

Section 3

Les accords de coopération entre partenaires fédéraux : entre « sources du droit » et *soft law*

Kevin MUNUNGU LUNGUNGU

Doctorant A.R.C. auprès du Centre de droit public

Assistant en droit administratif

Université libre de Bruxelles

Johanne POIRIER

Professeure à la Faculté de droit et co-directrice du Centre de droit public

Université libre de Bruxelles

Propos introductifs¹

1. Qu'est-ce qu'une source du droit aujourd'hui, dans un État où les auteurs de normes de conduite régulant les rapports sociaux se multiplient, souvent en marge, et parfois avec l'aval et la participation des auteurs étatiques traditionnels? Comment appréhender les sources du droit lorsque le paradigme de la norme juridique unilatérale – imposée par un État doté d'une puissance normative quasi incontestée – fait place, entre autres, à des normes négociées? De surcroît, comment appréhender ces mêmes sources, lorsque la souveraineté de l'État est elle-même fragmentée et partagée, au sein d'une structure fédérale? Lorsque l'archétype de la norme émanant d'un État univoque fait place à des normes de facture contractuelle entre composantes d'un État dont les multiples voix doivent – tant bien que mal – s'harmoni-

¹ Afin d'alléger quelque peu les notes infrapaginales, nous avons eu recours à certaines abréviations: AC pour désigner les « accords de coopération », EF pour l'autorité fédérale – généralement désignée comme « État fédéral » dans les accords de coopération, RW pour la Région wallonne, RFI pour la Région flamande, CFr pour la Communauté française, CFl pour la Communauté flamande, CG pour la Communauté germanophone, RBC pour la Région de Bruxelles-Capitale, COCOF pour la Commission communautaire française et COCOM pour la Commission communautaire commune.

niser? Enfin, comment comprendre le phénomène paradoxal par lequel l'État – et ses composantes – se placent *volontairement* en marge du droit étatique formel, en adoptant des « normes » non seulement concertées, mais surtout contrevenant au droit positif?

Ces nombreuses questions se posent en toile de fond de notre réflexion sur les accords de coopération dans la Belgique fédérale comme « *sources formelles du droit* », dans le sens entendu par les concepteurs de la présente recherche collective². Ces accords sont des conventions par lesquelles les partenaires fédéraux exercent conjointement leurs compétences propres par le biais d'un dispositif commun. Et ce – en principe – sur la base de l'article 92bis introduit dans la loi spéciale de réformes institutionnelles de 1980 en 1988-1989, lors de la troisième phase de la réforme de l'État³. Cet article, et une loi le complétant⁴, fournissent ainsi un cadre normatif – parcellaire, mais relativement consistant – devant régir la pratique de ces ententes.

2. La technique des accords de coopération a largement nourri la littérature juridique belge⁵, particulièrement dans les premières années suivant

² Lequel ne s'intéresse qu'aux « formes sous lesquelles le droit se manifeste, laissant [...] de côté la question des critères présidant à sa validité » : HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *R.I.E.J.*, n° 65, 2010, p. 7.

³ Loi spéciale du 8 août 1988 modifiant la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 13 août 1988, p. 11367 et s. [Ci-après, « article 92bis LSRI »].

⁴ Loi sur la juridiction visée aux articles 92bis, § 5 et § 6, et 94, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 24 janvier 1989, p. 1203 et s.

⁵ Sur les accords de coopération dans la Belgique fédérale, cf. notamment ALEN (A.) et PEETERS (P.), « België op zoek naar een coöperatief federaal staatsmodel – Over de samenwerking tussen de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten na de derde Staatshervorming », *T.B.P. « Bijdragen »*, 1989, p. 343 et s.; CEREXHE (E.), « Les mécanismes de coopération dans un État fédéral », in *Présence du droit public et des droits de l'homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. II, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 1019 et s.; COENRAETS (Ph.), « Les accords de coopération dans la Belgique fédérale », *A.P.T.*, 1992, p. 158 et s.; *id.*, « Réflexions sur le contrôle de constitutionnalité des accords de coopération. Commentaires de l'arrêt 17/94, rendu par la Cour d'arbitrage le 3 mars 1994 », *A.P.T.*, 1995, p. 216 et s.; COENRAETS (Ph.) et UYTENDAELE (M.), « Les accords de coopération », *Courier hebdomadaire du CRISP*, n° 1325, 1991, p. 1 et s.; DEBRY (J.-T.), « Les accords de coopération et la cinquième réforme de l'État », *A.P.T.*, 2002, p. 127 et s.; *id.*, « Les accords de coopération obligatoires à travers les réformes de l'État », *C.D.K.P.*, 2003-1, p. 196 et s.; *id.*, « Le contrôle de conformité des accords de coopération avec la répartition des compétences », note sous C.E. (15^e chambre), 18 novembre 2004, n° 137.262, *C.D.K.P.*, 2005-4, p. 816 et s.; DUMONT (H.), « L'État belge résistera-t-il à sa contractualisation? Considérations critiques sur la mode belge des accords de coopération », *Rev. dr. U.L.B.*, 2006, p. 315 et s.; LE HARDÏ DE BEAULIEU (L.), « Les accords de coopération comme mécanisme de prévention et de solution des conflits. Portée juridique et résolution juridictionnelle des différends », in *Les conflits d'intérêts. Quelle solution pour la Belgique de demain?*, Actes des journées d'études des 30 et 31 janvier 1990 à Namur, La Chartre, Bruges, 1990, p. 123 et s.; KLEIN (P.), *Un aspect du fédéralisme coopératif horizontal: les accords de coopération entre entités fédérées*, Centre d'Études du Fédéralisme A.S.B.L., 1990, Rapport n° 2, 41 p., consultable en ligne sur popups.ulg.ac.be/federalisme/document.php?id.=700 (consulté le 8 février 2012); MOERENHOUT (R.), « De samenwerking tussen de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten – Recente ontwikkelingen », *T.B.P.*, 1996, p. 271 et s.; *id.*, « De samenwerking tussen de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten (1996-2000) », *T.B.P. « Bijdragen »*, 2001,

l'adoption de l'article 92bis qui les concerne. L'on a déjà abondamment insisté sur le fait que la coopération entre les partenaires autonomes d'un État fédéral⁶ constitue la pierre angulaire destinée à assurer tant l'équilibre que la viabilité de celui-ci⁷. En ce qu'ils permettent aux partenaires fédéraux d'exercer ensemble leurs compétences respectives par le biais d'un même instrument, les accords de coopération sont considérés comme « la forme la plus poussée de collaboration entre l'État fédéral et les collectivités fédérées ou entre les collectivités fédérées elles-mêmes »⁸. Alors que leur pratique ne cesse de s'intensifier (et que l'on peut raisonnablement penser que leur nombre, déjà conséquent, risque de se multiplier aux termes de la sixième réforme en cours actuellement), les auteurs se sont essentiellement penchés sur leur statut juridique, en ce compris leur place dans la hiérarchie des normes de droit positif.

p. 595 et s.; MOERENHOUT (R.) et SMETS (J.), *De samenwerking tussen de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten*, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994; ORBAN (H.), « Les accords de coopération obligatoires. Les nouvelles obligations dégagées par la Cour constitutionnelle », *R.B.D.C.*, 2010, p. 1 et s.; POIRIER (J.), *Keeping Promises in Federal Systems. The legal status of intergovernmental agreements with special reference to the Belgian « civil law » federation and the Canadian « common law » federation*, thèse Cambridge, 2004; *id.*, « Formal Mechanisms of Intergovernmental Relations in Belgium », *Regional and Federal Studies (R-U)*, 2002, p. 24 et s.; *id.*, « Les accords de coopération dans le processus de réformes institutionnelles : instruments d'exécution ou d'ingénierie constitutionnelle ? », in *Les accords du Lambermont et du Lombard : approfondissement du fédéralisme ou erreur d'aiguillage ?*, Centre de droit public de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 63 et s.; *id.*, « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit », in *Le fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Bruylant-Éditions Yvon Blais, Bruxelles-Cowansville, 2005, p. 441 et s.; *id.*, « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ? Le cas des accords de coopération dans le système fédéral belge », *Rev. dr. U.L.B.*, 2006, p. 261 et s.; *id.*, « Quand le "non-droit" fait la loi : les accords de coopération et l'hypothèse du pluralisme juridique », Site collaboratif de recherches sur l'avenir du droit public : « Le droit public existe-t-il ? », 21 p., mai 2007, consultable en ligne sur dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=14 (consulté le 23 avril 2012); TAPIE (P.), « La coopération et les conflits d'intérêts », *Rev. dr. U.L.B.*, 1990, p. 69 et s.; UYTENDAELE (M.), *Précis de droit constitutionnel belge – Regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 892 et s.; UYTENDAELE (M.), *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 853 et s.; VAN NIEUWENHOVE (J.), « Over internationale verdragen, samenwerkingssakkoorden en "etablisement". Enkele kanttekeningen bij de arresten 12/94, 17/94 en 33/94 van het Arbitragehof », *R.W.*, 1994-1995, p. 449 et s.; DE WILDE D'ESTMAEL (T.), « Les accords de coopération entre l'État, les Communautés et les Régions », *Rev. rég. dr.*, 1989, p. 431 et s.

⁶ Sur une synthèse de ces mécanismes de coopération en droit belge, cf. ANDERSEN (R.) et NIHOUL (P.), « Le Conseil d'État. Chronique de jurisprudence 1998 », *R.B.D.C.*, 2000, p. 135 et s.; MOERENHOUT (R.), « De samenwerking tussen de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten – Recente ontwikkelingen », *op. cit.*; « De samenwerking tussen de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten (1996-2000) », *op. cit.*; MOERENHOUT (R.) et SMETS (J.), *De samenwerking tussen...*, *op. cit.*

⁷ ANDERSEN (R.) et NIHOUL (P.), « Le Conseil d'État – Chronique de jurisprudence 1999 », *R.B.D.C.*, n° 3-4, 2000, p. 439.

⁸ ANDERSEN (R.) et NIHOUL (P.), « Le Conseil d'État – Chronique de jurisprudence 2000 », *R.B.D.C.*, n° 1, 2002, p. 110.

3. Toutefois, la qualification des accords de coopération entre partenaires fédéraux en tant que source formelle du droit a souvent été prise pour acquise par la doctrine belge⁹. La présente contribution poursuit, dans ce contexte, deux objectifs. Le premier est de questionner cette présomption, voire cette «profession de foi», et, dès lors, d'identifier les critères permettant de distinguer les accords pouvant être considérés comme des sources du droit positif, de ceux ne pouvant franchir le «seuil de juridicité» au sens strict du terme. Le second est de réfléchir, sous un angle plus sociologique cette fois, au sort que la théorie du droit doit réserver aux accords qui ne franchissent pas ce seuil, mais qui remplissent néanmoins un rôle souvent fondamental dans la gestion des affaires publiques au sein de la Belgique fédérale.

Pour ce faire, nous aborderons la qualification de cet instrument fort usité dans la vie de la fédération belge – comme celle de tous les États fédéraux¹⁰ – par le truchement de trois cadres théoriques proposés par les concepteurs du présent projet. Ainsi, dans un premier temps, nous tenterons d'appliquer la grille de lecture de H.L.A. Hart afin de déterminer s'il convient de qualifier les instruments adoptés conformément aux règles posées par l'article 92bis LSRI, de «sources formelles du droit». Ceci nécessitera un bref état des lieux du cadre légal existant afin d'y déceler les critères que ces accords doivent respecter pour recevoir la qualité de «règles de droit primaire» (I).

Nous nous intéresserons ensuite aux accords qui enfreignent l'une ou l'autre condition exigée par la règle de reconnaissance, ce qui, nous le verrons, est souvent le cas dans la pratique. Paradoxalement, bien qu'il ne s'agisse pas de source formelle du droit, ces ententes entre partenaires fédéraux sont dotées d'une effectivité incontestable: elles régissent les relations entre ces derniers, et gouvernement des pans importants de politiques publiques. Nous les examinerons alors sous l'angle de la sociologie du droit, en ayant recours à la typologie des sources de *soft law* élaborée par Isabelle Hachez dans son texte posant des balises conceptuelles pour la présente recherche collective, de même qu'au travers d'une réflexion sur leur «force normative», telle que conçue par Catherine Thibierge (II).

⁹ Et ce, contrairement à la conception dominante dans certaines autres fédérations. Cf. toutefois, POIRIER (J.), *Keeping Promises in Federal Systems...*, op. cit., p. 120-121; id., « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale », op. cit., p. 463 et s.

¹⁰ Sur les accords de coopération en droit comparé, POIRIER (J.), *Keeping Promises in Federal Systems...*, op. cit.; GARCÍA MORALES (M.-J.), *Convenios de colaboración en los sistemas federales europeos: Estudio comparativo de Alemania, Suiza, Austria y Bélgica*, McGraw-Hill, New York, 1998.

I. Les accords de coopération entre partenaires fédéraux : des sources formelles du droit ?

4. Le fédéralisme belge s'est construit à partir de 1970 autour du principe cardinal de l'autonomie entre les différentes composantes de l'État. Deux corollaires principaux découlent de la conception de cette autonomie qui prévaut en Belgique, à savoir l'exclusivité des compétences et l'équivalence entre les normes adoptées par les législateurs fédéraux et fédérés¹¹. L'adoption de politiques publiques cohérentes nécessitera de ce fait souvent une articulation de l'action de divers partenaires fédéraux. De plus, aucun partenaire de la fédération ne peut – en principe – imposer de normes aux autres. Les normes négociées deviennent, dans un tel contexte, consubstantielles à la gouvernance fédérale. Autrement dit, le fédéralisme n'induit pas seulement une répartition des compétences – en dictant « qui peut faire quoi » –, mais il modifie également les modalités selon lesquelles les pouvoirs publics peuvent gouverner¹². Modèles par excellence de normativité négociée, les accords de coopération permettent l'exercice conjoint de compétences (en principe) exclusives et sans (en principe) de hiérarchie entre parties autonomes et jouissant d'un pouvoir normatif similaire.

5. Ce n'est toutefois que depuis la troisième phase de la réforme de l'État (1988-1989) que l'ensemble des partenaires de la Belgique fédérale¹³ ont « légalement »¹⁴ la faculté (et dans certains cas, l'obligation¹⁵) d'agir de

¹¹ MOERENHOUT (R.), « De samenwerking tussen de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten (1996-2000) », *op. cit.*, p. 595.

¹² POIRIER (J.), « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation? ... », *op. cit.*, p. 262-263.

¹³ L'article 92bis LSRI s'applique également à la Communauté germanophone (art. 55bis de la loi de réformes institutionnelles pour la CG du 31 décembre 1983, *M.B.*, 18 janvier 1984), à la RBC (art. 42 de la loi spéciale relative aux institutions bruxelloises du 12 janvier 1989, *M.B.*, 14 janvier 1989) et à la Commission communautaire commune de la Région de Bruxelles-Capitale (art. 63, de la loi spéciale précitée relative aux institutions bruxelloises). La question de savoir si d'autres collectivités politiques (comme par exemple les communes) peuvent également conclure entre elles des accords de coopération est cependant controversée (*pro*: DELPÉRÉE (Fr.), « Quelle coopération entre l'État, les Communautés et les Régions? », *Journal des procès*, 1989, n° 148, p. 14; POIRIER (J.), « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation? ... », *op. cit.*, p. 270; *contra*: COENRAETS (Ph.), « Les accords de coopération dans la Belgique fédérale », *op. cit.*, p. 162).

¹⁴ Ce faisant, les réformateurs de 1988-1989 n'avaient en réalité fait qu'inscrire dans le « registre juridique » une technique qui n'était pas inconnue de la scène politique belge (et même juridique en ce qui concerne la CG depuis la loi de réformes institutionnelles du 31 décembre 1983), trahissant ainsi la tradition légicentriste et formaliste à laquelle appartient manifestement la Belgique (POIRIER (J.), « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation? ... », *op. cit.*, p. 265). Il est d'ailleurs intéressant de noter que l'institutionnalisation de la technique d'accords de coopération n'a pas entraîné la disparition de ces procédés.

¹⁵ Les paragraphes 2 à 4 *quinquies* de l'article 92bis LSRI imposent ainsi aux partenaires de la Belgique fédérale une obligation de conclure des accords de coopération et donc de s'entendre sur l'exercice

manière consensuelle en recourant à la technique des accords de coopération. Bien que souhaitable dans un État fédéral et régulièrement recommandée tant par la section de législation du Conseil d'État¹⁶ que par la Cour constitutionnelle¹⁷, la conclusion d'un accord de coopération ne présente en règle

de leurs compétences respectives – et en principe – exclusives. En 1988, ces accords faisaient partie intégrante du processus de régionalisation et de communautarisation des compétences longtemps exercées par une seule autorité sur tout le territoire belge. Le transfert effectif des compétences – de l'autorité fédérale vers les entités fédérées – était en effet conditionné par la conclusion d'un accord de coopération. L'objectif poursuivi par le législateur spécial était alors de sauvegarder une cohérence dans des matières où les compétences sont désormais éclatées (POIRIER (J.), « Les accords de coopération dans le processus de réformes institutionnelles... », *op. cit.*, p. 72). Le nombre de ces accords de coopération « obligatoires », très restreint en 1988, ne cesse de s'accroître au fil de réformes institutionnelles (DEBRY (J.-T.), « Les accords de coopération obligatoires à travers les réformes de l'État », *op. cit.*, p. 196 à 229; ORBAN (H.), « Les accords de coopération obligatoires... », *op. cit.*, p. 3 à 22). Aujourd'hui, l'on ne compte pas moins de dix-neuf cas dans lesquels les parties doivent recourir à la technique des accords de coopération. Ce chiffre, déjà conséquent lorsque l'on sait que ce type d'accord de coopération reste très largement inconnu d'autres fédérations, ne manquera pas d'augmenter au terme de la sixième réforme de l'État. L'accord institutionnel prévoit en effet que des accords de coopération devront obligatoirement être conclus notamment en matière de soins de santé et d'aide aux personnes (Accord institutionnel du 11 octobre 2011, www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/home/FRtexte%20dirrupo.pdf (consulté le 1^{er} mars 2012), p. 35).

¹⁶ Sur ce point, ANDERSEN (R.) et NIHOUL (P.), « Le Conseil d'État – Chronique de jurisprudence 2004 », *R.B.D.C.*, 2005, p. 338 à 340; MOERENHOUT (R.), « De samenwerking tussen de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten – Recente ontwikkelingen », *op. cit.*, p. 272.

¹⁷ En effet, selon la juridiction constitutionnelle, s'il n'appartient qu'aux autorités compétentes d'apprécier l'opportunité de recourir à la technique des accords de coopération et de mener ainsi des politiques communes (C.A., 15 octobre 1996, n° 56/1996, cons. B.4 et B.5; C.A., 24 juin 2003, n° 92/2003, cons. B.10; C.A., 28 septembre 2005, n° 147/2005, cons. B.8.2. et B.8.3.; C.C., 10 novembre 2011, n° 168/2011, cons. B.21.2., B.22., B.23.1., B.23.2.), il leur est en revanche interdit de légiférer sans coopérer – et donc de manière autonome – lorsque les compétences en jeu sont à ce point « imbriquées » qu'elles ne peuvent agir que de manière coordonnée, notamment par le biais d'un accord de coopération (C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004; C.A., 13 juillet 2005, n° 128/2005; C.A., 8 novembre 2006, n° 163/2006. Cette jurisprudence a été commentée dans de nombreuses contributions, dont DOCQUIR (B.) et VERPLANCKE (P.), « La télévision du futur est-elle soluble dans le fédéralisme belge? », *Journal du juriste*, 2005, p. 9; QUECK (R.), VALCKE (P.) et COPPIETERS 'T WALLANT (Q.), « L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 2004: percée ou impasse? », *R.D.T.I.*, 2005, p. 57 à 72; STEVENS (D.) et VALCKE (P.), « Verplichte samenwerking in de elektronische communicatiesector: wat baten kaars en bril... », *R.D.C.*, 2007, p. 230 à 232; WERNER (P.), « Télécommunication, radiodiffusion... et coopération – La fin d'une saga politico-judiciaire? », *C.D.P.K.*, 2008-1, p. 150 à 165. Cf. aussi en ce sens, très récemment, C.C., 2 mars 2011, n° 33/2011, cons. B.10.1., B.10.2). En effet, l'exercice des compétences attribuées aux partenaires fédéraux doit s'exercer conformément au principe de proportionnalité, lequel implique qu'une autorité ne peut régler unilatéralement la compétence qui lui a été confiée d'une manière telle qu'il devient impossible ou exagérément difficile pour un autre partenaire de mener efficacement une politique qui lui est confiée. Sur la base du même principe, un partenaire peut unilatéralement subordonner à la conclusion d'un accord de coopération l'exercice de sa propre compétence, alors même que ce pouvoir est en règle réservé au législateur spécial (C.C., 23 juin 2011, n° 112/2011). Sur ce dernier point, il importe de noter que la Cour s'écarte de la *légisprudence* de la section de législation du Conseil d'État qui considère qu'est contraire à la Constitution le fait pour une loi ordinaire, *a fortiori* pour un décret ou pour une ordonnance, de subordonner l'exercice d'une compétence à la conclusion d'un accord de coopération; seul le législateur spécial est investi de ce pouvoir (C.E., sect. lég., avis n° 40.388/4 du 14 juin 2006, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006-2007, n° 2763/001, p. 67; C.E., sect. lég., avis n° 36.198 du 4 décembre 2003, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2003-2004, n° 0473/035, p. 7).

qu'un caractère facultatif, ce qui est cohérent avec la conception de l'autonomie des composantes de l'État fédéral. L'article 92*bis*, § 1^{er} LSRI prévoit à cet égard que ces accords peuvent porter «notamment sur la création et la gestion conjointes de services et institutions communs, sur l'exercice conjoint de compétences propres, ou sur le développement d'initiatives en commun». L'on admet toutefois que cette liste n'est qu'exemplative, de sorte qu'il est loisible aux partenaires fédéraux de conclure des accords de coopération «facultatifs» dans toutes les matières relevant de leurs compétences¹⁸.

6. Dans la pratique, les partenaires fédéraux mobilisent de plus en plus la technique des accords de coopération en vue notamment de créer et gérer une institution commune¹⁹, de développer des projets communs²⁰ ou encore de coordonner leurs politiques respectives²¹. Ce constat concerne aussi bien les accords «verticaux» (conclus entre l'État fédéral et une ou plusieurs entités fédérées), «horizontaux» (passés uniquement entre de entités fédérées) voire «omnilatéraux» (adoptés par tous les partenaires de la fédération). L'on dénombre pas moins de quarante accords de coopération conclus par les partenaires fédéraux au cours des cinq dernières années et environ trois cents depuis l'institutionnalisation légale de cet instrument en 1988-1989.

L'ensemble de ces accords de coopération conclus entre les partenaires de la fédération constituent-ils pour autant des sources formelles du droit? Les prochaines lignes tentent de répondre à cette question épineuse en déconstruisant l'article 92*bis* LSRI, qui en constitue la règle de reconnaissance au sens de Hart (A) et pose ainsi les critères permettant d'apprécier leur existence comme source du droit ainsi que leur validité substantielle (B). Enfin, nous effectuerons un survol du contrôle juridictionnel dont ces éventuelles sources du droit peuvent faire l'objet (C).

¹⁸ C.A., 3 mars 1994, n° 17/1994, p. 12, cons. B.5.2.

¹⁹ Cf. notamment AC du 27 mars 2006 entre la CFr, la RW, la CG et la COCOF, instituant la « Commission consultative francophone et germanophone pour l'UNESCO », *M.B.*, 11 juin 2007; AC du 5 juin 2008 entre la RBC et la COCOM, concernant la constitution d'une commission de recours en matière de fonction publique commune et de chambres de recours communes au ministère de la RBC et aux services du Collège réuni de la COCOM, *M.B.*, 18 septembre 2008.

²⁰ Cf. notamment AC du 30 janvier 2009 entre la RW et la CFr en vue de la cogestion du Domaine de Mariemont, *M.B.*, 27 mai 2009.

²¹ Cf. notamment AC du 23 janvier 2009 entre la CFr, la RW et la COCOF visant la coordination des politiques d'intervention en lien avec le milieu carcéral, *M.B.*, 25 août 2008; AC du 4 novembre 2008 conclu entre la RFI, la RW et la RBC concernant la prévention et la gestion des déchets d'emballages, *M.B.*, 29 décembre 2008, approuvé par la RW (décret du 5 décembre 2008, *M.B.*, 29 décembre 2008), la RF (décret du 19 décembre 2008, *M.B.*, 29 décembre 2008) et la RBC (ordonnance du 19 décembre 2008, *M.B.*, 29 décembre 2008).

A. *L'article 92bis de la loi spéciale des réformes institutionnelles comme règle de reconnaissance des accords de coopération*

7. H.L.A. Hart occupe assurément une place privilégiée parmi les théoriciens du droit de l'époque contemporaine. Le portrait qu'il dresse du système juridique dans son ouvrage emblématique, *The Concept of Law*²², a dominé la pensée juridique sur le continent européen²³ pendant la seconde moitié du XX^e siècle et constitue un cadre théorique fécond dans toute épreuve scientifique désirent appréhender les sources du droit²⁴.

C'est en effet à Hart que la notion de «règle de reconnaissance» doit ses lettres de noblesse. S'inscrivant dans une perspective strictement positiviste, Hart effectue une distinction cardinale entre les règles qui prescrivent des devoirs ou obligations (règles qu'il qualifie de «primaires») et celles – «secondaires» – qui ne font que pourvoir «à des opérations qui entraînent non seulement un mouvement ou un changement d'ordre physique, mais la création ou la modification de devoirs ou d'obligations»²⁵. Parmi ces dernières, il identifie notamment une règle dite «de reconnaissance» qui fournit, selon lui, l'étalon ultime permettant de déterminer l'existence et la validité des normes juridiques²⁶.

8. Transposer la «conception du droit» de H.L.A. Hart au système juridique belge en général, et aux accords de coopération conclus par les partenaires de la Belgique fédérale en particulier, constitue en soi un exercice délicat. En effet, et Hart l'admettait lui-même, la règle de reconnaissance est particulièrement difficile à identifier dans les systèmes juridiques au sein desquels coexistent de nombreuses sources du droit²⁷. Tel est pourtant le cas, à l'heure actuelle, dans la plupart des pays occidentaux, comme la France ou la Belgique, au sein desquels on assiste à une multiplication déconcertante d'instruments en tous genres²⁸ et à une profonde remise en cause de la théorie classique des sources du droit²⁹.

²² Dans la présente contribution, nous nous référons à la traduction de cet ouvrage effectuée en 2005. HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, 2^e éd. revue et augmentée, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2005.

²³ FRYDMAN (B.), *Le sens des lois – Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 573.

²⁴ GÉRARD (Ph.), «L'idée de règle de reconnaissance: valeur, limites et incertitudes», *R.I.E.J.*, n° 65, 2010, p. 67.

²⁵ HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 101.

²⁶ *Ibid.*, p. 114 et 124.

²⁷ *Ibid.*, p. 120.

²⁸ THIBIERGE (C.), «Sources du droit, sources de droit: une cartographie», in *Libres propos sur les sources du droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, Paris, 2006, p. 519.

²⁹ HACHEZ (I.), «Balises conceptuelles...», *op. cit.*, p. 16 et les références citées.

Toutefois, l'on ne risque guère de se tromper en affirmant que la Constitution belge constitue la règle de reconnaissance – au sens de Hart – de la plupart des sources écrites du droit émanant des autorités étatiques. C'est en effet la Constitution qui confère aux normes adoptées par les assemblées législatives des partenaires fédéraux le statut de sources du droit en décrivant notamment le processus de leur adoption ainsi que les modalités de leur entrée en vigueur³⁰. C'est également la charte constitutionnelle qui attribue au pouvoir exécutif le pouvoir de faire des règles et arrêtés nécessaires pour l'exécution des normes législatives et qui fixent les critères permettant d'en déterminer la validité³¹.

9. La situation est toutefois plus complexe en ce qui concerne les accords de coopération conclus entre les partenaires de la fédération. Difficile en effet de trouver dans la Constitution belge un article qui, selon l'expression de Hart³², détermine les critères indiquant «de manière positive et décisive» que les accords qui les possèdent constituent des sources formelles du droit. Tout au plus, quelques dispositions éparses confient au législateur spécial le pouvoir de fixer les «modalités» d'exercice des compétences par les partenaires de la fédération et font ainsi implicitement écho à la technique des accords de coopération.

C'est ainsi que l'article 35 de la Constitution énonce que «l'autorité fédérale n'a de compétences que dans les matières que lui attribuent formellement la Constitution et les lois portées en vertu de la Constitution même. Les Communautés ou les Régions, chacune pour ce qui la concerne, sont compétentes pour les autres matières, dans les conditions et *selon les modalités fixées par la loi*. Cette loi doit être adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa»³³. Dans le même ordre d'idées, l'article 39 de la Constitution dispose que «la loi attribue aux organes régionaux qu'elle crée et qui sont composés de mandataires élus, la compétence de régler les matières qu'elle détermine [...] 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»³⁴. Ainsi, non seulement les compétences, mais également les modalités de leur exercice sont fixées par le législateur spécial.

³⁰ Cf. les multiples dispositions constitutionnelles consacrées au processus d'élaboration de la loi, en particulier les articles 74 et s.

³¹ Articles 105 et 108 de la Constitution belge.

³² HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, op. cit., p. 114.

³³ Nous mettons en évidence. Il convient évidemment de souligner que cet article n'est toujours pas en vigueur, mais que le principe de l'attribution des compétences tant sur les matières que sur la manière de les exercer, est avéré en Belgique.

³⁴ Nous mettons en évidence.

En réalité, l'article 92*bis* LSRI ne constitue pas uniquement le cœur du droit des accords de coopération, mais plus fondamentalement leur règle de reconnaissance au sens de Hart. Cette disposition pose les critères permettant de départager les ententes entre les partenaires fédéraux qui sont assurément des sources formelles du droit, des autres ententes qui ne peuvent pas recevoir une telle qualification. De surcroît, cet article comporte les traits qui permettent de distinguer, au sein de la catégorie des accords représentant des sources formelles du droit, ceux qui peuvent être considérés comme « valides » de ceux qui, bien que dotés des atours formels nécessaires, sont invalides dans les divers ordres juridiques belges.

B. Les critères posés par l'article 92*bis* de la loi spéciale de réformes institutionnelles

10. La présente section explore les critères fixés par le cadre normatif des accords de coopération, à savoir l'article 92*bis* LSRI. Le premier qui retiendra notre attention est relatif au processus formel de l'élaboration des accords de coopération et dont le respect confère à ceux-ci la qualité de « sources formelles du droit » (1). Le second critère, de nature plus substantielle, concerne la « validité » interne des accords de coopération (2). Nous clôturerons la section par l'analyse de la place dans la hiérarchie des normes juridiques des accords de coopération dotés des traits procéduraux requis par l'article 92*bis* LSRI et qui respectent les conditions substantielles posées par celui-ci (3).

1. Les critères procéduraux : gages de l'existence des accords de coopération comme sources formelles du droit

11. En règle, un accord de coopération existe et constitue une source formelle du droit dès sa conclusion par les partenaires fédéraux. Dans la pratique, ils sont souvent négociés et conclus par les pouvoirs exécutifs des collectivités publiques concernées. Néanmoins, au vu du caractère imprécis de l'article 92*bis* LSRI, pour la section de législation du Conseil d'État³⁵ et une partie de la doctrine relativement récente³⁶, rien n'empêche que deux ou plusieurs assemblées législatives adoptent ensemble un accord de coopération.

³⁵ C.E., sect. lég. (assemblée générale), avis n° 48.754/AG/2 et n° 48.755/AG/22 du 15 décembre 2010, *Doc.*, Parl. CFr, sess. ord. 2010-2011, n° 347, p. 19-20.

³⁶ POIRIER (J.), « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ? ... », *op. cit.*, p. 269 (article de 2006); *Contra*, une doctrine plus ancienne: COENRAETS (Ph.), « Les accords de coopération dans la Belgique

12. Toutefois, dans certains cas prévus par l'article 92*bis* LSRI, l'accord de coopération doit, pour être une source formelle du droit à part entière, recevoir l'assentiment des assemblées législatives des partenaires à l'accord (a). S'agissant des accords pour lesquels une telle formalité n'est pas requise, la controverse persiste néanmoins sur le point de savoir s'il convient de les qualifier de «normes réglementaires» émanant simultanément de deux ou plusieurs autorités administratives (b).

a) Les accords nécessitant des assentiments législatifs

13. Selon l'article 92*bis*, § 1^{er}, alinéa 2, deuxième phrase, doivent faire l'objet d'une approbation législative, les accords de coopération qui portent sur des matières devant être réglées par une norme législative (et non réglementaire); ceux qui peuvent «grever» un partenaire fédéral (qui comportent des incidences budgétaires); ou encore les accords qui lient les Belges individuellement (c'est-à-dire, en pratique, tous les tiers³⁷). Ces critères ont été rajoutés en 1993 à l'issue de la quatrième réforme de l'État, et sont formulés selon les termes exacts des règles qui régissaient jusqu'alors l'assentiment législatif des traités internationaux.

14. Les cas visés à l'article 92*bis* sont énoncés en des termes suffisamment larges pour englober un grand nombre d'accords de coopération dont la qualité de source formelle du droit ne peut être reconnue qu'une fois obtenues les approbations parlementaires.

Il est bien sûr envisageable que des accords traitent de matières relevant des pouvoirs exécutifs (et donc pas de matières devant être régies par des normes législatives). Ce serait le cas, par exemple, de l'accord de coopération multilatéral sur la représentation de la Belgique dans les institutions du Benelux³⁸.

Des accords peuvent également n'engager que les pouvoirs publics, sans engendrer d'obligations pour les tiers. L'on peut par exemple songer à l'accord de coopération entre la Région wallonne et la Communauté française

fédérale », *op. cit.*, p. 188, note n° 225; COENRAETS (Ph.) et UYTTENDAELE (M.), « Les accords de coopération », *op. cit.*, p. 5 (implicite); MOERENHOUT (R.) et SMETS (J.), *De samenwerking tussen...*, *op. cit.*, p. 154-155.

³⁷ POIRIER (J.), *ibid.*, p. 272.

³⁸ AC du 5 juin 2009 entre l'EF, les Communautés et les Régions portant sur la représentation du Royaume de Belgique au sein des institutions de l'Union Benelux, et l'adoption de positions et la coordination interne y relatifs, *M.B.*, 22 décembre 2011.

en vue de la gestion du Domaine de Mariemont qui ne paraît pas *en soi* engendrer des obligations à l'égard des tiers³⁹.

Cela dit, il est possible que des engagements entre exécutifs entraînent des conséquences indirectes pour les tiers. Tel est le cas par exemple d'un accord de coopération conclu en 2008 entre le gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et le Collège réuni de la Commission communautaire commune de Bruxelles⁴⁰ qui, en dépit de ce qui est énoncé dans son préambule⁴¹, lie indirectement les tiers. Certes, il se limite à constituer une commission commune de recours dans certaines matières touchant à la fonction publique commune aux Services des partenaires contractants, dans une matière qui relève de la compétence du pouvoir exécutif (stage, évaluation, absences, congés...). L'accord n'engendre donc pas *directement* d'obligations à l'endroit des tiers. Toutefois, il a pour effet *indirect* de priver les fonctionnaires d'un organe de recours faisant partie de l'autorité publique dont ils relèvent, au profit de l'organe conjoint ainsi constitué.

Le troisième critère limite encore plus la possibilité que des accords de coopération puissent échapper à la nécessité d'une approbation parlementaire. En effet, rares sont les accords n'ayant aucune incidence financière sur les parties. Or, il convient de noter que, dans la pratique, de nombreux accords grevant pourtant le budget d'une ou des parties ne sont pas approuvés par les assemblées législatives. L'accord de coopération conclu le 24 mai 2006 entre l'État et les Régions relatif au programme de stimulation au transfert de connaissance dans des domaines d'importances stratégiques⁴² en offre une illustration. En effet, en dépit de ses incidences budgétaires, cet accord n'a toujours pas fait l'objet d'un assentiment des législateurs compétents. De même, l'accord de coopération relatif à la gestion du Domaine du Mariemont mentionné précédemment, s'il ne crée pas en soi des obligations pour les tiers, comporte tout de même des incidences financières indéniables et aurait dû être soumis à la formalité prévue par l'article 92*bis* LSRI.

³⁹ AC du 30 janvier 2009 entre la RW et la Cfr en vue de la cogestion du Domaine de Mariemont, *M.B.*, 27 mai 2009.

⁴⁰ AC du 5 juin 2008, *M.B.*, 2 septembre 2008.

⁴¹ Cf. le § 7 du préambule : « considérant que le présent accord de coopération ne porte pas sur des matières réglées par ordonnance et qu'il ne grève pas la Région de Bruxelles-Capitale ou la Commission communautaire commune de Bruxelles-Capitale ou ne lie pas les Belges individuellement ».

⁴² *M.B.*, 4 octobre 2007. Cf. l'article 4 qui comporte la clé de répartition des frais entre les Communautés française et flamande.

Il convient de noter qu'au cours des cinq dernières années, environ 30 % des accords publiés au *Moniteur belge* n'ont pas fait l'objet d'assentiment⁴³. S'il est plausible que cette procédure n'ait pas été requise pour certains, ce n'est assurément pas le cas d'une bonne proportion d'entre eux. Ce constat saisissant soulève d'évidentes interrogations quant à la conformité aux règles fondamentales établies par les lois spéciales d'une pratique de plus en plus riche dans la vie du système fédéral belge. Le bilan suscite également la réflexion sur le statut de ces nombreux accords comme « source formelle du droit ».

15. Du reste, selon les deux sections du Conseil d'État, un accord de coopération requérant l'assentiment des Parlements ne peut sortir entièrement ses effets qu'après avoir été approuvé par l'ensemble des assemblées législatives concernées⁴⁴. Autrement dit, un accord intervenu entre trois partenaires fédéraux – et nécessitant l'aval des parlementaires – ne serait transformé en source formelle du droit qu'au moment de l'entrée en vigueur du dernier assentiment. Dans un arrêt du 13 février 2008, la Haute juridiction administrative a d'ailleurs annulé un acte administratif fondé sur un accord de coopération n'ayant été approuvé que par un législateur⁴⁵. Elle a considéré en des termes particulièrement percutants que « s'agissant d'accords de coopération, le dispositif relatif à leur assentiment, en ce compris en ce qui concerne la rétroactivité, ne sera complet que lorsque l'ensemble des assemblées législatives concernées auront donné leur assentiment »⁴⁶.

16. Toutefois, dans la pratique, il existe quasi toujours un décalage entre les dates auxquelles les assentiments législatifs sont donnés⁴⁷, notamment

⁴³ La publication au *Moniteur belge* n'est pas légalement requise, sauf dans la mesure où, comme toute norme, l'accord lierait les tiers. Il est donc difficile de répertorier tous les accords n'ayant pas fait l'objet d'assentiments législatifs. Si, dans la pratique, il semble que tous les accords verticaux fassent l'objet d'une publication, ce n'est pas nécessairement le cas des accords entre entités fédérées. Autrement dit, il est possible que la proportion d'accords n'ayant pas reçu l'aval des assemblées soit encore plus élevée que ce que nous rapportons ici.

⁴⁴ Et pour autant qu'il porte sur l'ensemble des obligations auxquelles entendent se soumettre les parties à l'AC. L'assentiment ne peut donc être donné que si son contenu concret est connu des législateurs (C.E., sect. lég., avis n° 50.243/2 du 26 septembre 2011, *Doc.*, Parl. CFr, 2011-2012, n° 281, p. 16).

⁴⁵ En réalité, les parties avaient *in specie* conclu un « protocole » mais qui, selon le Conseil d'État, constituait en réalité un accord de coopération au sens de l'article 92bis LSRI (*cf. infra*, n° 45).

⁴⁶ C.E., 13 février 2008, *Résidence le Charlemagne*, n° 179.544. Dans le même sens, C.E., 25 mars 2003, *Résidence Harmonie*, n° 117.483.

⁴⁷ L'on peut par exemple songer à un accord de coopération-cadre relatif à la Formation en alternance conclu le 28 octobre 2008 entre la CFr, la RW et la COCOF. En effet, il a été approuvé par les assemblées des partenaires fédéraux concernés à des dates très différentes, à savoir le 8 janvier 2009 par la CFr (publié au *M.B.*, 10 mars 2009), une semaine plus tard par la RW (publié au *M.B.*, 5 mars 2009), mais près de deux mois plus tard par la COCOF (publié au *M.B.*, 10 juin 2010). Un accord de coopération portant création d'une Commission nationale pour les droits de l'enfant passé le 19 septembre

en raison des calendriers et priorités distincts des multiples assemblées législatives. Un accord de coopération entre l'État, les Communautés, la Commission communautaire commune, la Commission communautaire française et les Régions en matière de politique de drogues globale et intégrée offre une illustration frappante de ce phénomène. En effet, conclu le 2 septembre 2002, cet accord a pourtant été approuvé pour la première fois le 11 mai 2003 par un partenaire⁴⁸ et en dernier lieu plus de six ans plus tard⁴⁹! Plus généralement, il appert qu'au cours des cinq dernières années, seuls les deux tiers des accords de coopération publiés au *Moniteur belge*, et que les exécutifs ont souhaité soumettre à leurs assemblées parlementaires, ont effectivement reçu l'assentiment de *toutes* les assemblées concernées. À notre connaissance, un seul d'entre eux a été approuvé simultanément par l'ensemble des collectivités contractantes⁵⁰.

L'interprétation du Conseil d'État selon laquelle un accord ne peut porter ses effets avant d'avoir obtenu l'assentiment de tous les législateurs compétents a le bénéfice de la clarté et d'une certaine sécurité juridique⁵¹. Cependant, elle ne découle pas nécessairement du texte de l'article 92*bis* LSRI. L'on peut également s'interroger sur les conséquences d'une lecture aussi radicale. En effet, prenons l'exemple fictif d'un accord intervenu entre tous les partenaires fédéraux et entériné par toutes les assemblées législatives sauf une, par hypothèse, la Communauté germanophone. Peut-on imaginer que l'accord puisse

2005 par exactement dix partenaires fédéraux offre un exemple encore plus saisissant. En effet, il a été approuvé par leurs assemblées législatives à autant de dates différentes, à savoir le 17 novembre 2005 par la RW (*M.B.*, 5 décembre 2005), le 24 février 2006 par la C.F.I. (*M.B.*, 21 mars 2006), le 24 mars 2006 par la C.Fr. (*M.B.*, 8 mai 2006), le 20 avril 2006 par la COCOF (*M.B.*, 23 mai 2006), le 1^{er} mai 2006 par l'EF (*M.B.*, 10 novembre 2006), le 26 juin 2006 par la CG (*M.B.*, 15 septembre 2006), le 7 juillet 2006 par la COCOM (*M.B.*, 21 août 2006) et, enfin, le 13 juillet 2006 par la RBC (*M.B.*, 3 août 2006). À suivre les règles posées par le Conseil d'État, l'accord de coopération n'aurait eu d'effet qu'à cette dernière date, même pour la RW dont l'assemblée a donné assentiment près de huit mois plus tôt...

⁴⁸ En l'occurrence, l'EF par une loi du 11 mai 2003 (*M.B.*, 2 juin 2003).

⁴⁹ Par la RBC, par une ordonnance du 4 décembre 2008 (*M.B.*, 23 décembre 2008). Les assentiments des autres partenaires à l'accord sont quant à eux très étalés dans le temps. Après l'EF, c'est le Parlement de la C.Fr. qui a approuvé l'accord (décret du 17 juillet 2003, *M.B.*, 10 septembre 2003), suivi par la C.F.I. (décret du 19 mars 2004, *M.B.*, 3 mai 2004), la CG (décret du 21 mars 2005, *M.B.*, 28 avril 2005), la RW (décret du 17 novembre 2005, *M.B.*, 27 décembre 2005), la COCOM (ordonnance du 12 janvier 2006, *M.B.*, 1^{er} février 2006) et la COCOF (décret du 20 avril 2006, *M.B.*, 23 mai 2006).

⁵⁰ AC du 27 mars 2009 entre la C.Fr., la RW et la COCOF concernant la création du Service francophone des Métiers et des Qualifications – approuvé le 30 avril 2009 par les assemblées de tous les partenaires à l'accord même si les assentiments ont été publiés au *Moniteur belge* à des dates différentes (le 2 juin 2009 pour le décret de la COCOF; le 2 juillet 2009 pour le décret de la C.Fr.; le 16 juillet 2009 pour le décret de la RW).

⁵¹ Quoique cette règle exige que les autorités – et les tiers affectés – vérifient si tous les législateurs ont adopté et fait publier les normes d'assentiment requises avant de conclure que l'accord est en vigueur, ce qui peut constituer un exercice fastidieux, chronophage et ne simplifiant certainement pas l'accès aux normes juridiquement contraignantes.

– légalement – régir l'exercice des compétences des autres autorités publiques (et lier leurs ressortissants respectifs)? Ou, au contraire, doit-on risquer de voir une entente largement enchâssée par les législateurs, demeurée « otage » d'un des signataires?

17. Enfin, il n'appartient pas aux assemblées amenées à approuver un accord de coopération d'amender celui-ci⁵². Autrement dit, bien que les parlementaires puissent discuter de l'accord et soulever des questions s'y rapportant, *in fine*, ils ne peuvent qu'y consentir ou le rejeter dans son ensemble. Cette fonction de « *rubber stamping* » soulève évidemment également bon nombre d'interrogations sur le plan du contrôle démocratique d'un instrument aussi central dans le fédéralisme belge⁵³.

b) Les accords de coopération ne nécessitant pas d'assentiment législatif

18. Nous avons déjà souligné que les accords ne nécessitant pas d'assentiment des assemblées législatives (car ne remplissant pas l'une des trois conditions prévues à l'article 92*bis*, § 1^{er}, alinéa 2) sont des sources du droit dès leur conclusion par les partenaires fédéraux, c'est-à-dire, en pratique, leur signature par les personnes autorisées à engager les pouvoirs exécutifs⁵⁴. Dès cet instant, l'accord de coopération atteint le seuil de « juridicité » requis pour recevoir un tel qualificatif puisqu'il respecte le critère formel posé par l'article 92*bis* LSRI, c'est-à-dire qu'ils ont été « négociés et conclus par l'autorité compétente ». Dans certains cas, les accords font l'objet d'un entérinement par les gouvernements, mais cette pratique ne semble pas systématique⁵⁵. D'ailleurs, un tel assentiment par arrêté n'emporte, en règle, aucun effet particulier⁵⁶.

⁵² LEURQUIN-DE VISSCHER (Fr.), « Les règles de droit », *op. cit.*, p. 221.

⁵³ MOERENHOUT (R.), « De samenwerking tussen de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten – recente ontwikkelingen », *op. cit.*, p. 279; POIRIER (J.), « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation? ... », *op. cit.*, p. 274.

⁵⁴ *Supra*, n° 11.

⁵⁵ Cela dit, en vertu du principe de collégialité enchâssé par l'article 69 LSRI, toute affaire relevant de la compétence d'un gouvernement doit faire l'objet d'une délibération collégiale, « sans préjudice » toutefois, des délégations accordées par ce gouvernement. Autrement dit, un ministre pourrait avoir, dans ses attributions, un pouvoir délégué par son gouvernement de conclure des accords de coopération.

⁵⁶ Sauf à renforcer le contrôle juridictionnel reposant sur l'accord de coopération puisque la norme d'approbation pourrait faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État (*infra*, n° 35).

19. Certains auteurs apposent un qualificatif « réglementaire » à ces accords de coopération émanant de plusieurs autorités administratives⁵⁷. Cette solution n'est toutefois pas à l'abri de toute critique. En effet, selon la jurisprudence constante du Conseil d'État, un règlement est, par définition, un acte administratif unilatéral par lequel une autorité administrative pourvoit « par des dispositions générales et abstraites, à l'établissement de normes de conduite pour le présent et à l'avenir »⁵⁸. Son auteur doit véritablement avoir « l'intention de le rendre obligatoire, de lier ceux qui doivent l'appliquer »⁵⁹.

Qualifier les accords de coopération ne devant pas faire l'objet d'un assentiment législatif de « réglementaire » est critiquable dès lors que, par leur nature, ils ne sont pas des actes administratifs « unilatéraux » mais à tout le moins bilatéraux. De surcroît, lorsqu'un accord de coopération crée des obligations dans le chef des tiers, il doit nécessairement faire l'objet d'un assentiment législatif⁶⁰. Or, il est difficile de concevoir qu'un accord de coopération énonce *des règles de droit à portée générale* sans lier les tiers. Cela dit, il n'est pas impensable qu'un tel accord puisse créer, non pas des obligations, mais des *droits* dans le chef des tiers (et, dès lors, ne les « lient » pas). Un tel accord pourrait être doté d'un contenu normatif suffisant pour être qualifié de « réglementaire » (dans la mesure, évidemment, où l'on accepterait qu'une norme réglementaire puisse être de nature bi ou multilatérale)⁶¹.

La section du contentieux administratif du Conseil d'État⁶² a d'ailleurs rejeté la position préconisée par la doctrine dominante en considérant qu'il convient de voir dans ce genre d'accord de coopération, non pas un « règlement », mais un « contrat » conclu entre les partenaires fédéraux, contrat auquel la théorie de l'acte détachable serait applicable. Il en découle que seul l'acte par lequel un partenaire fédéral consent à l'accord de coopération peut faire l'objet d'un recours juridictionnel auprès de la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

⁵⁷ Pro: COENRAETS (Ph.), « Les accords de coopération dans la Belgique fédérale », *op. cit.*, p. 177; COENRAETS (Ph.) et UYTENDAELE (M.), « Les accords de coopération », *op. cit.*, p. 8; MOERENHOUT (R.) et SMETS (J.), *De samenwerking tussen...*, *op. cit.*, p. 174-175; UYTENDAELE (M.), *Précis...*, *op. cit.*, p. 148 et 1017; contra: POIRIER (J.), « Les accords de coopération dans le processus de réformes institutionnelles... », *op. cit.*, p. 283-286; sur une position nuancée: DEBRY (J.-T.), « Le contrôle de conformité... », *op. cit.*, p. 829.

⁵⁸ C.E., sect. cont., 28 septembre 2001, *Kerzmann*, n° 99.275; C.E., sect. cont., 18 mai 2004, *Morad*, n° 131.567; C.E., sect. cont., 24 décembre 2004, *Loseke Nembalemba*, n° 138.877.

⁵⁹ C.E., sect. cont., 23 novembre 2001, *Nachtergaele*, n° 101.156.

⁶⁰ POIRIER (J.), « Les accords de coopération dans le processus de réformes institutionnelles... », *op. cit.*, p. 283-286

⁶¹ Quoi qu'il en soit, ceci réduit considérablement le nombre d'accords pouvant potentiellement être qualifiés de « réglementaires ».

⁶² C.E., sect. cont., 7 juin 2010, *De Coster*, n° 204.847; C.E., sect. cont., 29 décembre 2010, *Yernaux*, n° 210.163.

20. En résumé, un accord ne nécessitant pas un assentiment législatif pourrait constituer une « source formelle du droit » sous la forme d'un contrat entre exécutifs, mais uniquement s'il n'a aucun effet sur les tiers. S'il lie les tiers, il nécessite un assentiment, ce qui est, *ex hypotesi*, exclu. Reste la possibilité qu'un tel accord puisse être source non pas d'obligations, mais de droits pour les tiers. Un tel accord pourrait potentiellement être qualifié de source du droit à valeur réglementaire, mais uniquement si l'on pouvait admettre – *contra* l'avis du Conseil d'État – qu'une norme réglementaire ne doive pas nécessairement être unilatérale. Autrement dit, il semble très peu probable que l'ensemble des dix-sept accords n'ayant pas été soumis aux législateurs au cours des cinq dernières années⁶³ constituent des sources formelles du droit, à caractère réglementaire.

⁶³ AC du 28 juin 2011 entre l'EF et les Communautés relatif à la phase VII des Pôles d'attraction interuniversitaires (M.B., 1^{er} septembre 2011); AC du 5 juin 2009 entre l'EF, les Communautés et les Régions portant sur la présentation du Royaume de Belgique au sein des institutions de l'Union Benelux, et l'adoption de positions et la coordination interne y relatifs (M.B., 22 décembre 2011); AC du 3 avril 2009 entre la Communauté Wallonie-Bruxelles et la RW portant création du titre de « Métropole Culture en Communauté Wallonie-Bruxelles » (M.B., 27 juillet 2009); AC du 26 mars 2009 entre la Communauté Wallonie-Bruxelles et la RW portant création du titre de « Métropole Culture en Communauté Wallonie-Bruxelles » (M.B., 27 juillet 2009); AC du 30 janvier 2009 entre la RW et la CFr en vue de la cogestion du Domaine de Mariemont (M.B., 27 juin 2009); AC du 23 janvier 2009 entre la CFr, la RW et la COCOF visant la coordination des politiques d'intervention en lien avec le milieu carcéral (M.B., 25 août 2009); AC du 2 juillet 2008 modifiant l'AC du 27 mai 2004 entre l'EF, la CG, la RFI, la RW et la RBC en ce qui concerne la reconnaissance des cultes, les traitements et pensions des ministres des cultes, les fabriques d'église et les établissements chargés de la gestion du temporel des cultes reconnus (M.B., 23 juillet 2008); AC du 18 juin 2008 entre l'EF, la RFI, la RW et la RBC relatif à l'organisation et à la gestion administrative du système de registre normalisé et sécurisé de la Belgique conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil et de la décision n° 280/2004/CE du Parlement européen et du Conseil (M.B., 18 juillet 2008); AC du 5 juin 2008 entre la RBC et la COCOM, concernant la constitution d'une commission de recours en matière de fonction publique commune et de chambres de recours communes au ministère de la RBC et aux services du Collège réuni de la COCOM (M.B., 2 septembre 2008; 18 septembre 2008); AC du 17 juillet 2007 entre l'EF, la RFI, la RW et la RBC relatif à l'importation, l'exportation et le transit d'armes, de munitions et de matériel devant servir spécialement à un usage militaire ou de maintien de l'ordre et de la technologie y afférente, ainsi que des biens et technologies à double usage (M.B., 20 décembre 2007) – AC du 28 juin 2007 entre l'EF, la RFI, la RW et la RBC concernant l'octroi des moyens du fonds de restructuration temporaire conformément au règlement (CE) n° 320/2006 dans le cadre de l'arrêt de la production de sirop d'inuline (M.B., 2 août 2007); AC du 27 octobre 2006 modifiant l'accord de coopération du 18 juin 2003 entre l'EF, la RFI, la RW et la RBC concernant l'exercice des compétences régionalisées dans le domaine de l'agriculture et de la pêche pour ce qui concerne l'exercice des compétences dans le domaine de la législation sur le bail à ferme (M.B., 14 novembre 2006); AC du 28 septembre 2006 entre l'EF, les Communautés, les Régions, la COCOF et la COCOM concernant les principes pour un e-gouvernement intégré et la construction, l'utilisation et la gestion de développements et de services d'un e-gouvernement intégré (M.B., 19 octobre 2006); AC du 24 mai 2006 entre l'État et les Communautés relatif à la phase VI des Pôles d'attraction interuniversitaires (M.B., 4 octobre 2007); AC du 24 mai 2006 entre l'EF, les Communautés et les Régions concernant le soutien des « Belgian Coordinated Collections of Micro-organisms, BCCM » et le passage du consortium BCCM vers un « Biological Resource Centre » belge (M.B., 4 octobre 2007); AC du 24 mai 2006 entre l'État et les Régions relatif

2. Les critères substantiels : gages de la « validité » des accords de coopération

21. L'on peut assurément affirmer que les accords de coopération qui respectent les règles formelles prévues à l'article 92*bis* LSRI constituent des sources du droit dès lors qu'ils se conforment aux critères posés par leur règle de reconnaissance au sens de Hart. Le présent point mettra en lumière les critères permettant de déterminer la validité substantielle de ces accords. Nous verrons à cet égard que si, en théorie, la technique des accords de coopération ne peut être mobilisée par les partenaires de la fédération en contravention aux règles répartitrices des compétences (a), tel n'est pourtant pas toujours le cas en pratique (b).

a) *L'impératif du respect des règles répartitrices des compétences*

22. Nous avons vu que les fondements de l'architecture fédérale belge font en sorte que l'action coordonnée entre partenaires de la fédération doit fréquemment emprunter une forme concertée, voire négociée⁶⁴. La « contractualisation » des rapports prend, dans ce contexte, le pas sur les normes unilatérales, sources pourtant classiques du droit public positif. Toutefois, ces normes négociées, en l'occurrence les accords de coopération, ne peuvent – *de jure* – être utilisées par les collectivités en violation des règles répartitrices des compétences respectives de l'État fédéral, des Communautés et des Régions (bien que, comme nous le verrons, ce soit parfois le cas, *de facto*).

23. Il s'ensuit qu'un accord de coopération ne peut, en théorie, ni être conclu dans des matières étrangères aux compétences des collectivités politiques signataires⁶⁵, ni « entraîner un échange, un abandon ou une restitution de compétences »⁶⁶. Dès lors, s'exposent notamment à la critique les accords

au programme de stimulation au transfert de connaissance dans des domaines d'importance stratégique (M.B., 4 octobre 2007); AC du 27 mars 2006 entre la CFr, la RW, la CG et la COCOF, instituant la « Commission consultative francophone et germanophone pour l'UNESCO » (M.B., 11 juin 2007).

⁶⁴ *Supra*, n° 4.

⁶⁵ Ainsi, les Communautés ne peuvent conclure un accord de coopération en matière de contrôle des films dans la mesure où celle-ci demeure une compétence résiduelle de l'autorité fédérale (C.E., sect. cont., 18 novembre 2004, *Cineart*, n° 137.262; DEBRY (J.-T.), « Le contrôle de conformité des accords de coopération avec la répartition des compétences », *op. cit.*). Cf. également C.E., sect. lég., avis du 4 décembre 2003, n° 36.198/1, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2003-2004, n° 0473/035, spéc. p. 7-8; C.E., sect. lég., avis n° 43.941/4/VR du 22 janvier 2008, inédit, p. 3-9; Bruxelles, 31 mai 2001, *J.T.*, 2002, p. 568-569.

⁶⁶ C.A., 3 mars 1994, n° 17/1994, p. 12, cons. B.5.3. Sur cet arrêt, COENRAETS (Ph.), « Réflexions sur le contrôle de constitutionnalité des accords de coopération... », *op. cit.*; VAN NIEUWENHOVE (J.), « Over internationale verdragen, samenwerkingsakkoorden en "etablisement". Enkele kanttekeningen bij de arresten 12/94, 17/94 en 33/94 van het Arbitragehof », *op. cit.*

de coopération par lesquels un partenaire s'engage à financer un projet qui ne relève pas de sa compétence matérielle⁶⁷ ou dans une mesure qui dépasse sa part de responsabilité dans la politique visée par l'accord de coopération⁶⁸. Dans le même ordre d'idées, il serait contraire aux règles répartitrices de compétences qu'un accord de coopération prévoie que certaines décisions seront exclusivement prises par une partie à l'accord, alors qu'elles touchent également aux domaines de compétences des autres parties⁶⁹. Pareil accord s'analyserait en effet comme un abandon de compétence. Tel serait enfin le cas, selon la section de législation du Conseil d'État, si par l'accord de coopération, les partenaires fédéraux modifient une réglementation existante, puisqu'il « appartient au contraire à chacune des autorités concernées, dans le cadre de sa compétence exclusive de principe, d'effectuer les adaptations de la réglementation nécessaires à l'exécution de l'accord »⁷⁰.

En somme, les autorités fédérales et fédérées ne peuvent, par la voie contractuelle, même en embrigadant leurs assemblées législatives, modifier la répartition des compétences, tâche réservée au constituant et au législateur spécial. Et ce, en dépit du fait que l'énumération, à l'article 92*bis*, des missions que peuvent remplir les accords de coopération ne soit pas exhaustive⁷¹.

⁶⁷ Cf. C.E., sect. lég., avis n° 37.084/VR du 10 janvier 2004, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2004-2005, n° 3-1118/1, p. 22; C.E., sect. lég., avis n° 38.688/VR/V du 19 janvier 2005, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2005-2006, n° 3-1459/1, p. 27; C.E., sect. lég., avis du 22 janvier 2007, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2006-2007, n° 3-2087/1, p. 19; *Doc. parl.*, Assemblée réunie de la COCOM, 2006-2007, n° B-94/1, p. 23-24; C.E., sect. lég., avis n° 41.475/VR et n° 41.376/VR du 3 octobre 2006, *Doc. parl.*, Assemblée réunie de la COCOM, 2006-2007, n° B-81/1, p. 6-7; C.E., sect. lég., avis n° 37.475/VR/V du 27 juillet 2004, *Doc. parl.*, Assemblée réunie de la COCOM, 2007-2008, n° B-112/1, p. 13-14.

⁶⁸ C.E., sect. lég., avis n° 37.124/4 du 17 mai 2004, *Doc. parl.*, Assemblée réunie de la COCOM, 2004-2005, n° B-44/1, p. 7.

⁶⁹ C.E., sect. lég., avis du 28 septembre 1998, *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 1998-1999, n° 292-1, p. 13; C.E., sect. lég., avis n° 39.974/VR du 21 mars 2006, *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1820/1, p. 53.

⁷⁰ La section de législation du Conseil d'État considère en effet de longue date qu'un accord de coopération « n'est pas, en principe, l'instrument approprié pour apporter des modifications formelles ou implicites aux lois, aux décrets ou aux règlements » (C.E., sect. lég., avis n° 41.545/VR du 28 novembre 2006, *Doc. parl.*, 2006-2007, Sénat, n° 3-2114/1, p. 23-24). Selon la section de législation, « un accord de coopération ne peut impliquer un échange, un abandon ou une restitution de compétences, de sorte qu'un transfert de compétence normative (législative, décrétole ou réglementaire) n'est pas possible » (*ibid.*, p. 24. Cf. également les avis cités par: NIHOUL (P.), JOASSART (M.) et FRANCK (V.), « Le Conseil d'État – Chronique de jurisprudence 2006 », *R.B.D.C.*, n° 3, 2007, p. 347, n° 109).

⁷¹ *Supra*, n° 5.

b) Les accords de coopération remplissant des fonctions d'ingénierie constitutionnelle en contravention avec les procédures officielles

24. Dans certaines études antérieures, nous nous sommes penchés sur les diverses fonctions remplies par les accords de coopération⁷². L'on peut distinguer, d'une part, les fonctions « explicites », qui correspondent essentiellement aux objectifs avoués des parties contractantes, telles que transcrites dans le texte de l'accord. Les accords ont ainsi des fonctions de coordination matérielle (lorsqu'ils visent à articuler l'exercice des compétences exclusives des partenaires de la fédération afin de gérer conjointement une politique publique particulière), des fonctions procédurales (lorsqu'ils visent à déterminer comment les pouvoirs publics seront appelés à agir, à se concerter, à régler leurs éventuels différends, etc.) et enfin des compétences « organiques » lorsqu'ils mettent sur pied des institutions communes.

En Belgique, de nombreux accords de coopération remplissent également, de manière explicite, des fonctions d'ingénierie constitutionnelle, entièrement conformes à l'article 92*bis*. C'est, entre autres, le cas des accords de coopération « obligatoires » qui permettent de concrétiser un transfert officiel de compétences, en complétant une réforme de l'État tout à fait légale et constitutionnelle⁷³.

25. Toutefois, au-delà de ces fonctions explicites, de nombreux accords remplissent également des fonctions « implicites », souvent opaques, voire insidieuses. C'est notamment le cas des accords qui permettent de déroger à la répartition des compétences ou qui facilitent le financement d'une politique publique par une autorité n'ayant pas de compétence législative en la matière. C'est également le cas des accords par le biais desquels les exécutifs (avec ou sans l'aval de leurs parlementaires respectifs) s'arrogent le rôle du législateur spécial en procédant à une répartition de compétences relevant de ce dernier.

De tels accords peuvent revêtir les atours du droit formel, notamment s'ils reçoivent des assentiments législatifs. Malgré leurs déficiences inhérentes, ils constituent également des sources formelles du droit, du moins jusqu'à ce qu'une éventuelle censure juridictionnelle *a posteriori* n'intervienne. Or, celle-ci est semée d'embûches et fort rare⁷⁴. L'accord de coopération conclu le 12 décembre 2002 entre l'État et les entités fédérées constitue un exemple

⁷² POIRIER (J.), « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ? », *op. cit.*, p. 275 et s.; *id.*, « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale... », *op. cit.*, p. 444 et s.

⁷³ POIRIER (J.), « Les accords de coopération dans le processus de réformes institutionnelles... », *op. cit.*, p. 65 et s.

⁷⁴ Sur ce point, *cf. infra*, le point C du présent chapitre.

édifiant de ce phénomène⁷⁵. En effet, par cet accord, l'État fédéral transfère purement et simplement aux autorités fédérées sa compétence – en règle, exclusive – de rendre obligatoire les conventions collectives de travail. Pourtant, en dépit de cette inconstitutionnalité, cet accord de coopération relève toujours du droit positif⁷⁶, dès lors qu'il n'a, pour l'heure, fait l'objet d'aucune censure juridictionnelle.

3. La place des accords de coopération dans la hiérarchie des normes

26. La question se pose de savoir si, une fois qu'elles ont approuvé un accord de coopération – dont la validité substantielle ne prête à aucune discussion –, les assemblées peuvent adopter des normes législatives qui y dérogeraient implicitement ou explicitement (voire, carrément retirer leur approbation originale à l'accord). Ou si, au contraire, après avoir donné leur assentiment à un accord, ces assemblées voient leur liberté d'action nécessairement cadencée par la nature contractuelle de celui-ci. Dans le même ordre d'idées, lorsqu'une telle formalité n'est pas requise⁷⁷, un exécutif ayant valablement conclu un accord de coopération, peut-il dénoncer celui-ci ultérieurement ou y déroger par l'adoption d'une norme réglementaire contraire ?

27. Aucune « règle de reconnaissance », que ce soit la Constitution ou l'article 92*bis* LSRI, ne tranche cette question, pas plus que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ou la jurisprudence de la section de législation du Conseil d'État. Cela dit, la doctrine dominante postule la primauté de l'accord⁷⁸, en s'appuyant tantôt sur le principe de la loyauté fédérale⁷⁹ tantôt sur l'adage *pacta sunt servanda* qui serait « applicable *mutatis mutandis* à l'ensemble des relations conventionnelles, quel que soit l'ordre juridique dans lequel elles prennent place »⁸⁰. Une analogie est donc effectuée entre

⁷⁵ AC du 12 décembre 2002, M.B., 10 janvier 2003.

⁷⁶ Les termes de l'accord ne permettent toutefois pas de certifier qu'un tel AC ne devait pas faire l'objet d'un assentiment législatif.

⁷⁷ Sur ce point, *supra*, n^{os} 12 et s.

⁷⁸ COENRAETS (Ph.) et UYTENDAELE (M.), « Les accords de coopération », *op. cit.*, p. 10 et s.; COENRAETS (Ph.), « Les accords de coopération dans la Belgique fédérale », *op. cit.*, p. 167; DUMONT (H.), « L'État belge résistera-t-il à sa contractualisation ? ... », *op. cit.*, p. 320 et s.; KLEIN (P.), *Un aspect du fédéralisme coopératif horizontal...*, *op. cit.*, p. 24 et s.; LEURQUIN-DE VISSCHER (Fr.), « Les règles de droit », *op. cit.*, p. 224; LEWALLE (P.) et DONNAY (L.), *Contentieux administratif*, Larcier, Bruxelles, 2008, p. 928; UYTENDAELE (M.), *Précis...*, p. 1106-1021.

⁷⁹ DUMONT (H.), *ibid.*, p. 324.

⁸⁰ KLEIN (P.), *Un aspect du fédéralisme coopératif horizontal...*, *op. cit.*, p. 24.

le droit des contrats conclus entre des personnes privées⁸¹ ou encore celui applicable, en droit international public, aux traités internationaux⁸².

La section de législation du Conseil d'État semble renforcer l'idée selon laquelle la dimension contractuelle d'un accord de coopération empêche qu'un partenaire puisse s'en délier par l'adoption de normes y contrevenant implicitement ou explicitement. Ainsi, dans un avis rendu en 1997, elle affirmait que «les accords de coopération garantissent [...] l'adoption d'un texte identique qui le demeure puisqu'il n'est pas à la merci de modifications apportées par un seul législateur»⁸³. Plus récemment, elle allait encore plus loin (trop loin !) en estimant qu'une clause qui autorisait les parties à dénoncer un accord de coopération moyennant un préavis de six mois n'avait pas sa raison d'être puisqu'«un accord de coopération ne peut être dénoncé unilatéralement par une des parties signataires»⁸⁴. Bien que ne traitant pas explicitement des pouvoirs législatifs, cet avis s'inscrit toutefois dans cette même logique qui privilégie la norme négociée par les partenaires fédéraux par rapport à la norme (même législative) unilatérale. Les accords de coopération dûment approuvés se situeraient, dans cette optique, au-dessus des normes législatives dans la hiérarchie de normes⁸⁵.

28. Cela dit, une autre lecture est également possible. Ainsi, nous avons déjà souligné que le principe de la liberté démocratique des assemblées législatives d'adopter des normes en vue de servir l'intérêt public pouvait également justifier que la norme législative d'assentiment à un accord et une norme législative unilatérale puissent être mises sur un pied d'égalité⁸⁶. D'éventuels conflits entre normes législatives se régleraient alors en ayant recours aux principes d'interprétation des lois, à savoir *lex posterior derogat priori* et *lex specialis derogat generali*.

En somme, deux principes fondamentaux sont potentiellement en tension : le respect de la parole donnée, gage d'une certaine stabilité au sein d'un État fédéral, d'une part, et la liberté (souveraineté) parlementaire, gage de la démocratie représentative, d'autre part. La deuxième conception a cours dans plusieurs autres régimes fédéraux, où elle ne semble pas avoir d'effets délè-

⁸¹ Article 1134, al. 1^{er} du Code civil.

⁸² Article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités.

⁸³ C.E., sect. lég., avis n° 25.969/2 du 26 mai 1997, *Doc.*, Parl. wall., sess. ord. 1997-1998, n° 319/1, p. 11.

⁸⁴ C.E., sect. lég., avis n° 45.023/2/V du 8 septembre 2008, *Doc. parl.*, Parl. CFr, sess. ord. 2008-2009, n° 615, p. 66.

⁸⁵ Mais, bien entendu, en dessous des lois spéciales et de la Constitution.

⁸⁶ POIRIER (J.), « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation? ... », *op. cit.*, p. 287 et s.

tères sur la stabilité des relations entre partenaires fédéraux⁸⁷. Évidemment, comparaison n'est pas raison, et nous ne préconisons pas cette interprétation. Mais l'expérience étrangère démontre, au minimum, la nature « culturelle » de cette conception : ce qui semble d'une évidence absolue pour certains, n'est pas universellement partagé⁸⁸. D'ailleurs, dans une étude antérieure, nous avons souligné qu'il est probable que le rapport qui prévaut entre le droit interne et le droit international directement applicable en Belgique soit implicitement considéré comme incontournable en droit interne, en ce qui a trait aux accords de coopération⁸⁹. Il en découlerait que le droit négocié « inter-fédéral » aurait préséance sur le droit unilatéral des parties. Ce glissement presque automatique fait montre d'une grande cohérence, mais il est également révélateur du caractère culturellement ancré de certaines conceptions du droit.

29. La pratique belge des accords de coopération ne tend pas davantage à conforter ou à déforcer l'une ou l'autre thèse avancée par la doctrine et la section de législation du Conseil d'État. En effet, rares⁹⁰ sont les actes (et même les intentions) de dénonciation unilatérale des accords de coopération, alors même que ces instruments existent sur la scène juridique belge depuis plus de vingt ans. Il serait néanmoins hasardeux, voire inexact, d'en déduire l'existence d'une « coutume », soit d'une règle que les acteurs, en l'espèce les partenaires fédéraux, considéreraient comme étant de nature juridique⁹¹. Ce phénomène trahit en réalité la dimension politique des accords de coopération qui semble avoir persisté en dépit de leur insertion dans un registre juridique. C'est sans doute en vue d'assurer une relative stabilité du climat politique que les partenaires optent pour la renégociation

⁸⁷ POIRIER (J.), « Quand le "non-droit" fait la loi... », *op. cit.*, p. 8. Une analyse de la pratique des accords de coopération dans de nombreuses fédérations, dont les États-Unis, l'Afrique du Sud, le Brésil, le Canada, l'Australie, l'Espagne, le Nigéria ou l'Inde indique que c'est même chose courante. Cf. POIRIER (J.) et SAUNDERS (C.) éd., *Intergovernmental Relations in Federal Systems, A Global Dialogue on Federalism*, vol. 8, McGill/Queen's University Press, Montréal/Kingston, à paraître en 2013; POIRIER (J.), « Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien : les ententes intergouvernementales », *Revue québécoise de droit constitutionnel*, vol. 1, 2009, 20 p., www.aqdc.org/pub/cms_volume_tablemat.php?id_volume=1; (consulté le 23 avril 2012).

⁸⁸ Sur ce débat, POIRIER (J.), « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ? ... », *op. cit.*, et la réponse de DUMONT (H.), « L'État belge résistera-t-il à sa contractualisation ? ... », *op. cit.*, p. 317 et s.

⁸⁹ POIRIER (J.), « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale... », *op. cit.*, p. 468 et s.

⁹⁰ À quelques exceptions près : proposition de résolution visant à dénoncer l'AC relatif à la création de l'Agence pour le commerce extérieur, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2003-2004, n° 0569/001 et *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2007-2008, n° 0344/001.

⁹¹ VANDERLINDEN (J.), « Le juriste et la coutume : un couple impossible ? », in François Gény, *mythe et réalités. 1899-1999. Centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, THOMASSET (C.), VANDERLINDEN (J.) et JESTAZ (Ph.) dir., Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2000, p. 65.

des termes de l'accord de coopération, voire sa révocation, plutôt que d'agir unilatéralement⁹².

L'on est donc ici face à une véritable lacune dans la règle de reconnaissance. Une telle lacune devra être comblée soit par une modification constitutionnelle, soit par une modification de l'article 92*bis* de la loi spéciale, soit par les cours et tribunaux. Ainsi, ces derniers pourraient consacrer *expressis verbis* un principe général du droit réglant un conflit de normes potentiel, par exemple sur la base de la loyauté fédérale.

C. Le juge confronté aux accords de coopération (et vice versa !)

30. La qualification des accords de coopération comme « source du droit » impose que l'on s'interroge sur le contrôle dont ils font l'objet. En 1988-89, les architectes de la troisième réforme de l'État ont fait montre d'une réelle ambivalence face au statut des accords de coopération, et surtout au contrôle dont ils pourraient faire l'objet par le juge constitutionnel, administratif ou ordinaire⁹³. Il convient à cet égard, de distinguer trois volets de la rencontre potentielle entre les accords de coopération et les organes juridictionnels.

Le premier est celui du contrôle de constitutionnalité ou de légalité dont ils peuvent faire l'objet (les accords comme « normes contrôlées ») (1). Le second est celui du rôle qu'ils peuvent remplir comme « normes de contrôle », permettant de juger de la légalité d'autres normes législatives ou d'actes administratifs (2). Le troisième renvoie au rôle du juge dans le règlement d'éventuels différends relatifs à la mise en œuvre même d'un accord (3). Dans les trois cas, les obstacles posés par un législateur spécial ou fédéral craintif du « gouvernement des juges » face à des instruments découlant de négociations souvent ardues entre partenaires fédéraux sont évidents. Par contre, il serait excessif de prétendre que les accords de coopération échappent à toute forme de contrôle juridictionnel.

⁹² Après avoir émis son intention de dénoncer l'ancien accord relatif au Centre fermé d'Everberg, la ministre flamande responsable de la protection de la jeunesse avait finalement attendu le délai d'expiration de l'accord, qui n'avait simplement pas été reconduit (le Centre ayant, par la suite été cogéré simplement par la CFr et l'autorité fédérale, sans la participation de la CFI). Cet accord de coopération a fait place à un « protocole » conclu entre l'autorité fédérale et les trois Communautés le 3 mai 2007, par lequel le Centre allait dorénavant n'accueillir que des « délinquants » néerlandophones, d'autres centres étant prévus pour les francophones et les germanophones. Sauf erreur, ce protocole n'a pas été publié. Sur ce protocole, cf. *AlterEchos*: bimensuel de l'activité sociale à Bruxelles et en Wallonie, n° 229, 17 mai 2007, www.alterechos.be/index.php?p=sum&d=i&c=a&art_id=16643&n=229&l=1 (consulté le 23 avril 2012).

⁹³ POIRIER (J.), « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ? ... », *op. cit.*, p. 302-305.

1. Les accords de coopération, des normes contrôlées ?

31. La question de savoir si un accord de coopération constitue une norme contrôlée appelle une réponse différente selon qu'il a valablement⁹⁴ été approuvé par les Parlements concernés ou qu'il n'a fait l'objet d'aucun assentiment législatif. Cette distinction est importante aussi bien au stade du *contrôle préventif* exercé par la section de législation du Conseil d'État (a) qu'au stade *curatif* exercé par un organe – en principe – juridictionnel (b).

a) Le contrôle préventif réalisé par la section de législation du Conseil d'État

32. Seuls les accords de coopération faisant l'objet d'un assentiment législatif sont – dans une certaine mesure – soumis au contrôle préventif de la section de législation du Conseil d'État. En effet, n'étant pas un « arrêté réglementaire »⁹⁵ au sens de l'article 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'État (ci-après « LCCE »), un accord de coopération n'est pas en soi une norme soumise au contrôle préventif de la section de législation du Conseil d'État. Celle-ci ne pourrait en contrôler la validité substantielle qu'au moment de sa soumission à l'approbation des assemblées législatives, les avant-projets de norme législative étant soumis – sous réserve de certaines exceptions – à une telle formalité.

Cette solution a été confirmée par la section du contentieux du Conseil d'État dans un arrêt *Cineart* du 19 décembre 2003⁹⁶. La Haute juridiction administrative a en effet considéré que dès lors qu'ils n'étaient pas visés *expressis verbis* par l'article 3 LCCE, les accords de coopération ne nécessitant pas d'assentiment législatif échappent au contrôle préventif de la section de législation. Il en est de même, selon le Conseil d'État, pour l'arrêté par lequel un exécutif approuve un accord de coopération. Étant dépourvu de caractère normatif, il ne revêt pas le caractère « réglementaire » requis par la disposition précitée.

De toute façon, force est de constater que si le contrôle préventif du Conseil d'État existe, il demeure toutefois peu efficace dès lors qu'il n'est requis qu'à un stade où l'accord ne peut plus, en théorie, faire l'objet d'un amendement. Tout au plus, les partenaires peuvent décider de renégocier les termes

⁹⁴ Sur les modalités d'assentiment, cf. *supra*, n° 15.

⁹⁵ Ni d'ailleurs un règlement au sens classique du terme (*supra*, n° 19). Sur la distinction entre la notion de règlement au sens classique et d'arrêté réglementaire au sens de l'article 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, cf. récemment : C.E., sect. cont., 21 décembre 2010, *Jentges*, n° 209.965.

⁹⁶ C.E., 19 décembre 2003, *Cineart*, n° 126.674.

de l'accord afin de tenir compte des griefs formulés par la section de législation. Ce qui serait toutefois extrêmement difficile voire impossible à réaliser en pratique. De plus, les exécutifs, voire les législateurs, peuvent passer outre cet avis non contraignant, ce qu'ils font régulièrement en pratique.

b) Le contrôle curatif reposant sur les accords de coopération

33. Un accord de coopération ayant fait l'objet d'un assentiment législatif constitue une source formelle du droit, bien qu'il méconnaisse les règles répartitrices des compétences entre les partenaires fédéraux – du moins, jusqu'à une éventuelle censure par la Cour constitutionnelle. Dans un remarquable arrêt du 3 mars 1994, la juridiction constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, a en effet considéré que lorsqu'elle est saisie à titre préjudiciel (mais la solution devrait sans aucun doute également valoir lorsqu'elle est saisie par la voie d'un recours en annulation) de la question du respect par une norme législative approuvant un accord de coopération de la Constitution et des règles répartitrices des compétences, son contrôle s'étend au contenu même de l'accord de coopération⁹⁷.

Le sort de l'accord lui-même dans ce cas – et non pas de la norme d'assentiment – reste toutefois débattu. En effet, selon la doctrine⁹⁸, si la norme d'approbation absorbe en quelque sorte l'accord de coopération, l'annulation de la première par la Cour constitutionnelle ne remet nullement en cause l'existence de l'accord lui-même et n'anéantit ses effets que dans l'ordre juridique auquel appartenait la norme censurée. Une telle opinion ne résiste toutefois pas à la critique. En effet, elle ne nous semble pas se concilier avec la *légisprudence* constante de la section de législation du Conseil d'État dont il résulte que, lorsqu'un accord de coopération doit faire l'objet d'un assentiment législatif, il ne sortira entièrement ses effets qu'à condition que l'ensemble des assemblées législatives concernées l'aient valablement approuvé⁹⁹. Or, en règle, l'annulation d'une norme législative par la Cour constitutionnelle emporte sa disparition de l'ordonnancement juridique belge – et ce, avec effet rétroactif. La lecture conjointe des deux principes n'implique-t-elle pas que, dès lors qu'une norme d'assentiment est annulée, l'accord de coopération est privé d'effet à l'égard de l'ensemble des partenaires? La situation serait – bien évidemment – très différente si la Cour décidait, en vue de préserver

⁹⁷ C.C., 3 mars 1994, n° 17/1994.

⁹⁸ COENRAETS (Ph.), « Les accords de coopération dans la Belgique fédérale », *op. cit.*, p. 176; LE HARDÏ DE BEAULIEU (L.), « Les accords de coopération comme mécanisme de prévention et de solution des conflits... », *op. cit.*, p. 137; LEURQUIN-DE VISSCHER (Fr.), « Les règles de droit », *op. cit.*, p. 222.

⁹⁹ *Supra*, n° 15.

la sécurité juridique des tiers (laquelle est très clairement en jeu ici), de moduler les effets de l'annulation dans le temps. Toutefois, en dehors de cette hypothèse, il ne nous semble pas qu'un accord de coopération puisse survivre si l'une des normes d'assentiment dont il a été l'objet venait à être annulée par la Cour constitutionnelle.

34. S'agissant des accords de coopération non soumis à l'assentiment législatif car ne rentrant pas dans les trois cas prévus par l'article 92*bis* LSRI, les obstacles au contrôle de constitutionnalité sont encore plus saisissants.

En effet, d'une part, dès lors qu'elle estime qu'un accord de coopération n'est pas un acte administratif unilatéral au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État¹⁰⁰, la section du contentieux administratif refusera de connaître d'un recours en annulation dirigé contre un accord de coopération. Tout au plus acceptera-t-elle de connaître d'un recours introduit contre l'acte par lequel un gouvernement consent à un accord de coopération. Il n'est toutefois pas certain que si ce recours était accueilli et le consentement annulé, l'accord de coopération serait *ipso facto* annulé.

D'autre part, les juridictions de l'ordre judiciaire confrontées à un accord de coopération illégal ne pourront poser de question préjudicielle ni à la Cour constitutionnelle (en l'absence d'une norme d'assentiment) ni à la section du contentieux administratif du Conseil d'État (un tel système de contrôle étant inexistant). Tout au plus, elles pourraient écarter l'application de cet accord de coopération qui méconnaîtrait une disposition constitutionnelle, en prenant pour acquis que l'article 159 de la Constitution pourrait être appliqué dans cette hypothèse. Il n'est toutefois pas certain que confrontée au même accord de coopération, une autre juridiction en décidera de même.

2. Les accords de coopération, des normes de contrôle ?

35. Qu'elle ait une valeur supralégislative, législative ou réglementaire, une source formelle du droit peut servir de « norme de contrôle » de la légalité d'une norme située à un échelon inférieur dans la hiérarchie des normes. Concrètement, l'intérêt de la question dans le présent contexte est de savoir si une juridiction constitutionnelle, administrative ou ordinaire peut contrôler la conformité d'une norme avec un accord de coopération, et éventuellement annuler, ou refuser d'appliquer une loi ou un règlement, ou un acte administratif qui y serait contraire. Cette question appelle des

¹⁰⁰ *Supra*, n° 19.

réponses assez complexes et relativement techniques dépassant les paramètres de la présente étude.

Notons qu'en règle, ni la Cour constitutionnelle, ni la section du contentieux administratif du Conseil d'État ne sont compétentes pour vérifier la conformité d'une norme législative ou d'un acte administratif à un accord de coopération, que celui-ci ait ou non reçu un assentiment législatif. En effet, s'agissant de la Cour constitutionnelle, l'article 30*bis* de la loi spéciale du 6 janvier 1989 lui interdit expressément de contrôler le respect par les assemblées législatives des accords de coopération dûment approuvés par ces dernières. De même, l'article 14*bis* LCCE interdit au Conseil d'État de contrôler le respect, par un acte administratif unilatéral, d'un accord de coopération, celui-ci n'étant pas considéré comme une « forme substantielle ». Par conséquent, non seulement la constitutionnalité et la légalité des accords n'ayant pas fait l'objet d'assentiment ne peuvent être directement contrôlées par la section du contentieux administratif du Conseil d'État, mais, en outre, un accord ne peut servir de « norme de contrôle » pour vérifier la légalité d'un acte administratif qui serait pris en application de celui-ci ou qui y serait contraire.

Tout au plus, les juridictions ordinaires pourraient, sur la base de l'article 159 de la Constitution, refuser d'appliquer une norme réglementaire invoquée à l'appui d'une demande en justice et qui serait contraire à un accord de coopération. Une telle solution suppose toutefois que l'accord de coopération ait préséance sur les normes réglementaires adoptées ultérieurement par les partenaires signataires, ce qui, nous l'avons vu¹⁰¹, demeure controversé.

3. Les accords de coopération comme normes « contractuelles »

36. Troisième volet du contrôle juridictionnel, celui relatif à l'interprétation et la mise en œuvre des accords de coopération. En 1989, les négociateurs qui ont décidé de formaliser le rôle des accords de coopération en modifiant la LSRI, ont également inventé des « juridictions de coopération », sorte de tribunaux arbitraux *ad hoc*. Seules ces équivoques juridictions (jamais mises sur pied) sont compétentes pour trancher des litiges, entre parties, relatifs à l'interprétation et à la mise en œuvre des accords de coopération « obligatoires ». Les parties à un accord peuvent également choisir de confier à de telles juridictions le règlement de leurs éventuels différends relatifs à des accords « facultatifs ». À défaut, ce rôle devrait revenir aux juridictions de droit commun. À ce jour, aucune juridiction de coopération n'a été mise

¹⁰¹ *Supra*, n° 28.

sur pied et, à notre connaissance, aucune juridiction ordinaire n'a été saisie d'un litige de nature « contractuelle » portant sur une violation des termes d'un accord. Il convient par ailleurs de souligner que ces juridictions ne peuvent, en principe, pas se prononcer sur la constitutionnalité des accords, mais uniquement sur d'éventuelles contraventions aux obligations qu'ils comportent.

En conclusion, si la règle de reconnaissance, à savoir l'article 92*bis* LSRI, permet d'identifier les accords de coopération qui constituent des sources formelles – et valides – du droit, force est de constater que rares seront les occasions où un juge pourra contrôler le respect par les partenaires de la fédération d'un accord de coopération qui respecte les règles formelles et substantielles posées par l'article 92*bis* LSRI.

D. Conclusions de la première partie

37. L'exposé qui précède a permis, *primo*, d'identifier la règle de reconnaissance selon Hart, qui fait des accords de coopération des sources formelles du droit (essentiellement, l'article 92*bis* de la loi spéciale de réformes institutionnelles) et, *secundo*, d'explorer les lignes de force des critères posés par cette règle de reconnaissance.

Selon l'approche positiviste de Hart, dès lors qu'ils respectent la condition procédurale posée par leur « règle de reconnaissance », les accords de coopération constituent des normes de droit public, des règles primaires, des sources formelles de droit. Pour reprendre la terminologie de Catherine Thibierge, il s'agit de « source[s] du droit au sens strict », de sources de « droit dur », « générales », « formelles », « publiques », « officielles », au même titre que la loi, voire, selon une interprétation doctrinale dominante, avec un statut hiérarchiquement supérieur à la loi.

De même, selon les balises conceptuelles du présent projet, l'existence d'une source formelle du droit se démontre essentiellement par un *pedigree* procédural impeccable. Le contenu importe peu. Ainsi peut être considéré comme une source formelle du droit un accord dépourvu de tout contenu normatif, à l'instar d'une norme législative adoptée conformément aux règles prescrites par la Constitution mais au contenu particulièrement vague. Ce serait le cas d'accords de coopération par lesquels les parties s'engagent simplement à entretenir de bonnes relations ou à coopérer dans l'avenir, qui seraient très peu contraignants. En d'autres termes, ces accords

seraient « *hard* dans leur forme » mais « *soft* dans leur contenu, en raison de l'imprécision qui caractérise leur libellé »¹⁰².

De plus, dans le cadre des présents travaux, le statut de « source formelle du droit » ne tient pas compte de la « validité » de la norme, mais ne s'intéresse qu'à « l'origine des règles de droit du point de vue de leur auteur ou de leur mode d'élaboration »¹⁰³. Dans cette optique, le fait qu'un accord de coopération ne respecte pas les règles répartitrices des compétences ne le soustrait pas *en soi* de la scène juridique. Surtout qu'il n'est pas actuellement certain que l'annulation avec effet rétroactif d'une norme d'assentiment (si l'accord en a fait l'objet) ou le consentement d'un exécutif (s'agissant des accords ne devant pas en faire l'objet) emporte la disparition de l'accord lui-même de l'ordonnement juridique.

Nous convenons toutefois qu'il serait également possible – voire logique – de conclure qu'une norme contrevenant au prescrit constitutionnel ou de la loi spéciale ne peut simplement pas constituer une source formelle et que, dans ce cas de figure, existence et validité seraient indissociables. Distinguer ainsi le statut de source formelle du droit (une règle de droit primaire qui respecte notamment sa règle de reconnaissance) et la validité d'une norme a quelque chose de factice.

Les éléments tirés de la pratique des accords de coopération par les partenaires de la fédération belge montrent que les critères tant procéduraux que substantiels posés par l'article 92*bis* de la loi spéciale sont fréquemment méconnus. Le second chapitre se penche sur ces instruments incontournables de la gouvernance fédérale, émanant des autorités publiques, mais s'inscrivant en marge de la règle officielle de reconnaissance et/ou invalide en raison de leur contenu. Peuvent-ils être considérés comme des « sources *du* droit » ?

II. Les accords de coopération : des sources du droit, au-delà (et en dépit) du droit positif ?

38. Le premier chapitre a permis d'identifier les accords de coopération qui peuvent, dans une perspective positiviste, être qualifiés de « sources formelles du droit ». Essentiellement, il s'agit des accords conformes aux critères prévus à l'article 92*bis* LSRI, lequel « fournit les critères d'identification des règles

¹⁰² HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles... », *op. cit.*, p. 52.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 6.

primaires appartenant au système juridique¹⁰⁴. En somme, les accords qui ont le « bon *pedigree* »¹⁰⁵ selon le régime de droit public positif, constituent des sources du droit tant pour les parties, que, le cas échéant, pour les tiers. Bien que s'éloignant du paradigme de la norme unilatérale, les accords de coopération peuvent donc à la fois constituer des sources du droit *inter partes* et – selon les cas – *erga omnes*.

Cela dit, nous l'avons souligné, une bonne part de la riche pratique des accords de coopération déroge à la règle de reconnaissance qui leur confère le statut de « source formelle du droit ». Comment la théorie du droit contemporain peut-elle appréhender un phénomène aussi incontournable dans un État fédéral, mais que le droit positif disqualifie pour ce que l'on pourrait qualifier de « défaut de *pedigree* »?

Dans certaines études antérieures, nous avons qualifié de « parajuridique » ou de *soft law*, ces accords qui gouvernent le comportement des autorités publiques « comme si c'était du droit », mais que l'on considère souvent comme simplement « politiques » à défaut de pouvoir leur accoler une étiquette juridique¹⁰⁶. Ce chapitre vise à décortiquer ce type de pratique à l'aune de la typologie de la *soft law* élaborée par Isabelle Hachez¹⁰⁷ (A). Nous reviendrons ensuite sur l'adéquation du concept de « force normative » proposé par Catherine Thibierge¹⁰⁸ pour saisir ce phénomène (B).

A. Les fonctions « paralégislatives » et « périlégislatives » des accords de coopération ne constituant pas des sources formelles du droit

39. Dans son texte posant des balises conceptuelles pour le présent ouvrage collectif, Isabelle Hachez nous invite à distinguer diverses formes de *soft law*, afin de mieux rendre compte de ces nouvelles formes de normativité qui se superposent, complètent, voire contredisent le droit positif officiel. Dans les pages qui suivent, nous tenterons d'insérer trois types d'accords

¹⁰⁴ GÉRARD (Ph.), « L'idée de règle de reconnaissance... », *op. cit.*, p. 66-68.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 74-75.

¹⁰⁶ POIRIER (J.), « Quand le "non-droit" fait la loi... », *op. cit.*

¹⁰⁷ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles... », *op. cit.*, p. 1 à 64.

¹⁰⁸ THIBIERGE (C.) dir., *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 2009, 912 p. Ce concept a été brillamment rapproché par Isabelle Hachez (« Balises conceptuelles... », *op. cit.*, p. 27 et s.) de la théorie tridimensionnelle de la validité élaborée par François Ost et Michel van de Kerchove (*De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2002, p. 307 et s.).

de coopération¹⁰⁹ échappant au droit positif dans cette typologie. Il s'agit d'accords en attente de toutes les procédures d'adoption nécessaires (1), de ceux nécessitant des assentiments législatifs mais que les exécutifs choisissent de ne pas soumettre à leurs assemblées respectives (2) et enfin des ententes intervenues entre les gouvernements des partenaires fédéraux, qui ne portent pas le titre officiel d'accords de coopération, mais qui peuvent remplir des fonctions identiques (3).

1. Les accords de coopération en attente de procédures d'adoption : de la *soft law* « périlégislative » ?

40. Nous songeons ici au cas des accords de coopération nécessitant des assentiments législatifs aux termes de l'article 92*bis*, que les exécutifs ont choisi de soumettre à leurs assemblées législatives respectives, mais qui n'ont pas (encore) fait l'objet de toutes ces approbations. Tel est le cas par exemple de l'accord de coopération horizontal conclu le 9 décembre 2011 entre les Communautés française, flamande et germanophone et la Commission communautaire commune sur la pratique du sport dans le respect des impératifs de santé. Au moment d'écrire ces lignes (30 avril 2012), il n'a été approuvé que par le Parlement flamand¹¹⁰, tandis que le processus demeure en cours pour les autres partenaires à l'accord. Dans le même ordre d'idées, un accord de coopération conclu entre la Communauté française, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale à propos de l'éducation à l'environnement, à la nature et au développement durable n'a été, au moment de conclure cette étude, approuvé que par les deux premières entités¹¹¹. Selon la jurisprudence du Conseil d'État, telle que nous l'avons vu, ces accords de coopération n'entreraient pleinement en vigueur qu'au moment du dernier assentiment¹¹². Avant ce stade, il ne s'agira donc pas de sources formelles du droit.

41. Dans la mesure où ils ont vocation à devenir des sources de droit formel, des règles de droit « primaires » au sens de Hart, ces accords peuvent être considérés comme de la *soft law* « périlégislative » et, plus précisément, comme de la « *hard law* en puissance »¹¹³. Situés dans l'antichambre du droit formel,

¹⁰⁹ Ou équivalents, *cf. infra*.

¹¹⁰ Décret du 9 mars 2012 (M.B., 4 avril 2012).

¹¹¹ Par la RW, *cf.* décret du 9 février 2012 (M.B., 20 février 2012); par la CF, *cf.* décret du 20 décembre 2011 (M.B., 12 avril 2012).

¹¹² *Supra*, n° 13.

¹¹³ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles... », *op. cit.*, p. 48-51.

de tels accords constituent une sorte de pré-droit, qui guidera le comportement des autorités publiques avant d'atteindre la clôture ultime des procédures d'approbation parlementaire.

Deux questions surgissent toutefois à leur égard.

Les normes d'assentiment (et indirectement, les accords eux-mêmes) doivent être soumis au contrôle de légalité et de constitutionnalité de la section de législation du Conseil d'État. Comment peut-on qualifier un accord qui aurait été critiqué par cette dernière, mais qui aurait néanmoins été mis en œuvre par les exécutifs dans l'intérim? Dans la mesure où les avis du Conseil d'État ne sont pas juridiquement contraignants, ils ne privent pas nécessairement l'accord de son étiquette «périlégislative», du moins si les exécutifs choisissent d'ignorer l'avis et d'aller de l'avant avec les procédures d'assentiment législatif. Cette hypothèse est loin d'être théorique. En pratique, de nombreux accords ayant fait l'objet de critiques virulentes de la part de la section de législation sont pourtant approuvés par les assemblées législatives des partenaires.

Qu'en est-il, justement, lorsque les assemblées entérinent un accord dont la constitutionnalité et la légalité sont douteuses de l'avis – ignoré – du Conseil d'État? Jusqu'à une éventuelle censure *a posteriori* par la Cour constitutionnelle, ces accords constituent des sources formelles du droit. Ils sortent du giron «périlégislatif» pour entrer dans celui du «droit dur», de la *hard law*¹¹⁴. Ce sont, malgré leur invalidité intrinsèque, des sources formelles du droit. Dans ce sens, leur sort est identique à celui de normes réglementaires ou législatives unilatérales adoptées en dépit d'un avis négatif de la section de législation du Conseil d'État.

2. Les accords de coopération nécessitant – mais ne faisant pas l'objet – d'assentiments législatifs : de la *soft law* «paralégislative»?

42. Les exécutifs négligent fréquemment – et sciemment – de soumettre des accords à la constitutionnalité douteuse aux assemblées législatives. Les accords échappent ainsi non seulement au contrôle parlementaire, mais également au contrôle préventif de constitutionnalité. Dans un sens, de tels accords constituent des sources «presque *hard*» tant leur effectivité est grande : ils remplissent une fonction de restructuration des pouvoirs et des

¹¹⁴ La question du contrôle juridictionnel des accords de coopération est extrêmement complexe. Sur ce point, cf. *supra*, n° 21.

compétences en marge des règles de droit public. Mais, dans un sens plus strict, étant contraire au prescrit de l'article 92*bis*, et privés du costume formel de l'assentiment parlementaire requis, il s'agit évidemment de *soft law*. Et dans la mesure où ils contreviennent non seulement à l'obligation d'assentiment législatif, mais surtout à l'interdiction de modifier l'équilibre fédéral par voie contractuelle, il s'agit de *soft law* de nature «paralégislative» (voire «para-constitutionnelle») ¹¹⁵.

43. Les accords qui dérogent aux termes de l'article 92*bis* de la loi spéciale, mais ont néanmoins une portée normative indéniable, invitent à nuancer partiellement la distinction proposée par Isabelle Hachez entre la *soft law* «paralégislative» (émergeant d'acteurs privés qui élaborent des normes parallèles au droit étatique, voire contraires à celui-ci) et la *soft law* «pérlégislative» (normes qui n'ont pas – encore – de statut de droit positif et qui émanent des autorités publiques) ¹¹⁶.

En effet, dans cette typologie, la *soft law* «paralégislative» correspond soit aux normes élaborées en parallèle du droit officiel («para = à côté de»), ou en opposition avec celui-ci («para = contre»). Dans les deux cas, il existe une certaine concurrence avec le droit étatique, formel. L'auteure reprend ainsi partiellement à son compte la conception de la «paralégalité» développée par Hugues Dumont pour rendre notamment compte de systèmes normatifs élaborés par des acteurs sociaux ou privés en marge du droit positif et qui sont – à terme – incorporés dans ce dernier ¹¹⁷. Dans cette conception, l'État reste, du moins officiellement, relativement passif face à l'élaboration de cette normativité parallèle «non-étatique». Il ne l'incorpore pas (immédiatement) mais il n'y fait pas obstacle non plus.

Or, dans le cas des accords de coopération dérogeant aux conditions prévues à l'article 92*bis* ou à la répartition des compétences (et souvent aux deux), les exécutifs sont des *acteurs* de cette paralégalité. Il est fort peu probable que ce soit par ignorance ou inadvertance que les exécutifs omettent de transmettre à leurs assemblées législatives respectives des accords de coopération nécessitant des assentiments parlementaires ¹¹⁸. Il s'agit presque assurément d'un choix *délibéré* de ces exécutifs, qui parviennent ainsi à échapper à la fois au

¹¹⁵ *Supra*, n° 20.

¹¹⁶ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles... », *op. cit.*, p. 44-46.

¹¹⁷ Notons que pour Hugues Dumont, la paralégalité peut également émaner d'acteurs publics. Sur cet aspect, notre analyse rejoint la sienne, en se distinguant en partie de celle avancée par Isabelle Hachez.

¹¹⁸ Dans le premier chapitre, nous faisons état du fait qu'environ 30% des AC publiés au *Moniteur belge* au cours des cinq dernières années n'ont pas fait l'objet d'assentiments législatifs. Tous ces cas ne sont pas nécessairement contraires au prescrit de l'article 92*bis*.

contrôle parlementaire, au contrôle de constitutionnalité préventif de la section de législation du Conseil d'État et au contrôle *a posteriori* de la Cour constitutionnelle.

De plus, ce choix stratégique n'a pas – sauf exception¹¹⁹ – une portée temporaire. Nous ne sommes donc pas dans l'hypothèse d'un « pré-droit », mais bien dans celle d'un droit « contre » le droit étatique formel, et ce, de manière permanente. Le préfixe « para » prend donc ici toute son importance. La norme se situe non seulement « à côté » du droit officiel, mais *en opposition* à celui-ci. Les autorités publiques se placent, volontairement, en marge du droit positif. Paradoxalement, donc, les collectivités politiques s'inscrivent elles-mêmes dans une démarche de pluralisme juridique (qui est normalement analysé comme l'apanage d'organes non-étatiques)¹²⁰. Ce faisant, elles ne coupent pas la branche sur laquelle elles sont assises¹²¹. Elles en choisissent une autre ! Les exécutifs sont ainsi à l'origine d'une « sorte de production alternative du droit »¹²².

3. Les ententes et autres « protocoles » ne portant pas officiellement le titre d'« accords de coopération »

44. Dans de nombreux systèmes fédéraux, le titre officiel d'une entente conclue entre les exécutifs peut varier, ce qui n'influe pas nécessairement sur leur statut juridique¹²³. Par contre, dans certaines fédérations, des ententes formelles, prévues par la loi ou la Constitution, ont souvent une désignation particulière qui indique, *a priori*, leur statut dans les ordres juridiques respectifs des parties contractantes¹²⁴. C'est en principe le cas en Belgique, où l'expression « accords de coopération » signale, à première vue, des ententes intervenues aux termes de l'article 92*bis* (même s'ils peuvent déroger à certaines conditions prévues à cet article)¹²⁵.

¹¹⁹ Il est en effet, possible que des AC contrevenant à l'article 92*bis* puissent laisser présager d'éventuelles réformes institutionnelles, tout à fait conformes au droit positif cette fois : POIRIER (J.), « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ? ... », *op. cit.*, p. 275 et s.

¹²⁰ Pour un examen approfondi de cette hypothèse, POIRIER (J.), « Quand le "non-droit" » fait la loi... », *op. cit.*

¹²¹ Bien qu'elles puissent couper la branche de l'État de droit ! *Contra* : HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles... », *op. cit.*, p. 45.

¹²² THIBIERGE (C.), citée par HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles... », *op. cit.*, p. 45.

¹²³ Cf. POIRIER (J.) et SAUNDERS (C.) éd., *Intergovernmental Relations in Federal Systems...*, *op. cit.*

¹²⁴ C'est notamment le cas en Espagne, aux États-Unis ou en Suisse.

¹²⁵ Bien qu'il s'agisse, selon nous, d'une présomption réversible : POIRIER (J.), *Keeping Promises...*, *op. cit.*, p. 120-121.

À l'occasion, les pouvoirs exécutifs ont également recours à d'autres formes d'ententes, notamment des « protocoles ». La motivation des parties optant pour une telle désignation, plutôt que pour le titre d'accord de coopération, n'est pas toujours claire. Dans certains cas, il est possible que ce soit en raison de la participation de tierces parties à l'accord, ce qui n'est pas prévu à l'article 92bis. Dans d'autres cas, il ne semble pas exclu que les exécutifs essaient, par ce biais, d'échapper aux diktats de cette « règle de reconnaissance » des accords de coopération, et ainsi, de passer sous le radar des contrôles parlementaire et de constitutionnalité.

45. Comment qualifier de tels protocoles ou autres ententes conclus en marge de l'article 92bis? En fonction de leur force normative, de telles ententes peuvent assurément constituer des sources plus ou moins *hard* de *soft law*. En effet, le contenu de tels protocoles peut être extrêmement vague, ce qui justifierait de les exclure de la catégorie *a priori* juridique des accords de coopération adoptés en vertu de l'article 92bis.

D'autres protocoles peuvent contenir des engagements identiques à ceux que l'on retrouverait dans des accords de coopération « officiels ». C'est assurément le cas de l'accord de coopération relatif aux quotas de lits dans les maisons de repos, discuté précédemment¹²⁶. Avant le démasquage réalisé par le Conseil d'État, ce protocole avait une force normative incontestable puisqu'il a mis en place un système de quotas respectés par les signataires. Il s'agit, encore une fois, de *soft law* particulièrement *hard*, de type « paralégal » dans la mesure où il se place à la fois en parallèle, mais également en opposition, aux règles du droit positif. Il s'agirait donc de « *soft law* paralégislative ».

B. La « force normative » des accords de coopération : une effectivité à toute épreuve ?

1. Les accords de coopération à l'aune du concept de « force normative »

46. La sociologie du droit a démontré à quel point l'effectivité des normes – y compris des normes de droit « positif » – fluctue dans le temps et dans l'espace. L'équation « droit officiel = règles + sanctions » qui fonde la pensée positiviste se heurte à des phénomènes « intrajuridiques » qui n'y correspondent pas (du droit sans règles, des règles non assorties de sanctions). Mais,

¹²⁶ C.E., 25 mars 2003, *Résidence Harmonie*, n° 117.483.

également, les juristes doivent bien admettre que des normes ne remplissant pas les critères de validité du droit strict, ou n'ayant même pas vocation à créer des règles obligatoires, ont souvent une très grande effectivité « sur le terrain ». Constat peut-être encore plus déroutant, ces normes « extra-juridiques », voire parfois carrément « illégales » peuvent même s'immiscer dans le droit positif, en soutirer une certaine légitimité, notamment lorsque les juges s'en saisissent, parfois de façon directe, parfois de manière relativement oblique...

Une littérature interdisciplinaire s'est attelée à dégager de « nouveaux » paradigmes permettant d'appréhender ces phénomènes récents qui échappent à la théorie classique des sources du droit. Dans cette optique, l'on épinglera en particulier l'étude réalisée sous la direction de Catherine Thibierge qui a abouti à l'érection du concept de la « force normative ». Ce dernier vise à rendre compte du fait que même les normes les plus classiques du droit peuvent avoir une « force » concrète très faible (dans le cas des lois tombées en désuétude, par exemple). Mais surtout, le concept offre une grille d'analyse permettant d'appréhender le phénomène par lequel des normes qui ne sont pas formellement obligatoires « en droit » peuvent avoir une capacité à « modeler les comportements, à réguler l'action, à guider l'interprétation des juges, à orienter la création du droit par le législateur »¹²⁷.

47. Selon Thibierge, la « force normative » se décline en trois pôles qui animent une norme tout au long de son existence : la « valeur », la « portée » et la « garantie » normatives.

La « valeur normative » renvoie à la force qui lui est conférée par ses émetteurs, par les producteurs de la norme. La « valeur » vise à « déterminer l'intensité de la *vocation* de la norme à fournir référence »¹²⁸. Cette valeur repose sur l'autorité des auteurs de la norme, la nature et la qualité de celle-ci (son degré de précision, par exemple). Mais la valeur est également tributaire du respect des procédures, de la validité (juridique) de la norme, et de la place qu'elle occupe dans la hiérarchie des normes juridiques. Autrement dit, la vocation de la norme à guider le comportement de ses destinataires se mesure tant par son contenu même que par le choix opéré par les émetteurs de la norme de l'inscrire dans un registre « juridique » positiviste, ou non. Saisir la valeur d'une norme est un exercice relativement théorique. *A priori*, l'analyse semble davantage porter sur les aspects procéduraux et formels que substantiels de la norme. Mais il nous semble qu'une norme

¹²⁷ THIBIERGE (C.), « Conclusion. Le concept de "force normative" », in *La force normative...*, *op. cit.*, p. 818

¹²⁸ *Ibid.* p. 832. Nous soulignons.

contrevenant, par hypothèse, à la répartition des compétences, tout en étant formellement intégrée dans l'ordre juridique, aurait, en principe, une valeur intrinsèque réduite.

Pour sa part, la « portée normative » renvoie aux *effets* de la norme, à son effectivité sur le terrain. Celle-ci est également susceptible de variations, dans sa nature, voire dans le temps. La portée d'une norme peut être carrément régulatrice, mais également dissuasive, persuasive, voire symbolique. Évaluer la portée d'une norme implique donc de saisir « la force perçue, ressentie, vécue et conférée par ses destinataires »¹²⁹. Il s'agit donc de vérifier son degré d'influence, sa capacité à guider les comportements. Une telle évaluation porte essentiellement sur l'impact « extra-juridique » d'une norme et ne peut s'opérer que de manière empirique et *a posteriori*. Bien que le concept semble présumer que les émetteurs et les destinataires de la norme soient distincts, cela ne nous semble absolument pas essentiel. Un contrat, un traité – et évidemment un accord de coopération – offrent autant d'exemples de normes dont les auteurs et les destinataires sont (du moins partiellement) identiques.

Enfin, la « garantie normative » d'une norme renvoie essentiellement à la manière dont les acteurs juridiques pourront – ou choisiront – d'assurer le respect de celle-ci. La « garantie » mesure donc la force accordée – potentiellement ou *in concreto* – à une norme par le système juridique, et plus précisément, par les organes juridictionnels. L'évaluation de la « garantie normative » est donc relativement technique et relève, contrairement à la mesure de son effectivité, du registre « intrajuridique »¹³⁰.

La garantie normative permet de dépasser la simple vérification du caractère formellement contraignant ou obligatoire d'une norme. Ainsi, elle incorpore également le phénomène par lequel les acteurs du droit peuvent conférer une certaine force à une norme ne pouvant être directement appliquée ou dont la violation peut être directement sanctionnée, mais qu'un juge peut mobiliser au soutien de sa motivation¹³¹. À titre d'exemple, une norme de *soft law* pourrait, dans certains cas, être invoquée à l'appui d'un constat qu'un acte a

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*, p. 823. Ainsi, il nous semble que la mention des « acteurs sociaux » parmi les responsables de la « garantie normative » porte à confusion (*ibid.*, p. 824). D'ailleurs, par la suite, l'auteure centre largement son analyse sur les juges comme garants de la norme (ou sur d'autres acteurs de la protection de la norme, telle la police). Il convient toutefois de rappeler que les acteurs politiques, auteurs des accords – ou successeurs à ceux qui les ont conclus – les respectent presque inmanquablement. Dans le registre politique, le respect de la parole donnée est donc extrêmement contraignant et « normatif ». Dans le présent texte, nous avons axé notre analyse sur la « garantie » juridictionnelle, afin d'en souligner les lacunes et les contradictions, mais tout en admettant que les « acteurs sociaux » directs accordent une grande « garantie normative » à ces accords...

¹³¹ THIBIERGE (C.), « Conclusion... », *ibid.*, p. 822-826.

trahi la « confiance légitime » d'une partie ou d'un tiers, sans que la norme elle-même ne soit la source formelle du droit sur lequel se fonde la décision de sanctionner un tel acte¹³².

48. La force d'une norme spécifique s'évaluera par la conjonction des trois pôles. Ceux-ci peuvent se renforcer l'un l'autre, dans une sorte d'« osmose »¹³³. Mais ils peuvent également prendre des directions fort différentes. La présente étude ne permet pas de reprendre toutes les combinaisons, déclinaisons et influences respectives possibles. Mais, à titre d'exemple, une norme dont la valeur est avérée peut avoir une effectivité pratiquement nulle, alors qu'une autre dont la valeur était à l'origine très faible (une « recommandation ») peut avoir des effets sur le terrain absolument déterminants, dont un juge pourrait éventuellement rendre compte. Une norme constitutionnelle, théoriquement située au sommet de la hiérarchie formelle d'un ordre juridique, peut ne bénéficier de quasi aucune garantie normative. De même, une norme en parfaite contradiction avec un système juridique – parce qu'invalidé ou inconstitutionnelle – pourrait néanmoins être dotée d'une effectivité incontestable, du moins jusqu'à ce qu'un juge puisse concrétiser cette « expulsion » du régime normatif juridique officiel. L'on comprendra aisément la pertinence de ces regards entrecroisés sur la force d'une norme, eu égard aux accords de coopération, dont la valeur, la portée et la garantie peuvent agir de concert, mais par rapport auxquels une telle convergence sera souvent absente.

49. Évidemment, la force normative d'un accord de coopération nécessite une analyse – un « diagnostic » individualisé¹³⁴. Cette force ne peut s'apprécier qu'en fonction des engagements qu'il comporte et des procédures d'adoption suivies (sa « valeur »), de son effectivité sur le terrain (sa « portée ») et de l'éventuel positionnement des tribunaux ou autres juridictions à son égard (la « garantie » qui lui est accordée). Évaluer la pratique globale des accords de coopération sous cet angle représente un décodage théorique et technique – mais surtout empirique – considérable, qui dépasse les ambitions de la présente étude.

Dans les pages qui suivent nous tenterons de cerner certains des « symptômes » communs caractérisant différents types d'accords de coopération, afin de pouvoir procéder à des « diagnostics »¹³⁵ groupés de la force norma-

¹³² HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles... », *op. cit.*, p. 58.

¹³³ THIBIERGE (C.), « Conclusion... », *op. cit.*, p. 828.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 832 et s.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 832 et s.

tive des accords de coopération dans le système fédéral belge. Après une brève réflexion sur la force normative des accords qui constituent des sources formelles du droit (2), nous explorerons la question plus percutante de la force normative de ceux qui ne se conforment pas à leur règle de reconnaissance mais qui constituent assurément de la *soft law* (3).

2. La force normative des accords de coopération constituant des sources formelles du droit

50. Comme nous l'avons démontré dans le premier chapitre, les accords qui sont dotés du *pedigree* procédural prévu à l'article 92bis LSRI constituent des sources formelles du droit. Quelle est la force normative de ces accords ? Dans ce cas, l'intention des parties d'être liées – ou de lier les tiers en respectant les critères procéduraux officiels – ne fait pas de doute. *A priori*, leur « valeur » normative est solide. Cela dit, au même titre que les « lois dépourvues de contenu normatif », il peut s'avérer que la nature et le degré d'engagements pris par les parties soient particulièrement faibles¹³⁶. Ce serait le cas d'un accord formel comportant de vagues intentions de collaborer dans le futur¹³⁷. Nous sommes dans un scénario, évoqué précédemment, où la « *soft law* intralégislative » porte des habits de *hard law*.

51. Par ailleurs, des études empiriques ont démontré que les accords sont quasi inmanquablement respectés par les acteurs sociaux, juridiques, politiques. Ils sont dotés d'une réelle effectivité sur le terrain¹³⁸. Si c'est le cas, comme nous le verrons, des accords ne représentant pas des sources formelles du droit, c'est, *a fortiori*, le cas de ceux dotés du parfait *pedigree* juridique.

52. Reste la garantie juridique. Malgré les embûches au contrôle de légalité, de constitutionnalité et de mise en œuvre par des juridictions de ces accords, lorsque les juges s'en saisissent – et qu'ils en constatent aussi bien la validité formelle que la conformité avec la répartition des compétences, par exemple – ils en garantissent le respect. Comme nous l'avons vu précédemment, une incertitude continue de planer quant à la place qu'ils occupent dans la hiérarchie des normes. Une conclusion – probable en Belgique – que les accords ayant fait l'objet des assentiments législatifs requis ont préséance sur

¹³⁶ Cf. la contribution de Xavier Delgrange et Luc Detroux, « La *soft law* intralégislative : les lois dépourvues de contenu normatif, ou *mollis lex sed lex ?* », dans le présent volume.

¹³⁷ Pour les critères permettant d'évaluer le caractère contractuel d'un AC, cf. POIRIER (J.), « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ? », *op. cit.*, p. 296-308.

¹³⁸ POIRIER (J.), « Les ententes intergouvernementales : aux confins... », *op. cit.*, p. 456.

les normes législatives unilatérales (antérieures et postérieures) des parties, ne ferait que renforcer une force normative déjà importante.

3. La force normative des accords de coopération ne constituant pas des sources formelles du droit

53. L'analyse de la valeur normative des accords de coopération ne constituant pas des sources formelles du droit est forcément plus complexe, notamment en ce qui a trait à la « garantie normative ». L'appréciation des trois pôles du concept se pose toutefois en des termes partiellement différents dans le cas des accords qualifiés de *soft law* « périlégislative » (a) et « paralégislative » (b).

a) La force normative des accords de coopération constituant de la « soft law périlégislative »

54. Dans la section précédente, nous avons examiné les accords de coopération en attente des procédures d'approbation parlementaire, auxquels nous avons apposé le qualificatif de « *soft law* périlégislative ».

55. L'analyse concrète de la valeur normative de ces accords dépendra des motifs pour lesquels les assentiments n'ont pas (tous) été obtenus. Il peut s'agir de simples problèmes de calendrier parlementaire, mais également d'une certaine réticence des parties à mettre en œuvre l'accord. Ces motifs affecteront nécessairement la valeur normative de celui-ci¹³⁹. *Quid*, cependant, d'une situation où toutes les parties contractantes ont procédé aux assentiments requis, à l'exception d'une seule? Dans une perspective sociologique, il ne serait pas absurde de penser qu'un tel accord pourrait avoir une valeur normative forte dans les ordres juridiques de certains partenaires fédéraux, et pas dans d'autres¹⁴⁰. Il en va de même en ce qui a trait à leur effectivité sur le terrain (la portée de l'accord). Dans certains cas, un tel accord sera concrètement mis en œuvre par les acteurs (administratifs, entre autres) avant même de devenir une source formelle du droit; dans d'autres cas, pas. On pourrait donc faire face à une effectivité à géométrie variable, selon les partenaires de la fédération.

¹³⁹ La question du « contenu normatif », posée dans la section précédente relativement aux AC constituant des sources formelles, se pose dans les mêmes termes, évidemment, dans le cas des AC n'ayant pas de statut juridique clair.

¹⁴⁰ L'on se rappellera que, selon le Conseil d'État, un accord ne peut constituer une source formelle avant l'obtention de tous les assentiments requis: cf. *supra*, n° 15.

56. La garantie normative soulève d'intéressants paradoxes. Dépendamment du stade des procédures, un avis a pu être émis (ou non) par la section de législation du Conseil d'État. Par contre, la Cour constitutionnelle ne pourra clairement pas procéder à un contrôle de constitutionnalité (et donc, de conformité avec les règles répartitrices de compétences, ou les critères procéduraux de l'article 92*bis*). Face à un acte administratif basé sur un accord n'étant pas (encore) une source formelle de droit, la section du contentieux du Conseil d'État ne pourra que conclure que l'accord ne constitue pas une base légale. Le cas échéant, une juridiction ordinaire pourrait simplement devoir l'ignorer. La très improbable saisine d'une juridiction de coopération face à un tel accord nécessiterait un intéressant positionnement de celle-ci. Uniquement compétente pour régler les questions relatives à l'interprétation et la mise en œuvre de l'accord, devrait-elle – pourrait-elle – conclure que l'accord est contraire à l'article 92*bis* et refuser de statuer? Malgré ce labyrinthe de questions techniques, que la réflexion sur la garantie normative suscite, il semble indéniable que jusqu'à une éventuelle (voire improbable) censure par l'un ou l'autre juge, un tel accord peut jouir d'une force normative importante.

b) La force normative des accords de coopération constituant de la «soft law paralégislative»

57. Nous avons conclu finalement que trois types d'accords ne constituant pas des sources formelles du droit pouvaient être qualifiés de «*soft law* paralégislatives»: les accords nécessitant des assentiments législatifs et que les exécutifs choisissent délibérément de ne pas soumettre aux assemblées; ceux procédant à des formes d'ingénierie constitutionnelle sans égard aux procédures formelles; et les ententes et protocoles conclus par les exécutifs en marge de l'article 92*bis* de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

58. L'intention des auteurs de conférer une valeur normative à de tels accords est entachée d'ambiguïté. Dans un sens, la valeur normative est forcément fragilisée par l'invalidité ou l'inconstitutionnalité des deux premières catégories d'accords (ceux privés des approbations parlementaires nécessaires et les instruments «paraconstitutionnels»). Quant à la motivation pour les exécutifs de recourir à des «protocoles» et autres *ersatz* d'accords de coopération officiels, elle peut refléter un souhait de ne pas se lier juridiquement, mais avec une réelle compréhension de l'obligation *politique* d'en respecter le contenu. Ou par la reconnaissance que le recours à un accord de coopération formel serait forcément – juridiquement – problématique.

Ainsi, et c'est ici l'autre versant de cette ambiguïté, l'on peut postuler qu'en évitant sciemment tout contrôle parlementaire et de constitutionnalité, les exécutifs souhaitent *maximiser* les chances que leurs ententes guident leurs comportements respectifs, voire celui des tiers, *en dépit* de la contravention aux règles de droit positif. Se situer en marge de la loi spéciale serait en quelque sorte une démonstration de la volonté des exécutifs d'immuniser un accord juridiquement fragile, et donc, d'en augmenter les chances d'effectivité sur le terrain. Beau paradoxe.

Peu importe la valeur normative de ces accords de *soft law* «paralégislative», leur portée sera généralement facilement établie. Bien qu'encore une fois, des analyses au cas par cas permettraient de le confirmer, leur effectivité est pratiquement identique à celle des accords constituant des sources formelles du droit. Autrement dit, les exécutifs qui tentent d'échapper aux contraintes posées par l'article 92*bis* – et donc se placent en marge du droit positif – respectent néanmoins leurs ententes «comme si c'était du droit». De plus, jusqu'à une (éventuelle) contestation de type juridictionnel, les tiers adaptent également leur comportement au contenu de tels accords, dont ils ignorent souvent le sort «juridique».

59. La question de la garantie normative de tels accords de coopération est particulièrement complexe. Il semble peu probable qu'un juge puisse reconnaître la validité d'un accord nécessitant clairement un assentiment législatif, ou dérogeant indubitablement à la répartition des compétences. Autrement dit, dans ce cas également, l'absence de garantie devrait – théoriquement – réduire la force normative de ces accords. Évidemment, si le texte se trouve dans une zone grise, le juge pourrait être tenté de pencher en faveur d'une interprétation ou l'autre, en fonction du résultat souhaité (écarter l'accord ou en confirmer les effets en droit).

De toute manière, dans la plupart de ces cas, aucune norme d'assentiment ne permettra un contrôle de constitutionnalité *a priori* par la section de législation du Conseil d'État ou, *a posteriori*, par la Cour constitutionnelle. Quant aux litiges *inter partes* relatifs à la mise en œuvre d'un accord, ils donneront presque inmanquablement lieu à des solutions négociées. S'ils le peuvent, les exécutifs éviteront de recourir à un tiers, et particulièrement à un juge¹⁴¹. C'est le cas des accords au statut juridique avéré. Ce sera d'autant plus vrai des accords au statut nébuleux.

¹⁴¹ Qu'il s'agisse d'une juridiction de coopération (pour les AC obligatoires et les facultatifs, lorsque les parties à ces derniers le souhaitent), ou des juridictions de droit commun (dans le cas des accords facultatifs pour lesquels une juridiction de coopération n'est pas envisagée).

60. L'on peut s'interroger sur le sort que pourrait réserver le système juridique aux « protocoles » adoptés en marge de l'article 92*bis*. D'office, les juridictions de coopération envisagées par cet article sont hors jeu. Une juridiction ordinaire pourrait-elle conclure qu'il s'agit d'un contrat liant les exécutifs, tout en reconnaissant qu'il ne s'agit pas d'une norme conforme à l'article 92*bis* ? Il est vrai, comme nous le rappelle Philippe Gérard, que même Hart admettait que les « règles de reconnaissance » peuvent être incomplètes ou lacunaires et que les juges peuvent être « confrontés à des règles qui ne correspondraient *apparemment* à aucun des critères d'appartenance en vigueur »¹⁴². Mais peut-on postuler une telle lacune alors que – justement – il existe un article de la LSRI encadrant la pratique du « fédéralisme contractuel » ?

Même en respectant les conditions de formation d'un contrat, il est difficile d'imaginer qu'un tel instrument puisse être valide. Quel pourrait être le contenu licite d'un tel protocole, si ce n'est une articulation de l'exercice de compétences propres, l'organisation et le co-financement de projets conjoints, la création d'institutions communes ? Or, ce sont justement les éventualités envisagées, de façon *non exhaustive*, par l'article 92*bis*. Recourir à un autre instrument que celui prévu par le droit public officiel pour réaliser de tels objectifs représenterait une forme de « détournement de normes ». De plus, dans la mesure où un article d'une loi spéciale de nature constitutionnelle spécifie dans quelles conditions une entente entre partenaires fédéraux peut avoir des effets *erga omnes*, il est évidemment impensable qu'un tel contrat puisse lier les tiers, sans respecter ces mêmes conditions¹⁴³.

61. Reste la possibilité que des tiers affectés par des accords de coopération « paralégislatifs » ou « paraconstitutionnels » en contestent la force normative *formelle*. La porte des juridictions de coopération – réservées aux parties à l'accord – leur est fermée¹⁴⁴. La contestation de la valeur juridique d'un accord de coopération invoqué devant une juridiction ordinaire, bien que peu fréquente, pourrait fournir une occasion au juge de refuser d'appliquer un tel accord, en prenant appui sur le principe général de la hiérarchie des normes. Dans l'hypothèse où un accord dont on peut douter qu'il respecte la répartition des compétences a été approuvé par les assemblées législatives, la juridiction ordinaire pourrait même poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle sur la conformité de ce dernier à la loi spéciale. Par ailleurs, l'on se rappellera de la décision ayant requalifié les « protocoles »

¹⁴² GÉRARD (Ph.), « L'idée de règle de reconnaissance... », *op. cit.*, p. 80. Nous soulignons.

¹⁴³ En cela, les règles de droit public rejoindraient de toute façon celles de l'effet relatif des contrats.

¹⁴⁴ Article 3 de la loi du 23 janvier 1989 sur la juridiction visée aux articles 92*bis*, § 5 et § 6, et 94, § 3, de la LSRI, *M.B.*, 24 janvier 1989, p. 1203.

introduisant des quotas de lits dans les maisons de repos en accords de coopération, pour ensuite statuer qu'en l'absence de ratification parlementaire, ils ne pouvaient servir de base légale aux décisions administratives en découlant¹⁴⁵.

Dans toutes ces hypothèses, il semble peu probable qu'un accord contrevenant à l'article 92*bis*, ou se situant hors du cadre légal créé par celui-ci, survive à la censure du juge. Toutefois, il n'est pas entièrement impensable que le juge évite de se prononcer sur la question – ou refuse d'interroger la Haute juridiction constitutionnelle – en fondant sa décision sur d'autres motifs. Saisis *a posteriori*, il ne serait pas étonnant que les juges soient plus tolérants face à la créativité des partenaires fédéraux qui trouvent un terrain d'entente que la section de législation du Conseil d'État procédant à un contrôle préventif, par exemple¹⁴⁶.

De toute manière, *in fine*, la très faible garantie normative – voire son absence totale – aura, dans bien des cas, très peu d'impact sur la force normative de ces accords qui, non seulement ne remplissent pas les formalités leur permettant d'accéder au statut de sources formelles du droit, mais, de surcroît, contreviennent aux prescrits du droit constitutionnel belge. Sauf dans les hypothèses limitées où les juges sont appelés à se positionner sur le statut juridique de ces accords, ces derniers guident le comportement des parties et des tiers. Que leur valeur soit incertaine, et leur garantie précaire, leur effectivité, leur « portée normative » est solidement ancrée dans le fonctionnement du système fédéral belge. Ce qui ne peut évidemment que susciter des interrogations sur l'impact de cette pratique sur l'État de droit.

¹⁴⁵ *Supra*, n° 15.

¹⁴⁶ Dans une décision inédite rendue par un juge de paix en février 2012, celui-ci ne retient pas l'avis de la section de législation du Conseil d'État selon lequel un AC clarifiant une certaine répartition des compétences en matière de bail à ferme s'arrogeait le rôle réservé au législateur spécial. En réponse à la critique formulée par le Conseil d'État, les auteurs avaient inséré l'étonnant considérant suivant dans leur accord: « Considérant que si les Régions et l'État fédéral estiment que les Régions sont d'ores et déjà compétentes dans les matières qui font l'objet du présent accord, il apparaît opportun, afin d'assurer la sécurité juridique, de le confirmer dans un accord de coopération. » Bref, les parties estiment – contrairement à la section de législation – que la matière en cause a été régionalisée (par la loi spéciale) et que l'AC ne vise qu'à réitérer un transfert déjà réalisé. S'il n'est pas inconstitutionnel, cet accord est assurément superfétatoire.

C. Conclusion : le juge comme passerelle entre le non-droit et le droit

62. Même pour Hart, la règle de reconnaissance ne clarifie pas tout. Ainsi, il peut exister « en marge des cas centraux et clairs auxquels son application ne prête pas à controverse, une “pénombre d’incertitude” ou de doute concernant des cas au sujet desquels son application est discutable »¹⁴⁷. Les doutes quant au champ d’application et quant à la portée des critères seront tranchés par le juge. Ainsi, il reviendra normalement à celui-ci de déterminer si, par exemple, un accord de coopération nécessite un assentiment législatif ou s’il opère une modification inconstitutionnelle à la répartition des compétences. Encore faut-il, évidemment, que le juge ait l’occasion d’être saisi de la question. Or, nous avons vu que les obstacles à ce contrôle du juge sont aussi nombreux que complexes.

Un juge peut déjà être perplexe face à un accord de coopération constituant une source formelle du droit, tant cette norme s’éloigne du paradigme de la norme législative unilatérale. Sa perplexité ne peut qu’être décuplée lorsqu’il est confronté à un accord que nous avons qualifié de *soft law*. Quelle « garantie normative » pourra-t-il réserver à de tels instruments ?

63. Reprenant l’analyse de François Ost et Michel van de Kerchove, et soulignant la montée en puissance du juge, Isabelle Hachez suggère qu’un juge pourrait être amené « à reconnaître la juridicité de règles “maquisardes” ou “hors la loi”, dont la validité ne résulterait d’aucun “test de pedigree” préexistant »¹⁴⁸. L’auteure évoque deux mécanismes potentiels de « récupération » de la *soft law* « par les sources formelles du droit ». D’une part, cette intégration de la *soft law* dans le droit officiel s’opérerait par le truchement de la « confiance légitime ». Dans le contexte qui nous occupe, ce principe pourrait protéger les tiers dont les actes ont été guidés par un accord qui, *a posteriori*, s’est révélé ne pas être formellement contraignant. Dans l’hypothèse où ce serait l’une des parties contractantes qui aurait agi en fonction d’un accord qu’une autre partie prétend dépourvu de force exécutoire, le principe analogue de « loyauté fédérale » pourrait sans doute être invoqué.

64. D’autre part, le juge pourrait constater l’émergence d’une coutume¹⁴⁹. Nous avons déjà soulevé des doutes quant à cette solution en ce qui a trait à la place qu’occupent les accords de coopération dans la hiérarchie des

¹⁴⁷ GÉRARD (Ph.), « L’idée de règle de reconnaissance... », *op. cit.*, p. 80.

¹⁴⁸ OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 303.

¹⁴⁹ THIBIERGE (C.), « Conclusions... », *op. cit.*, p. 828-833.

normes¹⁵⁰. Peut-on par ailleurs imaginer qu'en respectant les termes d'un accord contrevenant au droit positif, sur une longue durée, en s'y sentant liés¹⁵¹, les exécutifs aient pu générer une « coutume »? La seule analogie plausible nous semble être celle du droit international public. En effet, les normes contenues dans un traité ne remplissant pas les conditions de forme (défaut de ratifications, par exemple) peuvent néanmoins être transformées en coutume, à condition de ne pas contrevenir à des règles impératives de droit international. Or, si les règles de cette nature sont fort limitées en droit international, les contraintes posées par le droit constitutionnel en droit interne sont beaucoup plus nombreuses et ontologiquement liées au constitutionnalisme qui anime l'État de droit. Autrement dit, il existe des « contraintes de droit public » qui s'opposent à une telle transformation de la pratique en coutume, pour lesquelles il n'y a pratiquement pas d'équivalent en droit international public¹⁵².

65. Une troisième voie d'incursion dans le système juridique formel d'accords de coopération dépourvus de force exécutoire en raison d'un *pedigree* défectueux serait celle de la reconnaissance jurisprudentielle discrète, voire implicite. Il s'agirait, par exemple, d'un cas où un juge évoque un accord de coopération soit pour fonder son jugement, mais plus probablement au soutien de sa motivation, sans en questionner le statut¹⁵³. Il peut arriver que le juge ne se pose simplement pas la question (ou qu'il garde ses éventuels doutes pour lui-même!)¹⁵⁴. Un tel accord entrerait en quelque sorte en douce dans le droit positif, via la jurisprudence. L'on peut également songer à un cas où, même saisi d'une contestation quant à la constitutionnalité d'un accord de coopération, un juge peut questionner la Cour constitutionnelle (en l'absence d'une norme d'assentiment), et conclut qu'un accord douteux ne pose, en soi, pas de problème, le litige pouvant notamment être résolu par une autre voie. Une telle décision ne confirme pas de ce fait le statut formel de l'accord, mais ne l'écarte pas du cadre juridique non plus... Elle maintient le flou artistique dans lequel baignent plusieurs

¹⁵⁰ *Supra*, n° 29.

¹⁵¹ Et non pas par calcul politique, mais peut-on vraiment faire la différence ?

¹⁵² À l'exception potentiellement du *ius cogens*.

¹⁵³ HACHEZ (I), « Balises conceptuelles... », *op. cit.*, p. 58.

¹⁵⁴ Nous n'avons pas trouvé d'exemple en Belgique mais, en l'absence d'une publication systématique des décisions, il est difficile d'affirmer qu'il n'y en a aucun. Par ailleurs, si le juge souhaite passer sous silence le statut d'un accord, il pourrait simplement éviter de le mentionner dans la décision... Par contre, une étude de la jurisprudence canadienne en la matière révèle que, dans bien des cas, les juges « appliquent » l'équivalent des accords de coopération, malgré l'absence tangible de force exécutoire de ceux-ci.

arrangements entre partenaires fédéraux. La force normative d'un tel accord s'accroît, en dépit des défauts inhérents qu'il peut comporter en droit positif. En agissant de la sorte, le juge pourrait représenter un pont permettant à des normes ne pouvant normalement pas prétendre au titre de « sources formelles du droit » – et *a fortiori* – de sources *valides* du droit, de passer, en catimini, un certain seuil de juridicité.

Conclusion générale : les accords de coopération comme sources « du » droit – Une question d'idéologie ?

66. La question de savoir si les accords de coopération constituent des sources du droit ne peut donc recevoir de réponse univoque. Dans certains cas, le statut de règles de droit « primaire », au sens hartien du terme, ne fait aucun doute. Ce serait le sort, *grosso modo*, d'environ la moitié des accords de coopération intervenus entre les partenaires fédéraux belges depuis 1989.

Ce constat nous semble important, tant reste implicite, dans la théorie générale des sources de droit, la figure emblématique du législateur unique, univoque, qui a forcément cours dans un État unitaire, même décentralisé, comme la France. Dans un État fédéral, les normes négociées *peuvent*, lorsqu'elles répondent à des conditions procédurales précises, constituer des sources de droit public aussi fondamentales que les normes législatives unilatérales adoptées par les partenaires fédéraux dotés d'une parcelle de la souveraineté étatique.

La qualification de l'autre moitié des accords de coopération conclus entre l'autorité fédérale et les entités fédérées, ou entre ces dernières, est beaucoup plus ardue, voire périlleuse. Certains sont indéniablement « hors du droit » positif, voire carrément en contradiction avec celui-ci. Dans la plupart des cas, cela n'en réduit pas leur effectivité : ces accords modèlent les comportements des acteurs, régulent leur action, orientent l'adoption d'autres normes, tout comme leurs homologues portant l'étiquette de « droit formel ».

De tels accords peuvent-ils être considérés comme des « sources du droit » ? Cette question appelle une réponse nuancée et fortement imprégnée d'idéologie et de culture juridique. Pour les positivistes, assurément pas. Pour les sociologues du droit, plus préoccupés par la conjonction des ordres normatifs et l'impact concret des normes, la réponse sera : « ça dépend ». Autrement dit, la frontière pourra fluctuer selon l'ancrage disciplinaire et conceptuel de l'observateur, du « poseur de diagnostic », du « détenteur du label ».

D'entrée de jeu, nous avons souligné la tendance pour un fort courant doctrinal belge, pourtant fortement ancrée dans une perspective positiviste, de considérer les accords de coopération comme des normes juridiques,

contraignantes en droit. Et aux juristes de déplorer la violation fréquente des règles prévues à l'article 92*bis* par les pouvoirs exécutifs, et plus particulièrement le défaut de soumettre pratiquement tous les accords de coopération à l'approbation des parlementaires. Le registre juridique est clairement conçu comme étant plus fiable, plus stable, plus sécuritaire, sécurisant et porteur de légitimité que le registre « purement » politique.

D'autres systèmes fédéraux, ayant tout autant, voire encore plus, recours à des instruments de type contractuel entre exécutifs, se soucient fort peu du statut de ces instruments. Nous ne prêchons aucunement pour une telle attitude de « laisser-faire » qui renforce systématiquement le pouvoir exécutif face aux pouvoirs législatif et judiciaire. Nous tenons simplement à rappeler que le souhait d'inscrire des normes négociées dans le registre juridique n'est pas universellement partagé. Il révèle une certaine idéologie.

Pour Isabelle Hachez, la classification doctrinale des sources du droit « est porteuse d'une certaine idéologie, s'appuyant sur une représentation déterminée de l'État et des modèles sociaux souhaitables »¹⁵⁵. Cette tentation de considérer tous les accords de coopération comme des normes juridiques, ou de craindre l'action destructrice des partenaires fédéraux s'ils ne sont pas cadencés par des normes contraignantes et auxquelles ils ne peuvent déroger unilatéralement, est également porteuse d'idéologie¹⁵⁶. Une idéologie qui ne se dément pas en dépit du fait que les accords et autres ententes entre partenaires fédéraux, qu'ils relèvent de la *hard law* ou de la *soft law*, font l'objet d'un égal respect, sont dotés d'une effectivité (d'une « portée normative ») pratiquement indissociable et d'une force normative souvent identique.

Est-ce à dire que la distinction entre sources « formelles » et sources « non formelles » du droit est une vue de l'esprit? Qu'elle ne servirait qu'à rassurer les juristes, voire à promouvoir une forme d'impérialisme juridique? Aucunement. Car inscrire les ententes qui interviennent entre pouvoirs publics dans un registre juridique, c'est s'assurer que ces dernières puissent faire l'objet de contrôles. Or, le fédéralisme ne peut servir de cheval de Troie pour permettre aux exécutifs de faire ensemble ce que les règles de droit public leur interdisent – au nom de considérations démocratiques – de faire seuls.

¹⁵⁵ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles... », *op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁶ Et d'une certaine culture juridique continentale, POIRIER (J.), « Les ententes intergouvernementales... », *op. cit.*, p. 466 et s.