réglant le “mode” suivant lequel l'autorité fédérale, les communautés et les régions exercent leurs compétences »¹³⁵.

57. Alors que les travaux préparatoires de l'article 39 ne fournissent pas de précision sur la portée de cette expression, il faut se référer aux mobilisations ultérieures de cette disposition pour tenter de dégager une interprétation de cette disposition.

Une des mobilisations les plus récentes renvoie à l'insertion d'un article 92bis/1 relatif aux décrets conjoints dans la loi spéciale précitée du 8 août 1980, par la loi spéciale du 6 janvier 2014¹³⁶. Le législateur spécial a considéré que l'insertion de cette nouvelle technique de coopération relevait de sa compétence dès lors qu'« en ce qui concerne les compétences communautaires, la proposition donne exécution aux articles 127, § 1^{er}, alinéa 2, et 128, § 1^{er}, alinéa 2, de la Constitution, suivant lesquels une loi adoptée à la majorité spéciale règle les formes de coopération. En ce qui concerne les compétences régionales, la proposition donne exécution à l'article 39 de la Constitution en vertu de laquelle la loi détermine les matières, pour lesquelles les Régions sont compétentes, à l'exception de celles visées aux articles 30, 127 à 129, dans le ressort et selon le mode qu'elle établit, ce qui implique aussi la compétence de régler les formes de la coopération dans les matières régionales »

¹³⁵ *Ibid.*, point 2.17.

¹³⁶ Loi spéciale du 6 janvier 2014 « modifiant la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle et la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises », *M.B.*, 31 janvier 2014.

(nous soulignons)¹³⁷. Ce passage laisse entendre que la compétence d'établir le mode d'exercice des compétences renvoie *notamment* aux formes de coopération mais ne se confond pas avec ces techniques de coopération.

Dès lors que la compétence d'établir le mode d'exercice des compétences reste nimbée de mystère, qu'elle ne s'épuise pas dans le seul règlement des formes de coopération, ce que la section de législation ne semble pas contester, il eut fallu motiver les raisons qui ont poussé la section de législation à considérer que cette compétence ne comprend pas la fixation de principes et d'objectifs aux compétences transférées.

58. Quant à la compétence du législateur spécial de régler les « formes de coopération », explicitement visée aux articles 127 et 128 de la Constitution pour les Communautés, reconstruite au terme d'une interprétation qui fait la part belle à l'implicité, pour ce qui concerne les Régions (voy. *supra*), elle a récemment été interprétée fort largement par la section de législation du Conseil d'État pour fonder l'introduction de la technique des décrets conjoints par la loi spéciale du 6 janvier 2014¹³⁸. La section de législation a en effet considéré que ces décrets pouvaient être « être considérés, sous certaines conditions, comme une nouvelle “forme de coopération” pouvant s'inscrire dans le cadre institutionnel existant »¹³⁹ si on les considère comme deux normes identiques. C'est donc une interprétation particulièrement large, et très peu formaliste, des « formes de coopération » qui a fondé la compétence du législateur spécial d'introduire un nouveau type de norme dans le droit public belge¹⁴⁰.

Dans l'avis relatif à la proposition de loi spéciale climat, la section de législation évacue dans un considérant lapidaire la possibilité de rattacher la fixation de principes et d'objectifs à la compétence de régler les formes de coopération¹⁴¹, sans réelle motivation. Une autre interprétation de la compétence du législateur spécial n'aurait-elle

¹³⁷ Développements de la proposition devenu la loi spéciale du 6 janvier 2014, *Doc. parl.* Sén. sess. 2012-2013, n° 5-1815/1, pp. 1-4.

¹³⁸ Voy. sur les décrets conjoints : K. MUNUNGU LUNGUNGU, « Les décrets conjoints dans le fédéralisme coopératif belge : réforme symbolique ou révolution *a minima* ? », in J. SAUTOIS et M. UYTENDAELE, *La sixième réforme de l'État (2012-2013). Tournant historique ou soubresaut ordinaire ?*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 498-503.

¹³⁹ Avis n° 52.303/AG du 20 novembre 2012, p. 19.

¹⁴⁰ On remarquera que les décrets conjoints sont hors de portée du législateur fédéral, et ce malgré la critique de la section de législation du Conseil d'État (avis n° 52.303/AG du 20 novembre 2012, p. 25).

¹⁴¹ Avis commenté, p. 32.



pas pu amener à considérer que les mécanismes établis dans la loi spéciale climat, articulés autour de certains principes et objectifs, relèvent des « formes de coopération » pour lesquels le législateur spécial est compétent ?

III. CONCLUSIONS

59. La section de législation, dans l'avis commenté, exclut que le législateur spécial puisse fixer des principes et objectifs en matière climatique. Elle considère que les articles 3, 4, §§ 1^{er} et 3, 6 et 7 des propositions de loi spéciale, qui fixaient de tels objectifs, sont dépourvus de fondement constitutionnel. La section de législation se veut néanmoins constructive et identifie pas moins de six pistes pour assurer la compatibilité entre les mécanismes repris dans les propositions de lois spéciales climat et le droit constitutionnel belge¹⁴². Concernant les autres dimensions des propositions de loi spéciale climat, la section de législation considère que le législateur spécial peut adopter la plupart des autres dispositions prévues dans les lois spéciales climat, à l'exception de celles concernant l'enseignement, pour cause d'empiètement sur les compétences des Communautés et de certains aspects du plan national énergie climat.

60. Nous nous sommes concentrés, dans cette contribution, sur le raisonnement de la section de législation aboutissant à l'exclusion de la compétence du législateur spécial la détermination de principes et objectifs en matière climatique.

Nous avons cherché à montrer, en mobilisant une perspective analytique, que ce raisonnement fait la part belle à une interprétation formaliste, stricte, du domaine du législateur spécial, mais que ce formalisme n'est pas stable ni dans l'avis, ni dans la jurisprudence de la section de législation du Conseil d'État. D'une part, la section de législation a déjà accepté par le passé que le législateur spécial fixe des principes et objectifs, notamment lorsqu'ils s'imposaient déjà aux entités fédérées car ils se déduisaient du droit européen ou international. Or, plusieurs principes et objectifs établis dans les propositions de lois spéciales existaient par ailleurs ; il eut fallu à tout le moins distinguer la compétence du législateur spécial de rappeler ces principes (notam-

ment induits du droit européen) de celle d'en fixer de nouveaux. D'autre part, la section de législation, lorsqu'elle aborde la compétence du législateur spécial de régler la coopération entre et avec les Régions, s'écarte d'une approche strictement formaliste. C'est également le cas lorsqu'elle considère que les propositions de loi spéciale « ne laissent aux autorités compétentes qu'une marge très limitée pour mener leur propre politique en la matière »¹⁴³. Il eut été davantage cohérent de vérifier au cas par cas, pour chaque objectif et principe, s'il existait déjà dans l'ordre juridique et dans quelle mesure il limitait la marge de manœuvre des autorités compétentes.

Nous avons également pointé une série d'arguments juridiques opposables à l'interprétation de la section de législation du Conseil d'État, dont notamment les contraintes européennes et internationales.

61. En l'absence d'une théorie des sources organisée par le Constituant, nous avons également identifié deux angles morts de la théorie de la loi spéciale : les conditions d'intervention du législateur spécial et la définition des contours de la compétence du législateur spécial de régler la répartition des compétences et les formes de coopération. Ces angles morts invitent à la conduite de recherches futures. Emprunter ce chemin semé d'embûches devrait amener la doctrine à s'interroger sur les notions de compétence, sur la relation entre principes, objectifs et compétences ou encore sur la réversibilité entre limites et objectifs à l'exercice des compétences.

SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

ACTUALITÉS COMMENTÉES

– ARRÊT N° 247.472 (X^e CH.) DU 29 AVRIL 2020

Y. Houyet (prés.)
Aud. : A. Lefebvre
Plaid. : N. Cohen, B. Renson
e.c. : *Husic Jasmin c. État belge*

Lois, arrêtés et règlements – Arrêté royal de pouvoirs spéciaux – Recours au Conseil d'État – Référé administratif – Demande de suspension d'extrême urgence

¹⁴² Avis commenté, points 2.12 et s.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 32.

