

Délivrable D.2.1

**ANALYSE JURIDIQUE DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES DANS LE
CONTEXTE DE LA FLEXIBILITÉ DE LA DEMANDE ET DES OBLIGATIONS DE
COOPÉRATION PESANT SUR CES ACTEURS**

Marie Beudels

Emmanuel Slautsky

Bruxelles, décembre 2025

TABLE DES MATIÈRES

Abstract.....	1
1. Introduction.....	2
2. La répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les régions.....	2
2.1. La répartition des compétences en matière d'énergie.....	3
2.2. Les autres ancrages de compétence	4
2.3. La répartition des compétences en matière de flexibilité de la demande.....	5
2.3.1. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle.....	5
2.3.2. La jurisprudence du Conseil d'État.....	7
3. La répartition des pouvoirs au sein des autorités fédérales et régionales	9
4. Les obligations de coopération et de concertation entre les acteurs.....	11
5. Conclusion	12

ABSTRACT

S'appuyant sur les publications réalisées dans le cadre du projet DemandFlex, la présente étude propose une analyse synthétique et actualisée de la répartition des compétences en matière de flexibilité de la demande en électricité en Belgique. Elle met en évidence le décalage croissant entre un cadre institutionnel largement hérité de la Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 et les exigences actuelles du système électrique. L'analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la jurisprudence du Conseil d'État révèle une imbrication accrue des compétences fédérales et régionales, renforcée par la multiplication des acteurs institutionnels, en particulier les autorités de régulation, dont la compétence tarifaire s'affirme comme un levier central de mise en œuvre de la flexibilité. Ces constats soulignent que le développement effectif de la flexibilité de la demande dépend autant de solutions techniques que de la capacité des institutions belges à organiser une gouvernance cohérente. L'expérience de la gouvernance climatique illustre à cet égard les limites structurelles des mécanismes actuels de coopération et de concertation, appelant à une réflexion renouvelée sur l'adaptation du fédéralisme belge aux enjeux de la transition énergétique.

1. INTRODUCTION

En Belgique, les politiques publiques de déploiement de la flexibilité de la demande, qu'elle soit explicite ou implicite¹, s'inscrivent dans un système complexe de répartition des compétences entre différentes autorités et acteurs. En effet, ces compétences sont d'abord réparties entre l'autorité fédérale et les régions, sur la base de l'article 6, §1^{er}, VII de la Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 (LSRI), qui porte sur la compétence énergétique, mais également sur la base d'autres chefs de compétence prévus par cette même disposition. Ensuite, au sein de chaque niveau de pouvoir, différentes autorités disposent de compétences pour intervenir en matière de flexibilité. En plus de la traditionnelle répartition tripartite du pouvoir, entre le législateur, l'exécutif et le judiciaire, le secteur énergétique se caractérise en effet, sous l'impulsion du droit européen, par l'existence de régulateurs indépendants qui disposent de compétences décisionnelles en la matière. L'imbrication des compétences entre ces différentes autorités génère des risques de conflit qui posent à leur tour la question des obligations de coopération, ou à tout le moins de concertation, entre ces différents acteurs.

Sur la base des travaux des membres du projet DemandFlex publiés dans le cadre du projet et annexées à ce livrable, cette étude synthétise l'apport que fait le projet à la question de la répartition des compétences en matière de flexibilité de la demande en électricité. Il dresse un portrait, parfois négatif, des interactions passées entre les différents acteurs qui peuvent prétendre à des compétences en la matière et présente comment la Cour constitutionnelle et la section de législation du Conseil d'État sont intervenues dans ce domaine. Elle aborde d'abord la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les régions (section 2), ensuite les compétences des différentes autorités au sein des niveaux de pouvoirs compétents (section 3) et enfin les obligations de coopération et de concertation qui s'appliquent à elle (section 4).

2. LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ENTRE L'AUTORITÉ FÉDÉRALE ET LES RÉGIONS

En Belgique, le pouvoir législatif et exécutif est réparti entre l'autorité fédérale et les entités fédérées. S'agissant de la flexibilité de la demande en électricité, le premier fondement de compétence susceptible d'être mobilisé est celui relatif à la politique énergétique, visé par l'article 6, § 1^{er}, VII LSRI. Toutefois, de récents arrêts de la Cour constitutionnelle relatifs à des questions énergétiques et notamment de flexibilité mettent en évidence l'importance d'autres bases de compétences comme les pratiques de commerce (art. 6, §1^{er}, VI, al. 5, 4^o LSRI) ou la politique de prix (art. 6, §1^{er}, VI, al. 5, 3^o LSRI). La présente section analyse tout d'abord les principes de la répartition des compétences en matière d'énergie (2.1) avant de mentionner autres fondements de compétences pertinents (2.2), pour terminer avec une analyse de la jurisprudence et

¹ Sur cette distinction, voy D.1.1., Identification of the legal, economic and technical aspects of the demand flexibility in Belgium, Octobre 2022, p. 10.

légisprudence relative plus spécifiquement à la flexibilité de la demande en électricité (2.3).

2.1. La répartition des compétences en matière d'énergie

Dans le cadre du projet DemandFlex, nous nous sommes attachés à étudier l'article 6, §1^{er}, VII LSRI, ainsi que ses applications par la Cour constitutionnelle et par la section de législation du Conseil d'État. Une première étude réalisée dans le cadre du projet DemandFlex a ainsi visé à faire un état des lieux de la répartition des compétences en matière d'énergie et de son interprétation². Une deuxième étude a pour sa part porté un regard plus critique sur cet état des lieux et proposé une interprétation alternative du texte de la LSRI³. Cette étude, intitulée « hydrogène et fédéralisme : plaidoyer pour une approche holistique de la répartition des compétences en matière d'énergie » et publiée dans la revue *Administration Publique Trimestrielle*, a en effet visé d'une part à présenter les ambiguïtés et difficultés que posent le texte de la LSRI en matière d'énergie, et, d'autre part, à mettre en lumière une certaine incohérence et imprévisibilité dans la pratique de la section de législation du Conseil d'État et, dans une moindre mesure, de la Cour constitutionnelle dans l'interprétation de ce texte. S'agissant de la répartition des compétences entre niveaux de pouvoirs en matière énergétique, l'étude souligne en effet que le texte de l'article 6, §1^{er}, VII LSRI a pour l'essentiel été adopté dans les années 80, une époque où le secteur énergétique était bien différent de ce qu'il est actuellement. Depuis les directives et règlements européens sont venus restructurer le paysage énergétique belge, notamment en créant la structure du fournisseur, en séparant les gestionnaires de réseaux de leurs actionnaires historiques producteurs d'énergie, en créant des marchés spot de vente d'énergie et en régulant le monopole des gestionnaires de réseau, mais également en promouvant le développement des sources d'énergie renouvelable dans ce marché de l'énergie. Ces changements ont bouleversé l'application de la répartition des compétences en matière d'énergie. Dans ce contexte, notre étude souligne que face à l'inadaptation du texte de l'article 6, §1^{er}, VII LSRI au regard de la réalité actuelle du secteur de l'énergie, les instances compétentes – la Cour constitutionnelle et la section de législation du Conseil d'Etat – ont d'abord cherché à interpréter largement les matières explicitement listées à l'article 6, §1^{er}, VII LSRI, comme la compétence régionale en matière de distribution publique de gaz ou d'électricité, pour pouvoir y rattacher les nouvelles questions apparues et devant être réglées. Par contre, la compétence résiduelle de l'autorité fédérale a rarement été utilisée à cette fin, sauf par exemple pour l'organisation du marché de l'électricité⁴. Plus encore, la compétence de l'autorité fédérale a parfois été interprétée de façon restrictive pour, par vase

² M. BEUDELS, « La répartition des compétences en matière d'énergie : tentative d'éclaircissement de bornes floues », *R.F.D.L.*, 2022, vol. 2022, n° 3, pp. 599-615.

³ M. BEUDELS, « Hydrogène et fédéralisme : plaidoyer pour une approche holistique de la répartition des compétences en matière d'énergie », *A.P.T.*, 2023, vol. 2, pp. 280-307.

⁴ S.L.C.E., avis 55.402/3 du 19 mars 2014.

communicant, interpréter largement la compétence des régions. C'est notamment le cas dans l'avis de la section de législation relatif à la loi hydrogène – longuement analysé dans l'étude – où il est considéré que la compétence de l'autorité fédérale en matière de production et de transport doit porter sur des installations n'ayant pas un impact marginal pour la sécurité d'approvisionnement⁵. Notons toutefois que cette interprétation n'a pas été suivie par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt relatif à la même loi⁶.

Interpréter extensivement les notions utilisées à l'article 6, §1^{er}, VII LSRI est une stratégie cohérente pour appliquer cette disposition à un contexte tout à fait différent de celui dans lequel elle a été adoptée. Dans notre article publié dans la revue *Administration Publique Trimestrielle*, nous avons néanmoins critiqué le manque de justification des décisions prises par la Cour constitutionnelle et la section de législation du Conseil d'État dans ce contexte – manque de prévisibilité – ainsi que le manque de cohérence d'une décision à une autre. Nous avons donc proposé une interprétation alternative du texte de la répartition des compétences qui tient plus compte de ses principes structurants et exprimés dans le texte de la LSRI, à savoir que les régions sont compétentes pour les aspects régionaux de l'énergie, et l'autorité fédérale, pour les aspects nationaux.

Outre cette proposition plutôt normative, la contribution de cette publication tient aussi à l'analyse et à la systématisation qu'elle réalise de la manière dont la Cour constitutionnelle et la section de législation du Conseil d'État interprètent l'article 6, §1^{er}, VII LSRI. Une telle analyse est cruciale pour comprendre la portée de la compétence de l'autorité fédérale en matière de flexibilité de la demande en électricité.

2.2. Les autres ancrages de compétence

Outre les compétences en matière d'énergie au sens strict, les mesures prises par les acteurs compétents au sein de l'autorité fédérale ou des régions dans le domaine énergétique peuvent aussi s'envisager au regard d'autres compétences régionales listées à l'article 6, §1^{er}, VII LSRI, comme l'environnement (art. 6, §1^{er}, II), la politique des prix (art. 6, §1^{er}, VI, al. 5, 3^o LSRI), le droit de la concurrence et des pratiques du commerce (art. 6, §1^{er}, VI, al. 5, 4^o LSRI), voire même des compétences communautaires comme la politique d'aide sociale (art. 5, §1^{er}, II, 2^o LSRI)⁷. Ainsi, aux difficultés posées par l'application et l'interprétation de l'article 6, §1^{er}, VII LSRI an tant que tel, s'ajoute la possibilité d'utiliser d'autres fondements pour établir la compétence d'une autorité pour une mesure relative au secteur énergétique. Par exemple, la réglementation de la flexibilité dite commerciale par des clients raccordés au réseau de distribution peut s'envisager, à la fois sur la base de la compétence régionale en matière de distribution

⁵ S.L.C.E., avis 71.998/VR/3 du 12 octobre 2022, p. 22.

⁶ C.C., 14 novembre 2024, n° 126/2024.

⁷ Voy. À ce sujet Q. PEIFFER, « les clients protégés conjoncturels sacrifiés sous l'autel des règles de répartition des compétences en matière d'énergie : la fin d'une histoire ? », *A.P.T.*, 2024/2, pp. 278-288, note sous C.C., 25 janvier 2024, n° 14/2024.

d'électricité (article 6, §1^{er}, al. 1^{er}, a) LSRI) et sur la base de la compétence fédérale en matière de droit de la concurrence et de pratiques de commerce (art. 6, §1^{er}, VI, al. 5, 4^o LSRI), comme envisagé dans la section suivante. Dans ces cas, la Cour constitutionnelle cherche, en principe, à identifier où se trouve l'élément prépondérant de la relation juridique réglée, par rapport aux différents ancrages de compétences envisageables⁸.

2.3. La répartition des compétences en matière de flexibilité de la demande

La répartition des compétences dans le domaine de l'énergie telle qu'elle a été présentée dans les deux premières sous-sections a été appliquée à la flexibilité – de la demande et de l'offre – en électricité, par la Cour constitutionnelle et la section de législation du Conseil d'État. La présente sous-section vise à présenter ces cas, et à souligner en quoi ils sont des applications des dynamiques mises en évidence dans les publications attachées à ce livrable.

2.3.1. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle

Le premier arrêt où la Cour constitutionnelle a explicitement traité de la question de la répartition des compétences en matière de flexibilité est l'arrêt n°56/2016 du 28 avril 2016, relatif à des dispositions du décret wallon électricité du 12 avril 2001, ajoutées par un décret du 11 avril 2014. Ces dispositions prévoyaient l'obligation pour le gestionnaire de réseau de connecter les installations de production d'électricité, notamment verte, au réseau. En échange de cette obligation de raccordement, le gestionnaire de réseau était autorisé à demander au producteur de réduire voire d'interrompre sa production en cas de congestion sur le réseau. Ces situations où l'accès au réseau est offert, mais peut être limité sont généralement appelées des situations d'accès flexible. Il s'agit donc ici plutôt de flexibilité de *l'offre* en électricité que de la demande. Divers griefs ont été émis à l'égard de cette mesure par l'ASBL EDORA (Fédération de l'Energie d'Origine Renouvelable et Alternative), notamment concernant la répartition des compétences. Les requérants considéraient en effet que la mesure aurait pour conséquence de réserver l'ensemble de la capacité flexible des producteurs concernés aux gestionnaires de réseaux entrant dans la compétence régionale (GRD et GRTR), empêchant ainsi cette capacité d'être utilisée au service du GRT, c'est-à-dire comme réserve d'équilibrage. La Cour n'a pas suivi ce raisonnement et a considéré que la mesure rentrait dans la compétence du législateur wallon, en ce qu'elle ne s'applique qu'aux GRDs et GRTR et portait spécifiquement sur les producteurs d'électricité verte⁹. La Cour semblait par ailleurs considérer que la flexibilité pourrait ressortir de la compétence régionale en matière d'utilisation rationnelle de l'énergie, mais ne l'a pas explicitement confirmé¹⁰. Enfin, la Cour a souligné dans cet arrêt qu'il n'existe pas qu'une seule forme de flexibilité et a fait la distinction entre la flexibilité

⁸ Voy. notamment C.C., 21 juin 2000, n°76/2000, B.4.1.

⁹ C.C., 11 avril 2014, n°56/2016, B.5.2 *in fine*.

¹⁰ C.C., 11 avril 2014, n°56/2016, B.5.1.

technique (imposée) et la flexibilité commerciale (consentie)¹¹, en précisant que la compétence régionale pour la première n'empêchait pas l'autorité fédérale d'être compétente pour la seconde, « en particulier pour le gestionnaire de réseau de transport »¹².

Même si cet arrêt porte sur la flexibilité de l'offre en électricité, ses enseignements sont utiles en matière de flexibilité de la demande, qui, pour rappel, est définie dans le contexte du projet DemandFlex comme étant un changement volontaire de comportement de consommation d'électricité¹³. Il nous apprend en effet qu'un des éléments déterminants pour établir la compétence semble être à qui la flexibilité est offerte (GRD ou GRT). La Cour souligne, en effet, comme nous dans le contexte du délivrable D.1.1., qu'il existe plusieurs formes de flexibilité et qu'elles peuvent être offertes à différents acteurs pour différents objectifs – principalement au GRT à des fins d'équilibrage et aux GRD à des fins de gestion des congestions. Elle ne semble néanmoins pas tenir compte du fait que ces formes de flexibilité peuvent se faire concurrence, de sorte qu'une mesure prise à un niveau de pouvoir peut avoir un impact sur l'autre niveau de pouvoir. En tout état de cause, la Cour confirme certaines compétences régionales en matière de flexibilité dite technique et, donc, non consentie bénéficiant aux gestionnaires de réseau de compétence régionale.

La Cour a néanmoins également reconnu des compétences fédérales sur des questions de flexibilité, cette fois-ci de la demande en électricité. Le Gouvernement flamand a en effet attaqué diverses dispositions d'une loi du 23 octobre 2022 modifiant la loi électricité du 29 avril 1999 visant, notamment, à sanctionner les clauses contractuelles limitant la possibilité pour les communautés d'énergie citoyennes d'acheter ou vendre des services de flexibilité et ajoutant une définition de clients actifs ne se limitant pas aux clients connectés au réseau de transport.¹⁴ La Cour a, en grande partie, rejeté le recours du Gouvernement flamand, considérant que l'autorité fédérale était compétente pour réglementer ces éléments liés à la flexibilité de la demande, sur la base de sa compétence en matière de pratiques du commerce et de droit de la concurrence (art. 6, §1^{er}, VI, al. 5, 4^o LSRI). En revanche, la Cour n'a *pas* considéré que les communautés d'énergie ou clients actifs raccordés au réseau de distribution pouvaient vendre de la flexibilité au gestionnaire de réseau de transport et rassortissaient dès lors de la compétence fédérale pour le transport d'énergie (art. 6, §1^{er}, al. 2, c) LSRI. Elle avait pourtant ouvert la porte à une telle interprétation de la compétence fédérale en matière de transport en indiquant, dans son arrêt n°5/2021 que « chaque consommation [sur le réseau de distribution] entraîne l'utilisation du réseau de transport, même si toutes les

¹¹ C.C., 11 avril 2014, n°56/2016, B.5.4.

¹² *Ibid.*

¹³ voy D.1.1., Identification of the legal, economic and technical aspects of the demand flexibility in Belgium, Octobre 2022, p. 10.

¹⁴ C.C., 27 mars 2024, n° 36/2024.

composantes de cette consommation n'ont pas circulé sur le réseau de transport »¹⁵. De même, la Cour n'a pas non plus interprété ces dispositions comme étant limitées aux communautés d'énergie citoyenne et aux clients actifs raccordés au réseau de transport, alors même que cette interprétation était proposée par le Conseil des ministres dans ses arguments¹⁶. La Cour a évité d'indiquer que la compétence de l'autorité fédérale en matière de transport d'électricité pourrait inclure les consommations sur le réseau de distribution, ainsi que la flexibilité offerte par les clients du réseau de distribution au GRT, alors même qu'elle avait déjà sous-entendu une telle interprétation dans l'arrêt 56/2016 présenté ci-dessus. Il est vrai qu'une telle interprétation aurait pu mener à une imbrication de compétences telle – les régions étant compétents pour la distribution, mais l'autorité fédérale pouvant par hypothèse prétendre à des compétences pour certains aspects de la distribution, dans la mesure où ils touchent au réseau de transport, par exemple la flexibilité réservée et activée par le GRT – qu'il aurait fallu un accord de coopération entre les entités compétentes pour régler l'exercice en commun de compétences de différents niveaux de pouvoir concernés. Ce faisant, la Cour complexifie néanmoins d'autant plus la question de la répartition des compétences en utilisant un autre fondement de compétence que celui de la compétence en matière de politique énergétique, celui des pratiques de commerce, pour régler la question de la compétence en matière de flexibilité. Un tel raisonnement pourrait ouvrir la porte à des applications de la théorie du double aspect¹⁷, suivant laquelle, en dépit du principe de l'exclusivité des compétences, des mesures similaires, ici des mesures relatives à la flexibilité de la demande en électricité offerte par des utilisateurs raccordé au réseau de distribution, pourraient être adoptées à la fois par l'autorité fédérale sur la base de sa compétence pour le droit des pratiques du commerce (art. 6, §1^{er}, VI, al. 5, 4^o LSRI) et par les régions sur la base de leur compétence en matière de distribution d'électricité (art. 6, §1^{er}, al 1^{er}, a) LSRI)

La combinaison des arrêts mentionnés ci-avant souligne donc que, aux yeux de la Cour constitutionnelle, l'autorité fédérale dispose de multiples compétences en matière de flexibilité, que ce soit sur la base de sa compétence pour le transport d'électricité ou en matière de pratiques de commerce et que le niveau de raccordement des clients offrant leur flexibilité ne semble pas être déterminant pour décider de l'autorité compétente. Ceci contraste avec la position de la section de législation du Conseil d'État, ainsi qu'on l'expose ci-après.

2.3.2. La jurisprudence du Conseil d'État

La section de législation du Conseil d'État a également reconnu des compétences aux régions ainsi qu'à l'autorité fédérale en matière de flexibilité sur la base de leurs

¹⁵ C.C., 14 janvier 2021, n°5/2021, B.9.8.

¹⁶ C.C., 27 mars 2024, n° 36/2024, A.4 et A.10.

¹⁷ J. VANPRAET, *De latente staatshervorming*, Brugge, Die Keure, 2011.

compétences respectives en matière d'énergie. Il est important de noter que les avis de la section de législation n'ont pas force obligatoire, mais qu'ils font autorité et peuvent venir guider la Cour constitutionnelle dans une interprétation ultérieure de la répartition des compétences. Par ailleurs, la section de législation du Conseil d'État ne tranche pas de conflits de compétence en tant que tels. Elle n'a donc pas pour objectif d'établir une délimitation stricte entre la compétence fédérale et la compétence régionale. Elle donne un avis sur la question de savoir si l'autorité qui la saisit a la compétence pour établir un acte dans une matière donnée.

En ce qui concerne les régions, la section de législation a notamment considéré qu'elles pouvaient prétendre à des compétences en matière de flexibilité sur la base de leur compétence pour la distribution d'électricité. Elle a ainsi estimé que cette compétence incluait (i) les clients actifs connectés au réseau de distribution¹⁸, (ii) la gestion des déséquilibres sur le réseau de distribution,¹⁹ ou encore (iii) les services d'agrégation et de flexibilité lorsque ces activités font usage du réseau de distribution. Il semble donc que l'élément déterminant soit que la flexibilité vienne de clients raccordés au réseau de distribution ou serve le réseau de distribution. À cet égard, la référence aux « déséquilibres sur le réseau de distribution » semble plutôt concerner les problèmes de congestions locales qui peuvent être résolus par des modifications de la production ou de la consommation sur les parties concernées du réseau pour mieux faire coordonner les deux comportements. En revanche, le besoin technique de maintenir une injection et une consommation parfaitement en équilibre pour maintenir la fréquence du réseau à 50 Hz, communément appelé équilibrage, est une mission du GRT, pour l'ensemble du réseau belge. Il n'y a pas, en ce sens, de déséquilibre strictement limité au réseau de distribution.

D'ailleurs, la section de législation reconnaît explicitement la compétence fédérale pour la gestion des déséquilibres. Elle a ainsi indiqué dans un avis n° 58.065/1/V du 9 septembre 2015 que « dans le prolongement de la compétence fédérale 'pour les matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national', à savoir les grandes infrastructures de stockage et le transport de l'énergie »²⁰, l'autorité fédérale était compétente pour la préservation de l'équilibre dans la zone de réglage et les plans de délestage. Elle souligne que cette compétence peut impliquer d'imposer des obligations aux GRDs et à toute personne en aval du réseau de transport, alors même que les régions sont compétentes pour la distribution et le transport local, d'une manière qui n'empiète pas inutilement ou de façon disproportionnée sur la législation régionale. Cette compétence pour le réseau de transport et la préservation de l'équilibre inclut également l'ajustement et la gestion de la demande sur le réseau de transport, autrement dit, la flexibilité. La section de législation

¹⁸ S.L.C.E, n° 70.296/3, 19 novembre 2021, § 6.2.1.

¹⁹ S.L.C.E, n° 70.296/3, 19 novembre 2021, § 6.2.1, S.L.C.E, n° 60.616/3, 4 janvier 2017, § 3.2.

²⁰ S.L.C.E., avis n° 58.065/1/V, 9 septembre 2015, § 6.

indique en effet dans un autre avis que la compétence fédérale en matière de transport d'énergie inclut la flexibilité de la demande pour autant que les mesures « concernent des clients finaux qui sont directement raccordés au réseau de transport ou des opérateurs de flexibilité qui, en raison de l'importance de leur portefeuille de clients finaux [...] influencent l'équilibre sur le réseau de transport »²¹. Ici aussi, l'élément déterminant pour établir la compétence fédérale est que la flexibilité vienne de clients raccordés au réseau de transport ou bénéficie au réseau de transport, c'est-à-dire à l'équilibre dans la zone de réglage, puisqu'il n'existe pas réellement de déséquilibres limités au réseau de distribution ou de transport local.

C'est en ceci que la position de la section de législation peut générer des superpositions ou à tout le moins des imbrications de compétences entre les régions et l'autorité fédérale. Si le GRT réserve des capacités d'opérateurs de flexibilité, c'est qu'ils sont en mesure d'influencer l'équilibre sur la zone de réglage, même si ses clients sont raccordés au réseau de distribution. Néanmoins, la section de législation considère que les régions sont compétentes concernant les clients actifs sur le réseau de distribution. Si des clients offrent de la flexibilité au GRT, il y a donc potentiellement une superposition de compétences. Plus encore, cette capacité de flexibilité pourrait être à la fois offerte à un GRD, par exemple dans le contexte d'un accès flexible imposé par la réglementation, et au GRT à des fins de réservation (et activation) de capacité flexible. Or, c'est cette concurrence entre les besoins de flexibilité que la Cour constitutionnelle n'a pas voulu reconnaître. La répartition des compétences en matière de flexibilité telle qu'aujourd'hui reconnue par la section de législation peut donc mener à des superpositions ou imbrications de compétences, générant ainsi des besoins accrus de coopération entre les entités compétentes.

3. LA RÉPARTITION DES POUVOIRS AU SEIN DES AUTORITÉS FÉDÉRALES ET RÉGIONALES

À cette complexité relative au niveau de pouvoir compétent s'ajoute une multiplicité d'autorités qui peuvent, au sein de chaque niveau de pouvoir, prétendre à des compétences en matière de flexibilité : le législateur et l'exécutif et les régulateurs indépendants.

Dans le cadre du projet DemandFlex, nous nous sommes particulièrement attardés sur les compétences des autorités de régulation du secteur de l'électricité, spécialement en matière tarifaire. En effet, si la flexibilité peut s'organiser de façon explicite, avec une rencontre d'une demande et d'une offre de flexibilité, des mécanismes de flexibilité dite implicite sont mis en place en Belgique, notamment via les tarifs de réseau d'électricité. Les régulateurs énergétiques, principalement régionaux²², ont adopté de nouvelles structures tarifaires en basse tension pour permettre une meilleure intégration des

²¹ S.L.C.E., avis n° 60.616/3, 4 janvier 2017, § 3.2.

²² Nos recherches montrent néanmoins que des mécanismes incitatifs ont toujours existé et existent toujours au niveau des tarifs de transport.

énergies renouvelables et faire en sorte que l'électrification des usages ne génère pas de besoins de renforcement du réseau basse tension, ou à tout le moins les retarder. Au regard du droit européen, les régulateurs doivent en principe exercer leur compétence tarifaire en toute indépendance, et ne peuvent recevoir d'instruction, en ce compris du législateur, qui ne peut qu'émettre des orientations générales à ce sujet. L'établissement de la limite entre de telles orientations générales, admises, et des instructions de la part du législateur, exclues, a fait couler beaucoup d'encre en Belgique²³.

De manière générale, l'existence d'autorités disposant de compétences réglementaires et indépendantes des pouvoirs législatif et exécutif, ainsi que leur constitutionnalité ont été discutées par les constitutionnalistes belges. Dans le contexte du projet DemandFlex, nous sommes revenus sur ces discussions pour montrer que la constitutionnalité des autorités administratives indépendantes est généralement acceptée, du moins implicitement, du fait de leur origine en droit européen²⁴. C'est particulièrement le cas en ce qui concerne la compétence tarifaire des autorités de régulation énergétique, quant à laquelle des violations de l'indépendance du régulateur par les institutions représentatives ont à plusieurs reprises été sanctionnées par des juridictions. Néanmoins, de récents arrêts de la Cour constitutionnelle remettent en cause cette reconnaissance presque absolue de l'indépendance des régulateurs énergétique en matière tarifaire. Ainsi, dans son arrêt 26/2024 du 22 février 2024, la Cour a refusé de sanctionner d'illégalité une ligne directrice tarifaire du législateur wallon suivant laquelle les consommateurs qui ne souhaitaient pas apporter leur flexibilité au système, ne pouvaient être pénalisés²⁵. La Cour a considéré que cette ligne directrice faisait simplement écho au droit européen suivant lequel le régulateur doit raisonnablement protéger les consommateurs vulnérables. Ici, la norme européenne qui incite les régulateurs à protéger les consommateurs vulnérables est interprétée de façon à y inclure une interdiction de pénaliser les consommateurs qui ne souhaitent pas apporter leur flexibilité au système. Cette position marque une inflexion notable dans la jurisprudence de la Cour : alors qu'elle avait jusqu'ici tendance à annuler les dispositions nationales dès qu'un doute subsistait quant à leur conformité au droit européen, elle

²³ Voy. notamment D. VERHOEVEN, « Régulation des tarifs de transport et de distribution d'électricité et de gaz naturel : éléments juridiques d'un jeu de quilles politico-économique », in R. BORN et D. RENDERS (dir.), *Actualités du droit de l'énergie*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 311-345 ; S. DE SOMER, « Politieke sturing inzake de tariefmethodologie opgesteld door energieregulators: hoeveel ruimte laat het EU-recht? », *T.B.P.*, 2016, n° 9, pp. 496-503 ; E. SLAUTSKY, *L'organisation administrative nationale face au droit européen du marché intérieur*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 260 ; M. BEUDELS, « Les tarifs de réseau de distribution d'électricité en Région de Bruxelles-Capitale. Retour sur dix ans de compétence tarifaire », in M. BEUDELS et L. DE BRUCKER (dir.), *Energiericht in Brussel: quelles alternatives aux énergies fossiles ?*, Bruxelles, Intersentia, 2024, p. 334.

²⁴ E. SLAUTSKY, « Les autorités administratives indépendantes en Belgique : entre para-légalité et primauté du droit européen », in J. CLARENNE et al. (dir.), *Droit constitutionnel et démocratie : de la nation à l'Europe*, 2025, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2025, pp. 125-169.

²⁵ C.C., 22 février 2024, n° 26/2024.

privilégie désormais une interprétation conciliante du droit européen, permettant de maintenir la validité du droit interne pour protéger les prérogatives du législateur.

Le projet DemandFlex nous a également permis d'analyser la compétence tarifaire en Région de Bruxelles-Capitale dans une contribution dans laquelle nous avons tâché de montrer que le régulateur bruxellois exerçait sa compétence tarifaire en cherchant un équilibre entre les besoins techniques du réseau bruxellois, la transition énergétique et la protection des consommateurs bruxellois²⁶. Cette publication montre toute la marge d'appréciation qui se cache derrière la compétence tarifaire, souvent décrite comme technique, et l'étendue des choix que le régulateur est donc amené à faire à cet égard.

4. LES OBLIGATIONS DE COOPÉRATION ET DE CONCERTATION ENTRE LES ACTEURS

L'analyse menée dans les sections précédentes met en évidence une imbrication profonde des compétences fédérales et régionales en matière de flexibilité de la demande, ainsi qu'une multiplicité d'acteurs institutionnels ayant des responsabilités en la matière. Plus encore, dès lors qu'il existe différents types de flexibilité (implicite ou explicite), pour différents objectifs (équilibre, gestion de congestion), les compétences de ces acteurs sont imbriquées voire concurrentes, contrairement à ce que la Cour constitutionnelle sous-entendait dans son arrêt 56/2016 du 11 avril 2016. Cette configuration crée un risque structurel de conflits de compétence et justifie la mise en place de mécanismes de coopération ou, à tout le moins, de concertation entre les différents niveaux de pouvoir.

En matière de répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les entités fédérées, lorsque des compétences sont imbriquées à un point tel, la Cour constitutionnelle impose parfois la conclusion d'un accord de coopération entre les autorités compétentes. Par ailleurs, en matière énergétique, La LSRI impose diverses obligations de concertation – notion moins stricte que la coopération – qui visent à encadrer les relations entre niveaux de pouvoir. Ainsi, la LSRI prévoit une concertation obligatoire pour tout sujet de la politique énergétique non explicitement énuméré à l'article 6, §1^{er}, VII LSRI, ainsi que pour les grands axes de la politique énergétique²⁷. La section de législation du Conseil d'État a par ailleurs considéré que l'organisation des mécanismes de flexibilité constituait un grand axe de la politique énergétique nationale²⁸. Sur la base d'un accord de coopération du 18 décembre 1991, cette concertation s'organise au sein du Groupe de concertation État-Régions pour l'Énergie (CONCERE, ou ENOVER en néerlandais)²⁹. L'efficacité de cet organe de concertation est difficile à évaluer. Les travaux de ce groupe de concertation ne sont pas publics, mais la section de

²⁶ M. BEUDELS, « Les tarifs de réseau de distribution d'électricité en Région de Bruxelles-Capitale. Retour sur dix ans de compétence tarifaire », *op. cit.*

²⁷ Art 6, § 3, 2° et 3° LSRI.

²⁸ S.L.C.E., n° 60.616/3, 4 janvier 2017, § 4.

²⁹ Accord de coopération du 18 décembre 1991 entre l'État, la Région wallonne, la Région flamande et la Région de Bruxelles-Capitale relatif à la coordination des activités liées à l'énergie, *M.B.*, 26 février 1992.

législation rappelle régulièrement que cette concertation doit avoir lieu. Par ailleurs, il existe des indices du succès parfois limité de cette concertation, notamment en raison des multiples recours récemment introduits par le Gouvernement flamand à l'encontre des législations fédérales lors de la dernière législature.

L'existence d'organes et d'obligations de coopération et de concertation n'assure en effet pas nécessairement leur efficacité. Dans le contexte du projet DemandFlex, nous avons analysé l'efficacité des mesures de coopérations existant en matière climatique³⁰, un domaine connexe à celui de l'énergie et qui partage de nombreuses caractéristiques institutionnelles avec le secteur énergétique : multiplicité d'acteurs, transversalité des politiques et risque de blocage décisionnel. Dans cette contribution, nous dressons un constat relativement négatif de la coopération en matière climatique, que nous considérons comme un cas paradigmatique du *joint-decision trap*. En effet, alors que divers organes de coopération existent, force est de constater que ceux-ci manquent leur objectif, en démontre la difficulté d'adopter un plan énergie et climat. Un autre exemple, issu de la politique énergétique, le CRM, nous permet également de montrer comment une entité, la Région flamande, a pu utiliser ses compétences en matière de permis d'environnement pour neutraliser les effets d'une politique fédérale. Dans cette contribution, nous étudions également des propositions de réformes pour adapter le fédéralisme belge aux enjeux des dérèglements climatiques.

En matière climatique comme énergétique, l'expérience belge montre donc que la simple existence d'organes et d'obligations de coopération ne suffit pas : sans volonté politique partagée ni cadre contraignant, ces mécanismes peinent à dépasser une fonction purement procédurale.

5. CONCLUSION

S'appuyant sur et renvoyant aux travaux réalisés dans le cadre du projet DemandFlex, la présente étude synthétise certains aspects de la complexité et de l'évolution de la répartition des compétences en matière de flexibilité de la demande en Belgique. L'étude révèle que les frontières entre compétences fédérales et régionales, telles que fixées par la LSRI, sont aujourd'hui perméables et font l'objet d'une interprétation dynamique. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle et les avis de la section de législation présentés dans ce rapport font état d'une imbrication de plus en plus forte des compétences fédérales et régionales en matière de flexibilité de la demande en électricité. À cette superposition de compétences s'ajoute une multiplicité d'acteurs susceptibles d'intervenir au sein de chaque niveau de pouvoir, en particulier les autorités de régulation, indépendantes des pouvoirs législatif et exécutif et dont la compétence tarifaire s'affirme comme un levier essentiel de mise en œuvre de la flexibilité. Ces

³⁰ C. ROMAINVILLE *et al.*, « L'organisation fédérale belge et l'enjeu climatique : sortir de l'impasse, Quel fédéralisme pour la Belgique de demain ? », in C. ROMAINVILLE et E. SLAUTSKY (dir.), *Quel fédéralisme pour la Belgique de demain ?*, 2024, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, pp. 443-511.

imbrications entre autorité fédérale et régions et entre acteurs institutionnels renforcent l'importance des mécanismes de coopération et de concertation. Ces mécanismes montrent néanmoins leurs limites. Le cas de la gouvernance climatique est à ce titre paradigmatique des failles du fédéralisme coopératif belge.

TABLE DES ANNEXES

1. M. BEUDELS, « La répartition des compétences en matière d'énergie : tentative d'éclaircissement de bornes floues », R.F.D.L., 2022, vol. 2022, n° 3, pp. 599-615.
2. M. BEUDELS, « Hydrogène et fédéralisme : plaidoyer pour une approche holistique de la répartition des compétences en matière d'énergie », A.P.T., 2023, vol. 2, pp. 280-307.
3. E. SLAUTSKY, « Les autorités administratives indépendantes en Belgique : entre para-légalité et primauté du droit européen », in J. CLARENNE et al. (dir.), Droit constitutionnel et démocratie : de la nation à l'Europe, 2025, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2025, pp. 125-169.
4. M. BEUDELS, « Les tarifs de réseau de distribution d'électricité en Région de Bruxelles-Capitale. Retour sur dix ans de compétence tarifaire », in M. BEUDELS et L. DE BRUCKER (dir.), Energierecht in Brussel: quelles alternatives aux énergies fossiles ?, Bruxelles, Intersentia, 2024, pp. 325-352
5. C. ROMAINVILLE, E. SLAUTSKY, S. VANDEBOSCH et M. BEUDELS, « L'organisation fédérale belge et l'enjeu climatique : sortir de l'impasse, Quel fédéralisme pour la Belgique de demain ? », in C. ROMAINVILLE et E. SLAUTSKY (dir.), Quel fédéralisme pour la Belgique de demain ?, 2024, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, pp. 443-511.

La répartition des compétences en matière d'énergie : tentative d'éclaircissement de bornes floues

Marie BEUDELS

Doctorante au Centre de droit public et social de l'Université libre de Bruxelles⁽¹⁾

◆ TABLE DES MATIÈRES ◆

Introduction	599
I. Trois difficultés quant à la répartition des compétences en matière d'énergie	601
A. La compétence résiduelle en matière d'énergie	603
B. Le rapport entre les listes des alinéas 1 ^{er} et 2 de l'article 6, § 1 ^{er} , VII, LSRI	605
C. L'exhaustivité de la liste des matières de compétence fédérale	608
II. Une méthode d'application de la répartition des compétences en matière d'énergie	611
Conclusion	614



INTRODUCTION

L'article 6, § 1^{er}, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles⁽²⁾ (ci-après «LSRI»), vise à établir une limite, une borne comme l'indique l'intitulé du colloque dans le cadre duquel s'inscrit cette contribution, qui en l'occurrence existe entre la compétence des régions et celle de l'autorité fédérale en matière de politique énergétique. Dès son introduction

⁽¹⁾ Cette recherche a été réalisée dans le cadre du projet DemandFlex, financé par le Fonds de transition énergétique. Cette contribution a été finalisée en août 2022 et ne tient dès lors pas compte de développements ultérieurs. L'auteure remercie vivement Emmanuel Slautsky, Norman Vander Putten, Lucien Rigaux, Thibault Gaudin et Sophie Gérard pour leurs relecture et commentaires.

⁽²⁾ Loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, M.B., 15 août 1980.

en 1980 et sa modification en 1988 dans le cadre de la troisième réforme de l'État, cette norme a donné lieu à des interprétations multiples, allant parfois en sens contraire⁽³⁾. Une évaluation du fonctionnement des institutions fédérales réalisée par le Sénat en 1999 a notamment souligné « l'ambiguïté de cette disposition »⁽⁴⁾, en indiquant que « [l]e texte est plein d'incertitude et de pièges en termes d'interprétation »⁽⁵⁾, ou que le texte peut donner raison à des interprétations contraires⁽⁶⁾.

Les défis actuels que causent le changement climatique et la nécessaire adaptation du secteur énergétique posent pourtant plus que jamais la question de la compétence en matière de politique énergétique. Nous voyons en effet apparaître de nouvelles technologies énergétiques, telles que l'utilisation de l'hydrogène comme vecteur énergétique⁽⁷⁾ ou le stockage plus performant d'énergie, ainsi que de nouvelles évolutions dans les marchés de l'électricité⁽⁸⁾, telles que la valorisation de la flexibilité de la demande en électricité⁽⁹⁾. Ces évolutions, qui n'étaient pas envisagées lors de l'établissement de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, ont le potentiel de remettre un peu plus en question les démar-

(3) Voy. à titre d'exemple, M. UYTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé : réflexions sur le système institutionnel belge, issu des réformes de 1988-1989*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 441-444 ; L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, pp. 127-176 ; L. DERIDDER, « Het energiebeleid », in G. VAN HAEGENDOREN et B. SEUTIN (éds), *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Bruges, die Keure, 2000 ; K. DEKETELAERE et al., *Handboek energierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, pp. 9-24 ; K. CALUWAERT, « Artikel 6, § 1, VII BWHI », in *Duiding Federale Staatsstructuur*, 2018, pp. 414-422 ; S. SOTTIAUX et K. REYBROUCK, *De federale bevoegdheden*, 2019, Bruxelles, Intersentia, 2019, pp. 629-652 ; N. BERNARD, « La répartition des compétences en matière d'énergie », in B. HUBEAU et P. JADOUL (éds), *Vers un droit fondamental à l'énergie ? Naar een grondrecht op energie ?*, Bruxelles, 2006, pp. 125-150 ; Q. PEIFFER, « Énergie », in M. UYTENDAELE et M. VERDUSSEN (éds), *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'État*, 2015, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 405-417.

(4) Doc., Sén., 1998-1999, n° 1333/1, p. 216.

(5) *Ibid.*, p. 217.

(6) *Ibid.*, p. 218, « M. Coenraets attire l'attention sur la signification de l'expression “en tout cas” : cela signifie que l'on n'exclut pas le reste. Le malheur du texte est précisément que la formulation peut donner raison à ceux qui diront que ce qui n'est pas visé dans le “en tout cas” demeure de la compétence fédérale et aux autres qui diront que “en tout cas” veut dire que pour le reste, les régions sont aussi compétentes ».

(7) À titre d'exemple, l'hydrogène vert peut être produit à partir d'électricité issue de sources renouvelables et ainsi servir de moyen de stockage de l'électricité verte. Pour plus d'informations sur les vecteurs énergétiques gazeux, voy. SPF Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie, *Le rôle des vecteurs énergétiques gazeux dans une Belgique climatiquement neutre*, 2 juin 2021, disponible sur <https://economie.fgov.be/fr/publications/le-role-des-vecteurs> (consulté le 5 septembre 2022).

(8) D'un point de vue économique, les principaux marchés de l'électricité sont les marchés de gros, d'équilibrage et de détail.

(9) La flexibilité de la demande est la modification, par un client final, de sa charge d'électricité prélevée du réseau par rapport à ses habitudes de consommation en réponse à des signaux externes. Vu le développement des technologies de production d'électricité renouvelable mais intermittente, la flexibilité de la demande permet à la demande de s'adapter à l'offre et non plus (uniquement) l'inverse.

cations qu'il crée⁽¹⁰⁾ et nous incitent dès lors à jeter un nouveau regard sur cette disposition afin d'éclaircir la répartition des compétences en matière d'énergie. L'analyse de la répartition des compétences en matière d'énergie est d'autant plus importante que l'incertitude autour du contour des compétences régionales et fédérales entraîne un système de « premier arrivé, premier servi »⁽¹¹⁾, chaque gouvernement tentant « d'occuper le terrain »⁽¹²⁾, ce qui entraîne une grande insécurité juridique⁽¹³⁾.

Dans sa tentative d'éclaircissement de la répartition des compétences en matière d'énergie⁽¹⁴⁾, la présente contribution analyse tout d'abord le texte de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, ainsi que trois difficultés que son interprétation pose (I). Sur la base de l'analyse des interprétations existantes, nous proposons une interprétation ainsi qu'une méthode d'application de cette interprétation permettant de déterminer qui de l'autorité fédérale ou des régions est compétente pour régler les (nouvelles) questions énergétiques (II). L'objectif de cette contribution n'est cependant pas de dresser une liste des matières régionales et fédérales en matière d'énergie. En effet, les exemples utilisés démontrent bien l'imbrication qui existe entre les compétences régionales et fédérales en cette matière. Il ressort de cette imbrication un besoin d'analyser au cas par cas chaque application de la répartition des compétences en matière d'énergie. Notre contribution vise donc plutôt à proposer une méthode pour répondre *in concreto* à la question de la compétence dans le domaine de l'énergie.

I. TROIS DIFFICULTÉS QUANT À LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES EN MATIÈRE D'ÉNERGIE

L'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI indique que les régions sont compétentes pour :

- « En ce qui concerne la politique de l'énergie :
- Les aspects régionaux de l'énergie, et en tout cas :
- a) La distribution et le transport local d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70.000 volts, y compris les tarifs des réseaux de distribution d'électricité, à l'exception des tarifs

⁽¹⁰⁾ Cette remise en question découlant des évolutions technologiques ressort particulièrement de la dernière évaluation des réformes de l'État depuis 1970 organisée par le Sénat et la Chambre des représentants. Voy. *Doc.*, Ch., 2021-2022, n° 2602/3, p. 95.

⁽¹¹⁾ Intervention de Frederik Vandendriessche dans le cadre de l'évaluation des réformes de l'État depuis 1970, organisée par le Sénat et la Chambre des représentants, *Doc.*, Ch., 2021-2022, n° 2602/3, p. 100.

⁽¹²⁾ *Doc.*, Ch., 2021-2022, n° 2602/3, p. 66.

⁽¹³⁾ Voy. plusieurs interventions dans le cadre de l'évaluation des réformes de l'État depuis 1970, organisée par le Sénat et la Chambre des représentants, *Doc.*, Ch., 2021-2022, n° 2602/3, pp. 11; 14; 17; 84; 100; 105.

⁽¹⁴⁾ Dans le cadre de cette contribution, nous n'analyserons pas les obligations de concertation que la LSRI impose en matière d'énergie à l'article 6, § 3, 2° et 3°, LSRI. Voy. à cet égard L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, op. cit., pp. 171-173.

des réseaux ayant une fonction de transport et qui sont opérés par le même gestionnaire que le réseau de transport ;

b) La distribution publique de gaz, y compris les tarifs des réseaux de distribution publique du gaz, à l'exception des tarifs des réseaux qui remplissent aussi une fonction de transport du gaz naturel et qui sont opérés par le même gestionnaire que le réseau de transport du gaz naturel ;

c) L'utilisation du grisou et du gaz de hauts-fourneaux ;

d) Les réseaux de distribution de chaleur à distance ;

e) La valorisation des terrils ;

f) Les sources nouvelles d'énergie, à l'exception de celles liées à l'énergie nucléaire ;

g) La récupération d'énergie par les industries et autres utilisateurs ;

h) L'utilisation rationnelle de l'énergie.

Toutefois, l'autorité fédérale est compétente pour les matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national, à savoir :

a) Les études sur les perspectives d'approvisionnement en énergie ;

b) Le cycle du combustible nucléaire ;

c) Les grandes infrastructures de stockage ; le transport et la production de l'énergie ;

d) Les tarifs, en ce compris la politique des prix, sans préjudice de la compétence régionale en matière de tarifs visée à l'alinéa 1^{er}, a) et b) ».

Il découle de cette disposition que, premièrement, les régions sont compétentes pour les aspects régionaux de l'énergie qui sont listés, de façon non exhaustive, à l'alinéa 1^{er}. Deuxièmement, certaines matières énumérées à l'alinéa 2 sont de la compétence de l'autorité nationale « en raison de leur indivisibilité technique et économique »⁽¹⁵⁾, pour reprendre les termes de l'exposé des motifs de la troisième réforme de l'État. L'article établit donc une distinction entre les aspects régionaux de l'énergie, de compétence régionale, et les aspects nationaux, de compétence de l'autorité fédérale.

Ces principes, d'apparence simple, entraînent néanmoins trois difficultés d'interprétation, en partie liées entre elles, que nous analysons dans la suite de cette section, à savoir la question de la compétence résiduelle (A), le rapport qu'entretiennent les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI (B) et enfin la question de l'exhaustivité de la liste des matières fédérales de l'alinéa 2 (C). Dans cette première section, nous étudions ces questions, les réponses proposées par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la législation de la section législation du Conseil d'État et la doctrine, avant de nous positionner dans ces différents débats.

⁽¹⁵⁾ Doc., Ch., sess. extr., 1988, n° 515/1, p. 12.

A. La compétence résiduelle en matière d'énergie

Qui de l'autorité fédérale et des régions est compétente pour les aspects de l'énergie dont le sort n'est pas réglé par l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI⁽¹⁶⁾ ? Certains auteurs affirment que ce sont les régions qui disposent de la compétence résiduelle en matière d'énergie⁽¹⁷⁾. La section législation du Conseil d'État s'est parfois positionnée en ce sens, en écrivant que « [l]es Régions sont, sauf exceptions, en principe compétentes pour la politique de l'énergie »⁽¹⁸⁾. Cette interprétation semble reposer d'une part sur l'utilisation de l'expression « en tout cas » pour l'énumération des aspects régionaux de l'énergie, compétence des régions, par opposition au « à savoir » utilisé à l'alinéa 2 pour énoncer les compétences qui ressortent de la compétence de l'autorité fédérale⁽¹⁹⁾. D'autres ont également indiqué que ce raisonnement repose sur le fait que toute politique nationale en matière d'énergie entraîne nécessairement des conséquences régionales; ainsi toute matière non énumérée démontrerait, d'une façon ou d'une autre, des aspects régionaux⁽²⁰⁾. Les régions seraient donc compétentes pour toutes ces matières non énumérées et disposeraient de ce fait de la compétence résiduelle en la matière.

D'autres auteurs affirment que c'est l'autorité fédérale qui détient la compétence résiduelle en matière d'énergie⁽²¹⁾. Ces auteurs soulignent que, suivant l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, LSRI, les régions ne sont compétentes *que* pour les aspects régionaux de la politique énergétique, laissant ainsi à l'autorité fédérale la compétence pour les aspects non régionaux⁽²²⁾. Par ailleurs, l'exposé

(16) Notre analyse ne porte pas sur la compétence résiduelle territoriale. En effet, il n'est pas disputé que l'autorité fédérale dispose de la compétence pour les territoires qui ne ressortent d'aucune région, à savoir principalement les territoires maritimes de la mer du Nord. C'est sur cette base que l'autorité fédérale est compétente pour l'éolien en mer. Voy. notamment S. SOTTIAUX et K. REYBROUCK, *De federale bevoegdheden*, op. cit., p. 650.

(17) N. BERNARD, « La répartition des compétences en matière d'énergie », op. cit., p. 127; voy. aussi, de façon plus nuancée, M. UYTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé: réflexions sur le système institutionnel belge, issu des réformes de 1988-1989*, op. cit., pp. 442-443.

(18) S.L.C.E., avis 25.207/1 du 13 juin 1996, pp. 9-10.

(19) M. UYTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé: réflexions sur le système institutionnel belge, issu des réformes de 1988-1989*, op. cit., p. 442; voy. à propos de cette expression, Doc., Sén., 1998-1999, n° 1333/1, p. 216. « M. Coenraets attire l'attention sur la signification de l'expression "en tout cas": cela signifie que l'on n'exclut pas le reste. Le malheur du texte est précisément que la formulation peut donner raison à ceux qui diront que ce qui n'est pas visé dans le "en tout cas" demeure de la compétence fédérale et aux autres qui diront que "en tout cas" veut dire que pour le reste, les régions sont aussi compétentes ».

(20) Voy., sans pour autant qu'ils adhèrent au raisonnement, L. DERIDDER, « Het energiebeleid », op. cit., p. 45; L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, op. cit., p. 137; K. DEKETELAERE et al., *Handboek energierecht*, op. cit., p. 12.

(21) L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, op. cit., p. 136; K. DEKETELAERE et al., *Handboek energierecht*, op. cit., p. 12; S. SOTTIAUX et K. REYBROUCK, *De federale bevoegdheden*, op. cit., p. 631; K. CALUWAERT, « Artikel 6, § 1, VII BWHI », op. cit., p. 415.

(22) L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, op. cit., pp. 136-137; S. SOTTIAUX et K. REYBROUCK, *De federale bevoegdheden*, op. cit., p. 649. Voy. également Doc., Sén., sess. extr.,

des motifs de la troisième réforme de l'État indique explicitement qu'« en cette matière, le pouvoir résiduaire reste de la compétence nationale »⁽²³⁾. Enfin, la section législation du Conseil d'État a également reconnu la compétence résiduelle de l'autorité fédérale en matière d'énergie⁽²⁴⁾.

En ce qui nous concerne, il nous semble plus conforme à l'objectif du législateur spécial de considérer que la compétence résiduelle en matière énergétique revient à l'autorité fédérale. En effet, la règle générale est que l'autorité fédérale dispose, sauf exception, de la compétence résiduelle⁽²⁵⁾. Or le libellé de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI ne semble pas faire exception à cette règle. Le législateur spécial n'a en effet entendu transférer aux régions que les aspects régionaux de l'énergie⁽²⁶⁾. Considérer que les régions disposent de la compétence résiduelle en matière d'énergie revient à priver de sens la distinction entre les aspects régionaux et nationaux de l'énergie établie par le législateur spécial à l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI. Par ailleurs, les travaux parlementaires sont explicites à cet égard : « le pouvoir résiduaire reste de la compétence nationale »⁽²⁷⁾.

Cela ne signifie cependant pas que l'autorité fédérale est compétente pour toute matière qui n'est pas explicitement énumérée à l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI. En effet, lorsqu'il a énuméré les aspects régionaux de la politique énergétique, le législateur spécial a utilisé l'expression « et en tout cas » qui semble démontrer son intention de ne pas considérer cette liste comme exhaustive⁽²⁸⁾. Autrement

1988, n° 405/2, p. 111. Notons également que certains auteurs se reposent sur le libellé de l'article 6, § 3, LSRI, qui impose des obligations de concertation, notamment en matière d'énergie, pour justifier la compétence résiduelle de l'autorité fédérale. En effet, cet article indique que « une concertation associant les gouvernements concernés et l'autorité fédérale *compétente* aura lieu [...] pour toute mesure au sujet de la politique de l'énergie, en dehors des compétences énumérées au § 1^{er}, VII » (nous soulignons). En effet, l'utilisation de l'expression « l'autorité fédérale compétente » confirmerait implicitement la compétence résiduelle de l'autorité fédérale. Voy. à titre d'exemple S. SOTTIAUX et K. REYBROUCK, *De federale bevoegdheden*, 2019, *op. cit.*, p. 649.

⁽²³⁾ Doc., Ch. sess. extr., 1988, n° 515/1, pp. 12-13.; Voy. aussi Doc., Sén., sess. extr., 1988, n° 405/2 « L'autorité nationale est compétente pour les exceptions précitées, ainsi que pour les aspects non régionaux de la politique de l'énergie ».

⁽²⁴⁾ S.L.C.E., avis n° 55.402/3 du 19 mars 2014 qui indique explicitement que l'autorité fédérale est compétente pour adopter des règles relatives au fonctionnement des marchés de gros de l'énergie sur la base de sa compétence résiduelle en matière d'énergie.

⁽²⁵⁾ Et ceci tant que l'article 35 de la Constitution n'est pas mis en œuvre. Voy. K. REYBROUCK, « De classificatie van de federale bevoegdheden: residuair, voorbehouden, toegewezen of uitgezonderd? », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2020, vol. 2020, n° 4, p. 187.

⁽²⁶⁾ Voy. le libellé de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI : « En ce qui concerne la politique de l'énergie : Les aspects régionaux de l'énergie » (nous soulignons).

⁽²⁷⁾ Doc., Ch. sess. extr., 1988, n° 515/1, pp. 12-13; voy. aussi l'intervention du vice-premier ministre et ministre des Réformes institutionnelles au Sénat, lors des discussions autour de la troisième réforme de l'État, Doc., Sén., sess. extr., 1988, n° 405/2 : « L'autorité nationale est compétente pour les exceptions précitées, ainsi que pour les aspects non régionaux de la politique de l'énergie ».

⁽²⁸⁾ Voy. en ce sens S.L.C.E., avis 68.494/3 du 22 janvier 2021, p. 5 « Voor zover de regeling van de flexibiliteits- en aggregatiediensten, de energiegemeenschappen en het energiedelen, al niet zou kunnen worden beschouwd als deel uitmakend van de distributie en het plaatselijk vervoer van

dit, il pourrait exister d'autres aspects régionaux de l'énergie que ceux expressément listés à l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI. Ainsi, lorsqu'une matière ne ressort d'aucune des listes de cette disposition, il nous semble nécessaire d'évaluer si cette matière démontre une pertinence nationale et/ou régionale et, le cas échéant, de déterminer si l'aspect national ou régional prime⁽²⁹⁾.

B. Le rapport entre les listes des alinéas 1^{er} et 2 de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI

La deuxième complication qui apparaît lors de l'interprétation de la répartition des compétences en matière d'énergie concerne le rapport qu'entretiennent les listes des alinéas 1 et 2 de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI et l'éventuel rapport hiérarchique qui pourrait exister entre ces deux alinéas. Pour rappel, l'alinéa 1^{er} énumère les aspects régionaux de l'énergie, qui sont de la compétence des régions alors que l'alinéa 2 liste les matières qui sont de la compétence de l'autorité fédérale en raison de leur indivisibilité technique et économique.

Certains auteurs soulignent premièrement que le législateur spécial a procédé, à l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, à une «double énumération»⁽³⁰⁾ des compétences fédérales et régionales. Dans cette première interprétation, ces deux listes sont placées sur le même pied⁽³¹⁾. D'autres auteurs envisagent l'alinéa 2 comme instituant une exception à la compétence des régions pour les matières régionales, au profit de l'autorité fédérale⁽³²⁾. Suivant cette interprétation, les

elektriciteit, 4 kan het in ieder geval worden gerekend tot "de gewestelijke aspecten van de energie" (artikel 6, § 1, VII, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980)».

⁽²⁹⁾ Voy. S.L.C.E., avis 49.272/3 du 15 mars 2011, pp. 5-6 qui indique que «lorsqu'une matière ne peut être comprise dans la liste contenue dans l'article 6, paragraphe 1, point VII, premier alinéa, de la loi spéciale du 8 août 1980 ou dans la liste contenue dans le deuxième alinéa de cette disposition; [...] il faut décider si l'aspect national ou régional prévaut», traduction libre de «*het is immers slechts wanneer een aangelegenheid noch onder de opsomming opgenomen in het eerste lid van artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 kan worden begrepen, noch onder de opsomming opgenomen in het tweede lid van die bepaling, dat moet worden uitgemaakt of het nationale dan wel het gewestelijke aspect primeert*».

⁽³⁰⁾ M. UYTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé: réflexions sur le système institutionnel belge, issu des réformes de 1988-1989*, op. cit., p. 442; voy. également M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge: regards sur un système institutionnel paradoxal*, Précis de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 807; Q. PEIFFER, «Énergie», op. cit. R. BORN, «La transposition des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE en droit belge ou une nouvelle illustration de la répartition sous haute tension des compétences dans le domaine de l'énergie», in R. BORN et D. RENDERS (éds), *Actualités du droit de l'énergie*, 2013, Bruxelles, Bruylant, 24 juin 2013, p. 37; G. BLOCK et al., «La sécurité d'approvisionnement en électricité et les mécanismes de capacité», in P. BOUCQUEY (éd.), *Nouvelles tendances en droit de l'énergie*, Limal, Anthemis, 2018, p. 102.

⁽³¹⁾ M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge: regards sur un système institutionnel paradoxal*, op. cit., p. 807; voy. aussi Q. PEIFFER, «Énergie», op. cit., p. 405.

⁽³²⁾ Voy. notamment L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, op. cit.; L. DERIDDER, «Het energiebeleid», op. cit.; K. DEKTELAERE et al., *Handboek energierecht*, op. cit.;

matières de l'alinéa 2 sont exclues de la compétence attribuée aux régions par l'alinéa 1^{er} et constituent dès lors une réserve de compétence⁽³³⁾. Notons que, dans le cadre de cette contribution, nous n'utilisons la notion de réserve de compétence que pour renvoyer à la situation où le législateur spécial a entendu exclure une matière de la compétence d'une entité fédérée⁽³⁴⁾.

Cette question du rapport entre les deux listes de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI a des conséquences quant à l'interprétation de la répartition des compétences en matière d'énergie. En effet, dans la mesure où la liste des compétences fédérales de l'alinéa 2 constitue une exception à la compétence des régions, l'alinéa 2 doit être interprété de façon stricte⁽³⁵⁾. Cette conséquence en termes d'interprétation repose en réalité sur le principe d'autonomie consacré par la Cour constitutionnelle⁽³⁶⁾. Ainsi, « [i]l faut considérer que le Constituant et le législateur spécial, dans la mesure où ils n'en disposent pas autrement, ont attribué aux communautés et aux régions toute la compétence d'édicter les règles propres aux matières qui leur ont été transférées »⁽³⁷⁾. Il ressort de ce principe d'autonomie que les exceptions aux compétences attribuées aux entités fédérées doivent être interprétées strictement. C'est pourquoi les auteurs qui soulignent le caractère de réserve de compétence de l'alinéa 2 insistent sur le fait que, lorsque les régions sont compétentes sur la base de l'alinéa 1^{er}, l'autorité fédérale ne peut être compétente que pour les matières exhaustivement listées

S. SOTTIAUX et K. REYBROUCK, *De federale bevoegdheden*, *op. cit.*; K. CALUWAERT, « Artikel 6, § 1, VII BWHI », *op. cit.*

⁽³³⁾ Voy. en ce sens C.C., 21 janvier 2016, n° 8/2016, B.25; C.C., 13 novembre 2013, n° 154/2013, B.6.3; C.C., 9 juillet 2013, n° 98/2013, B.11.4; C.C., 12 juillet 2012, n° 89/2012, B.5; C.C., 17 septembre 2009, n° 144/2009, B.10.2. Sur les réserves de compétences, voy. également K. REYBROUCK, « De classificatie van de federale bevoegdheden: residuair, voorbehouden, toegewezen of uitgezonderd? », *op. cit.*; G. ROSOUX, « Les principes de répartition des compétences dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *A.P.T.*, mars 2019, vol. 2018, n° 4, pp. 367-416; Q. PIRONNET et T. SOUVERIJNS, « La dichotomie entre compétences attribuées et compétences résiduelles », in M. EL BERHOUMI et S. VAN DROOGHENBROECK (éds), *Principes de la répartition des compétences*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 122.

⁽³⁴⁾ Nous ne discutons donc pas de la question des matières réservées à la loi par la Constitution. Pour plus d'informations sur cette question, voy. G. ROSOUX, « Les principes de répartition des compétences dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *op. cit.*; et K. REYBROUCK, « De classificatie van de federale bevoegdheden: residuair, voorbehouden, toegewezen of uitgezonderd? », *op. cit.*

⁽³⁵⁾ Voire restrictive, voy. G. ROSOUX, « Les principes de répartition des compétences dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 399.

⁽³⁶⁾ Voy. X. DELGRANCHE *et al.*, « Belgique », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2017, vol. 33, p. 183; N. BERNARD et C. PIETQUIN, « Les méthodes d'interprétation et la politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle », in M. EL BERHOUMI et S. VAN DROOGHENBROECK (éds), *Principes de la répartition des compétences*, 2022, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 94; ce principe est également appelé principe d'homogénéité ou de plénitude de compétence, voy. G. ROSOUX, « Les principes de répartition des compétences dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 399.

⁽³⁷⁾ C.C., 9 juillet 2013, n° 98/2013, B.11.1. Voy. également, en matière d'énergie également, C.C., 17 septembre 2009, n° 144/2009, B.6 et C.C., 31 mai 2011, n° 07/2011, B.6.3.

à l'alinéa 2⁽³⁸⁾. Ils s'appuient à cet égard sur une intervention du vice-premier ministre et ministre des Réformes institutionnelles de l'époque au Sénat, lors des discussions autour de la troisième réforme de l'État⁽³⁹⁾. Celui-ci indique en effet que «concernant la politique de l'énergie, les régions sont compétentes pour les aspects régionaux de la politique de l'énergie et, en tout cas, pour les matières énumérées au premier alinéa de l'article 6, § 1^{er}, VII, à la seule exception des matières dont l'indivisibilité technique et économique requièrent une mise en œuvre homogène sur le plan national, matières limitativement et exhaustivement énumérées après les mots "à savoir : »⁽⁴⁰⁾.

En d'autres mots, la deuxième difficulté d'interprétation de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI est que le rapport entre ces deux alinéas peut s'envisager de deux façons ; il s'agit ou bien d'une double liste sur un même pied, ou bien l'alinéa 2 constitue une exception à l'alinéa 1^{er}. Il ne nous semble cependant pas que ces deux conceptions s'excluent. En effet, pour rappel, les régions ne sont pas compétentes pour toute matière touchant à la politique énergétique. Elles ne sont compétentes que pour les aspects régionaux de l'énergie, le législateur spécial ayant laissé à l'autorité fédérale la compétence résiduelle pour les aspects non régionaux de l'énergie⁽⁴¹⁾. Ainsi, lorsque les régions sont compétentes pour une matière sur la base de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, LSRI, l'autorité fédérale ne peut être compétente que pour les matières expressément attribuées à l'autorité fédérale, et ce en application du principe d'autonomie. À titre d'exemple, même si les régions sont compétentes pour les nouvelles sources d'énergie, en ce compris l'éolien⁽⁴²⁾, l'autorité fédérale reste compétente pour les aspects de l'éolien liés à sa compétence en matière de production d'énergie, et peut, à cet égard, conditionner à son accord la mise à l'arrêt d'une infrastructure éolienne de forte puissance afin d'assurer la sécurité d'approvisionnement⁽⁴³⁾. Dans un tel cas, l'alinéa 2 constitue une réserve de compétence. En revanche, lorsqu'une matière n'est pas un aspect régional de l'énergie, l'autorité fédérale est compétente et l'alinéa 2 s'envisage, à notre avis, comme une explicitation de la compé-

(38) L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, op. cit., p. 135 ; S. SOTTIAUX et K. REYBROUCK, *De federale bevoegdheden*, op. cit., p. 630.

(39) *Doc.*, Sén., sess. extr., 1988, n° 405/2.

(40) *Ibid.*, p. 111.

(41) Voy. notre développement au A de ce point I.

(42) Les régions sont à ce titre compétentes pour l'éolien onshore. Rappelons que l'autorité fédérale est compétente pour l'éolien en mer, aussi appelé l'éolien offshore, sur la base de sa compétence pour les territoires maritimes de la mer du Nord. voy. C.C., 5 décembre 2006, n° 193/2006.

(43) Voy. par exemple S.L.C.E., avis n° 57.057/3 du 6 mars 2015 sur une proposition de loi «modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité en ce qui concerne la procédure de fermeture d'une installation de production d'électricité». En l'occurrence, le Conseil d'État a reconnu la compétence de l'autorité fédérale pour conditionner à son autorisation la mise à l'arrêt d'une infrastructure de production d'électricité renouvelable de forte puissance (comme un parc éolien), dans la mesure où une telle fermeture jouerait «un rôle important dans la production d'énergie et dans la sécurité d'approvisionnement», compétence de l'autorité fédérale sur la base de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, LSRI.

tence résiduelle de l'autorité fédérale. Autrement dit, dans un tel cas, l'alinéa 2 énonce les matières énergétiques fédérales, au même titre que l'alinéa 1^{er} énumère les aspects régionaux de l'énergie. Les aspects non régionaux de l'énergie sont donc, au moins, les matières listées à l'alinéa 2, comme le transport et la production d'énergie.

Le rapport entre les deux listes de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI est donc double : si les régions sont compétentes pour une matière, qui est alors un aspect régional de l'énergie, l'alinéa 2 constitue une réserve de compétence au profit de l'autorité fédérale. Si les régions ne sont pas compétentes, l'alinéa 2 explicite la compétence de l'autorité fédérale. La question centrale est donc de déterminer dans quelle mesure une matière constitue un aspect *régional* de l'énergie⁽⁴⁴⁾. Cette dualité ressort pleinement des travaux parlementaires. En effet, d'une part l'exposé des motifs indique que l'alinéa 2 « énumère les matières qui sont de la compétence de l'autorité nationale »⁽⁴⁵⁾. D'autre part, le ministre des Réformes institutionnelles a expliqué que « les Régions sont compétentes pour les aspects régionaux de la politique de l'énergie, [...] à la seule exception des matières [...] limitativement et exhaustivement énumérées après les mots : “à savoir” : »⁽⁴⁶⁾.

C. L'exhaustivité de la liste des matières de compétence fédérale

La troisième et dernière question d'interprétation qui se pose à la lecture de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI concerne l'exhaustivité de la liste des matières « dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national »⁽⁴⁷⁾ pour reprendre le libellé du législateur spécial. En effet, l'utilisation de l'expression « à savoir »⁽⁴⁸⁾ avant l'énumération des matières fédérales du deuxième alinéa semble indiquer le caractère limitatif de cette énumération. Ceci semble d'autant plus vrai que la liste des aspects régionaux de l'énergie est quant à elle précédée de l'expression « en tout cas »⁽⁴⁹⁾ et que cette même expression était, avant la troisième réforme de 1988, également utilisée à l'alinéa 2. Les travaux parlementaires de cette troisième réforme sont cependant pour le moins ambigus à cet égard. À titre d'exemple, lors d'une discussion en commission⁽⁵⁰⁾, le ministre des Réformes institutionnelles a utilisé l'élocution « en tout cas » – et non « à savoir » ou une autre expression équivalente – pour énoncer les compétences qui demeurent de la compétence de l'autorité fédérale. Par ailleurs, l'exposé des motifs de la réforme indique,

(44) C'est pourquoi cette question constituera la première étape de la méthode d'interprétation que nous proposons dans la deuxième section de la présente contribution.

(45) *Doc.*, Ch. sess. extr., 1988, n° 515/1, p. 12.

(46) *Doc.*, Sén., sess. extr., 1988, n° 405/2, p. 111.

(47) Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 2, LSRI.

(48) *Ibid.*

(49) Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 1^{er}, LSRI.

(50) *Doc.*, Ch., sess. extr. 1988, 516/6, p. 144.

concernant le remplacement de l'expression « en tout cas » par « à savoir » à l'alinéa 2, que « la rédaction [de l'alinéa 2], n'a pas pour but de modifier quoi que ce soit en ce qui concerne [...] la technique d'attribution de compétence »⁽⁵¹⁾.

Pour répondre à la question de l'exhaustivité de la liste des matières fédérales, il nous semble utile de distinguer entre les deux fonctions de l'alinéa 2 présentées au point I, B de la présente contribution : le cas où l'alinéa 2 constitue une réserve de compétence et celui où il énonce les compétences de l'autorité fédérale.

Comme indiqué *supra*, lorsque la liste des compétences de l'autorité fédérale constitue une exception à la compétence des régions pour un aspect régional de l'énergie, il convient, en application du principe d'autonomie, d'interpréter strictement cette réserve de compétence⁽⁵²⁾. La conséquence logique est que la liste de l'alinéa 2 ne peut, dans une telle situation, n'être qu'exhaustive. Une telle interprétation a néanmoins pour conséquence de priver de valeur ajoutée la référence à la notion d'« indivisibilité technique et économique » utilisée par le législateur spécial à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, LSRI. En effet, peu importe sa signification, seules les matières explicitement énumérées peuvent constituer des exceptions à la compétence des régions⁽⁵³⁾.

Ce principe d'autonomie ne trouve cependant pas à s'appliquer lorsque la région n'est pas compétente, c'est-à-dire pour les aspects non régionaux de l'énergie. Dans un tel cas, la question de l'exhaustivité de la liste des matières économiquement et techniquement indivisibles⁽⁵⁴⁾ de l'alinéa 2 reste ouverte. Son enjeu est cependant moindre. En effet, même si l'on considère que seules les matières énumérées sont des « matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national »⁽⁵⁵⁾, l'autorité fédérale dispose de toute façon de la compétence résiduelle pour tous les aspects non régionaux de l'énergie, que ceux-ci soient ou non énumérés à l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI. La conséquence principale d'une interprétation qui considère comme exhaustive la liste de l'alinéa 2 est de rendre inutile la référence à la notion d'indivisibilité technique et économique. Pourtant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle renvoie presque systématiquement à cette notion⁽⁵⁶⁾, en semblant y voir une plus-value normative ou du moins interprétative. Elle ne donne cependant aucune indication quant à ce que pourrait inclure l'indivisibilité technique et économique.

(51) Doc., Ch., sess. extr., 1988, n° 515/1, pp. 12-13.

(52) Voy. point I, A, de la présente contribution pour une explication détaillée.

(53) L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, op. cit., p. 136.

(54) Rappelons que cette notion fait référence aux termes de l'article 6, § 1^{er}, VII, al. 2, LSRI qui indique que « l'autorité fédérale est compétente pour les matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national ».

(55) Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 2, LSRI.

(56) Voy. par exemple C.C., 14 janvier 2021, n° 5/2021, B.9.4 ; C.C., 21 janvier 2016, n° 8/2016, B.25 ; C.C., 17 septembre 2009, n° 144/2009, B.10.1 ; C.C., 26 janvier 2005, n° 21/2005, B.4.

Nous estimons que, lorsqu'une matière ne ressort d'aucune des listes de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, cette notion d'indivisibilité technique et économique peut constituer un moyen de déterminer dans quelle mesure une nouveauté énergétique peut présenter une pertinence plutôt nationale ou plutôt régionale et ainsi déterminer qui de l'autorité fédérale ou des régions est compétente⁽⁵⁷⁾. Nous défendons donc, dans une telle situation, une interprétation non exhaustive de la liste des matières techniquement et économiquement indivisibles. Considérons à titre d'exemple la flexibilité de la demande en électricité qui a été évoquée dans l'introduction en tant que nouveauté dans le secteur énergétique⁽⁵⁸⁾. Cette flexibilité peut dans certains cas être vendue sur des marchés de l'électricité⁽⁵⁹⁾. La plupart de ces marchés sont nationaux, voire européens et l'autorité fédérale est compétente pour réglementer l'organisation de ces marchés⁽⁶⁰⁾. Dès lors que la flexibilité de la demande est vendue sur des marchés nationaux ou européens, il existe un argument pour démontrer que cette flexibilité se caractérise par une indivisibilité technique et économique justifiant un traitement homogène sur le plan national⁽⁶¹⁾. Autrement dit, la non-exhaustivité de l'alinéa 2 permettrait, par le biais de la notion d'indivisibilité économique et technique, de porter attention aux considérations techniques et économiques qui sont essentielles en matière d'énergie.

Il est cependant possible d'arriver à un même résultat sans passer par cette notion. En effet, comme indiqué à multiples reprises, nous considérons que l'autorité fédérale dispose quoi qu'il arrive de la compétence résiduelle pour

⁽⁵⁷⁾ Pour rappel, nous défendons que lorsqu'une matière ne ressort d'aucune des énumérations de l'article 6, § 1^{er}, VII LSRI, il convient d'évaluer si cette matière démontre une pertinence nationale et/ou régionale et, le cas échéant, de déterminer si l'aspect national ou régional prime. Voy. point I, A, *in fine* de la présente contribution.

⁽⁵⁸⁾ Notons que la Cour constitutionnelle a déjà eu à se pencher sur la question de la compétence en matière de flexibilité de la demande, du moins partiellement; voy. C.C., 28 avril 2016, n° 56/2016. Une analyse détaillée de cette décision sort cependant du cadre de la présente contribution.

⁽⁵⁹⁾ Pour rappel, les principaux marchés de l'électricité sont les marchés de gros, d'équilibrage et de détail.

⁽⁶⁰⁾ S.L.C.E., avis n° 55.402/3 du 19 mars 2014 qui indique explicitement que l'autorité fédérale est compétente pour adopter des règles relatives au fonctionnement des marchés de gros de l'énergie sur la base de sa compétence résiduelle en matière d'énergie. Voy. également C.C., 5 décembre 2006, n° 193/2006, B.28.1.

⁽⁶¹⁾ Voy. W. VANDORPE et R. CALLAERTS, «Flexibiliteit en demand side management juridisch bekeken. Ex umbra in solem?», in K. DEKETELAERE et B. DELVAUX (éds), *Jaarboek Energierecht 2016, 2017*, Bruxelles, Intersentia, 2017, p. 233. Ces auteurs n'utilisent pas – du moins pas explicitement – le raisonnement de l'indivisibilité technique et économiques mais indiquent néanmoins que l'autorité fédérale est compétente pour la flexibilité de la demande en électricité dans la mesure où celle-ci est vendue sur les marchés réglementés au niveau national. D'autres aspects de la flexibilité de la demande peuvent faire preuve d'une pertinence plutôt régionale voire locale. À titre d'exemple, l'activation de la flexibilité d'acteurs localisés sur une même partie du réseau de distribution peut, en cas d'activation importante et simultanée, être la source de congestion sur cette partie du réseau.

les aspects non régionaux de l'énergie. L'indivisibilité technique et économique constitue donc selon nous un argumentaire intéressant et utile, mais non nécessaire pour démontrer une pertinence nationale. Nous plaçons cependant pour une interprétation qui considère que la liste des matières fédérales de l'alinéa 2 n'est pas exhaustive⁽⁶²⁾, et ce afin d'ouvrir la porte à un raisonnement qui prend en compte les aspects économiques et techniques du secteur de l'énergie lors de la détermination de l'importance nationale d'une matière énergétique non explicitement mentionnée à l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI.

*

* *

Il ressort de ce qui précède que nous résolvons les trois difficultés d'interprétation évoquées dans cette contribution comme suit :

- La compétence résiduelle en matière d'énergie revient à l'autorité fédérale, qui est compétente pour les aspects non régionaux de l'énergie.
- Le rapport entre les deux listes de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI est double. Pour les aspects régionaux de l'énergie, l'alinéa 2 constitue une réserve de compétence au profit de l'autorité fédérale par rapport à la compétence des régions. Pour les autres aspects, l'alinéa 2 s'envisage comme une explicitation de la compétence fédérale, équipollente à la liste des compétences régionales de l'alinéa 1^{er}.
- Lorsque l'alinéa 2 s'analyse comme une réserve de compétence, il convient de l'interpréter strictement et d'ainsi considérer son énumération comme exhaustive. Lorsque l'alinéa 2 énumère la compétence de l'autorité fédérale, sa potentielle exhaustivité a des conséquences moindres en matière d'interprétation. Nous plaçons cependant pour la non-exhaustivité de cette liste afin de ne pas priver de sens la notion d'indivisibilité technique et économique à laquelle le législateur spécial a fait référence.

II. UNE MÉTHODE D'APPLICATION DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES EN MATIÈRE D'ÉNERGIE

Nous terminons cette contribution en proposant une méthode d'application par étapes de l'interprétation proposée. Notons cependant que les com-

⁽⁶²⁾ La Cour constitutionnelle semble ouverte à une telle interprétation. Au paragraphe B.28.1 de son arrêt n° 193/2006 du 5 décembre 2006, elle a en effet indiqué qu'« il résulte de l'article 6, § 1^{er}, VII *alinéa* 2, que [...] l'autorité fédérale a conservé une compétence étendue en matière de politique de l'énergie, notamment des mesures *d'organisation du marché* et de tarification qui peuvent favoriser le développement des sources d'énergie renouvelables » (nous soulignons). La Cour a donc estimé que l'autorité fédérale était compétente pour l'organisation du marché énergétique sur la base de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2 alors que l'organisation du marché n'était pas reprise dans l'énumération de l'alinéa 2.

pétences en matière d'énergie sont particulièrement imbriquées. Il en résulte un besoin de granularité dans l'application de cette méthode d'interprétation et donc d'application au cas par cas. En d'autres mots, la méthode que nous proposons ne permettrait pas de répondre à la question «qui est compétent en matière d'électricité?» mais plutôt «qui est compétent pour tel aspect spécifique de la politique énergétique en matière d'électricité?». De la même manière, la question de la compétence ne se pose plus en termes linéaires et généraux, mais bien de manière casuistique et nuancée, afin de tenir compte de la limite que constitue la compétence d'une autre entité⁽⁶³⁾. Enfin, d'autres principes viendront également tempérer le résultat de cette méthode d'interprétation, comme les compétences implicites, le principe de loyauté fédérale⁽⁶⁴⁾, le principe de proportionnalité ou celui d'union économique et monétaire.

La méthode que nous proposons se résume comme suit :

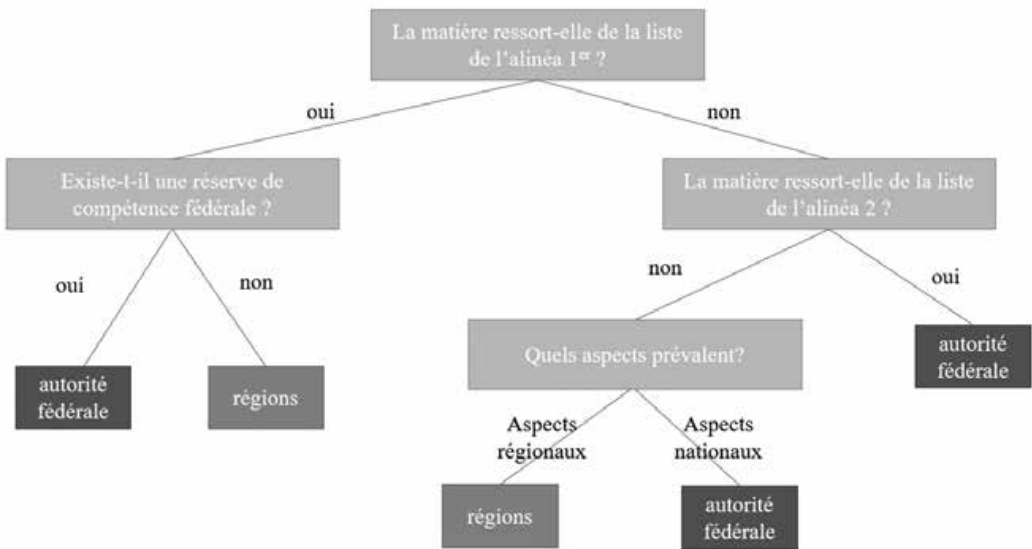


Figure 1 – proposition de méthode d'interprétation

Comme nous l'avons indiqué dans l'analyse du rapport qu'entretiennent les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI⁽⁶⁵⁾, la question centrale pour déterminer si l'alinéa 2 agit en tant que réserve de compétence ou comme énonciation de la compétence de l'autorité fédérale est de déterminer si les régions

⁽⁶³⁾ Notre contribution se concentre sur la répartition des compétences en matière d'énergie. Il va sans dire que d'autres normes répartitrices de compétences peuvent constituer des limites à l'exercice de ses compétences par une entité. À titre d'exemple, dès lors que les régions sont compétentes en matière d'aménagement du territoire, l'installation d'une centrale nucléaire, compétence de l'autorité fédérale, dépend de l'octroi d'un permis suivant la législation régionale applicable. Voy. C.C., 24 mai 1988, n° 54.

⁽⁶⁴⁾ Art. 143, § 1^{er}, de la Constitution.

⁽⁶⁵⁾ Voy. point I, B, de la présente contribution.

sont en principe compétentes pour une matière donnée. La première étape est donc de vérifier si la matière envisagée entre dans la liste des aspects régionaux de l'énergie énoncée à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, LSRI. Si cette matière est une matière régionale, il convient ensuite de vérifier dans quelle mesure une réserve de compétence de l'autorité fédérale trouverait à s'appliquer. Autrement dit, il faut vérifier si la matière envisagée entre également dans l'un des éléments listés à l'alinéa 2. Si ce n'est pas le cas, alors les régions sont compétentes, si c'est le cas, la compétence reviendra à l'autorité fédérale.

Si par contre la matière envisagée ne ressort pas de la liste des aspects régionaux, il convient de se poser la même question mais pour la liste de l'alinéa 2 cette fois-ci. Si la matière ressort d'une des matières fédérales de l'alinéa 2, l'autorité fédérale sera compétente. Lorsque la matière envisagée ne ressort d'aucune des deux listes, une analyse du caractère national ou régional de la matière est nécessaire⁽⁶⁶⁾. Si les aspects régionaux prévalent, alors les régions sont compétentes. À l'inverse, si les aspects nationaux prévalent, l'autorité fédérale sera compétente. À cet égard, rappelons que le détour par la notion d'indivisibilité économique et technique offre une ouverture à la réalité économique et technique de la matière envisagée.

À titre d'exemple, considérons une question récemment tranchée par la Cour constitutionnelle: le système de compensation pour les *prosumers*, instauré par la Région flamande⁽⁶⁷⁾. Ce système permet à un producteur d'électricité décentralisée, par exemple un client résidentiel disposant de panneaux photovoltaïques, de compenser la quantité d'énergie prélevée du réseau par la quantité d'énergie injectée⁽⁶⁸⁾. Le client ne paie ainsi que pour sa consommation nette du réseau⁽⁶⁹⁾. Ce mécanisme a également pour conséquence pratique de partiellement exonérer le client des tarifs d'utilisation de réseau (de transport et de distribution) pour la partie d'énergie compensée⁽⁷⁰⁾. En effet, alors que le client a fait usage du réseau pour consommer cette partie d'électricité, elle est retirée de sa facture sur la base du mécanisme de compensation. Un tel mécanisme vise, en pratique, à promouvoir l'énergie photovoltaïque, ce qui ressort de la compétence des régions, qui sont compétentes pour les nouvelles sources d'énergie⁽⁷¹⁾. Les régions sont également compétentes pour les tarifs de distribution⁽⁷²⁾ et peuvent dès lors exonérer le client des tarifs de distribu-

⁽⁶⁶⁾ Voy. point I, A, de la présente contribution pour un raisonnement détaillé quant à cette étape.

⁽⁶⁷⁾ C.C., 14 janvier 2021, n° 5/2021.

⁽⁶⁸⁾ *Ibid.*, B.3.

⁽⁶⁹⁾ Un résultat similaire était auparavant obtenu par le compteur dit «qui tourne à l'envers». L'objectif européen est cependant de progressivement remplacer ces compteurs par des compteurs intelligents.

⁽⁷⁰⁾ C.C., 14 janvier 2021, n° 5/2021, B.9.8.

⁽⁷¹⁾ Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 1^{er}, f), LSRI.

⁽⁷²⁾ Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 1^{er}, a), LSRI.

tion⁽⁷³⁾. À la première étape du raisonnement proposé ci-dessus, il convient donc de répondre par la positive. Le législateur spécial a cependant réservé la compétence en matière de transport d'énergie, et notamment de tarifs d'utilisation du réseau de transport à l'autorité fédérale⁽⁷⁴⁾. La Région flamande n'était donc pas compétente pour exonérer le client des tarifs de transport⁽⁷⁵⁾. En d'autres mots, la Région flamande était compétente pour instaurer un système de compensation sauf dans la mesure où ce système touche à des compétences fédérales, à savoir lorsqu'il exonère le client des tarifs de transport⁽⁷⁶⁾.

CONCLUSION

En matière d'énergie, déterminer les limites entre la compétence de l'autorité fédérale et celle des régions n'est pas chose aisée. Cet exercice est rendu complexe par (i) une technique de répartition unique, par le biais de deux énumérations, (ii) des travaux parlementaires ambigus qui semblent parfois se contredire et (iii) l'existence de plusieurs interprétations, parfois incompatibles.

La présente contribution a tenté d'éclaircir cette répartition des compétences en énumérant les questions d'interprétation qu'elle pose, en dressant un panorama des réponses proposées à ces questions et enfin en proposant une interprétation de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI et une méthode pour appliquer cette interprétation.

En ce sens, notre contribution a pour principal objet l'analyse de bornes, celles de la répartition des compétences en matière d'énergie. L'objectif n'est cependant pas, contrairement à ce qu'indique le titre du colloque dans le cadre duquel s'inscrit cette contribution, de dépasser ou même déplacer ces bornes mais simplement de quelque peu lever le flou qui les entoure. Après tout, l'identification précise des bornes n'est-elle pas la condition *sine qua non* à la perspective de leur dépassement ?

⁽⁷³⁾ C.C., 14 janvier 2021, n° 5/2021, B.9.8.

⁽⁷⁴⁾ Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 2, c) et d), LSRI.

⁽⁷⁵⁾ C.C., 14 janvier 2021, n° 5/2021, B.9.8.

⁽⁷⁶⁾ Le mécanisme de compensation a également pour conséquence d'exonérer le client des taxes relatives à sa consommation. Cette exonération viole également la compétence de l'autorité fédérale en matière fiscale. Voy. C.C., 14 janvier 2021, n° 5/2021, B.9.9.

HYDROGÈNE ET FÉDÉRALISME : PLAIDOYER POUR UNE APPROCHE HOLISTIQUE DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES EN MATIÈRE D'ÉNERGIE

par

Marie BEUDELS

*Doctorante au Centre de droit public et social de l'Université libre de Bruxelles**

SOMMAIRE

Introduction	281
I. Article 6, § 1^{er}, VII, LSRI : structure et ambiguïtés d'une disposition datée	283
A. L'article 6, § 1 ^{er} , VII, LSRI : une disposition pleine d'ambiguïtés.....	283
1. La compétence résiduelle en matière d'énergie.....	284
2. Le rapport entre les listes des alinéas 1 ^{er} et 2 de l'article 6, § 1 ^{er} , VII, LSRI	285
B. Lecture de l'article 6, § 1 ^{er} , VII, LSRI sous le prisme de la distinction entre règles et principes.....	286
1. La distinction entre règles et principes : une question de spécificité.....	286
2. Les règles et principes de l'article 6, § 1 ^{er} , VII, LSRI.....	288
II. Deux écueils dans l'interprétation actuelle de la répartition des compétences en matière d'énergie	289
A. Un manque de prévisibilité quant à l'interprétation des notions de l'article 6, § 1 ^{er} , VII, LSRI	290
1. De la distribution publique de gaz à la distribution d'hydrogène.....	291
2. L'hydrogène, nouvelle source d'énergie ?	295
B. Un manque de cohérence dans l'interprétation de la répartition des compétences en matière d'énergie	296
III. Vers une approche holistique de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI	298
A. Les avantages d'une approche holistique de la répartition des compétences en matière d'énergie	299
B. Opérationnalisation de l'application des principes de l'article 6, § 1 ^{er} , VII, LSRI.....	300
C. Mise en application de l'approche holistique de la répartition des compétences en matière d'énergie au cas de l'hydrogène	303
Conclusion	307

* Cette recherche a été réalisée dans le cadre du projet DemandFlex, financé par le Fonds de transition énergétique. Cette contribution a été finalisée en avril 2023 et ne tient dès lors pas compte de développements ultérieurs. L'auteure remercie vivement les membres du comité d'accompagnement de sa thèse de doctorat – Emmanuel Slautsky, Estelle Cantillon, Chiara Armeni et Frederik Vandendriessche –, Quentin Peiffer ainsi que les deux *peer reviewers* désignés par *Administration publique* pour leurs commentaires sur une précédente version de cette contribution.

INTRODUCTION

1. L'année 2022 aura, à bien des égards, été l'année de l'énergie. Guerre en Ukraine, sécurité d'approvisionnement, prix de l'énergie et nucléaire ont été sur toutes les lèvres. À côté de ces questions conjoncturelles, les problèmes climatiques nous incitent, de façon plus structurelle, à reconsidérer notre système énergétique afin de réduire notre dépendance aux énergies fossiles. Ces réflexions quant à l'avenir de notre système énergétique ont également leur lot de conséquences juridiques. Citons à titre d'exemple la question de la modification de la loi du 31 janvier 2003 sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle d'électricité¹ à la suite de l'accord concernant la prolongation de certains réacteurs nucléaires² ou encore l'avènement de la structure juridique de la communauté d'énergie afin de permettre une meilleure participation citoyenne à la transition énergétique³. En Belgique, la question de savoir qui des régions ou de l'autorité fédérale est compétente pour encadrer ces évolutions du cadre juridique se pose systématiquement.

2. La répartition des compétences en matière d'énergie est établie à l'article 6, § 1^{er}, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles⁴ (ci-après « LSRI ») qui prévoit que les régions sont compétentes pour :

« En ce qui concerne la politique de l'énergie : les aspects régionaux de l'énergie, et en tout cas :

- a) la distribution et le transport local d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70 000 volts, y compris les tarifs des réseaux de distribution d'électricité, à l'exception des tarifs des réseaux ayant

une fonction de transport et qui sont opérés par le même gestionnaire que le réseau de transport ;

- b) la distribution publique de gaz, y compris les tarifs des réseaux de distribution publique du gaz, à l'exception des tarifs des réseaux qui remplissent aussi une fonction de transport du gaz naturel et qui sont opérés par le même gestionnaire que le réseau de transport du gaz naturel ;
- c) l'utilisation du grisou et du gaz de hauts-fourneaux ;
- d) les réseaux de distribution de chaleur à distance ;
- e) la valorisation des terrils ;
- f) les sources nouvelles d'énergie, à l'exception de celles liées à l'énergie nucléaire ;
- g) la récupération d'énergie par les industries et autres utilisateurs ;
- h) l'utilisation rationnelle de l'énergie ».

L'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI établit cependant aussi une compétence de l'autorité fédérale pour les matières énergétiques, exprimée dans les termes suivants :

« Toutefois, l'autorité fédérale est compétente pour les matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national, à savoir :

- a) les études sur les perspectives d'approvisionnement en énergie ;
- b) le cycle du combustible nucléaire ;
- c) les grandes infrastructures de stockage ; le transport et la production de l'énergie ;
- d) les tarifs, en ce compris la politique des prix, sans préjudice de la compétence régionale en matière de tarifs visée à l'alinéa 1^{er}, a) et b) ».

3. Malgré son apparente univocité, la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les régions établie par cette disposition fait régulièrement l'objet de divergences d'appréciation. À titre d'exemple, le gouvernement flamand a, à deux reprises au cours de l'année 2022, saisi la Cour constitutionnelle en annulation contre des législations fédérales en matière d'énergie, pour des questions de compétence⁵. La doctrine a

¹ M.B., 28 février 2003.

² Voy. « Prolongation du nucléaire : "La loi ne va pas être remaniée au cours de cette législature", affirme Petra De Sutter », *La Libre*, 5 février 2023, disponible sur <https://www.lalibre.be/belgique/politique-belge/2023/02/05/prolongation-du-nucleaire-la-loi-ne-va-pas-etre-remaniee-au-cours-de-cette-legislature-affirme-petra-de-sutter-RKW5OGFJ7FCZ7FBGPFCOSRBDMA/> (consulté le 7 avril 2023). Voy. égal. quant à cet accord, le communiqué de presse Engie Electrabel, « Engie et le gouvernement fédéral belge encadrent la prolongation des réacteurs nucléaires de Doel 4 et Tihange 3 », 9 janvier 2023, disponible sur https://nuclear.engie-electrabel.be/sites/default/files/uploads/page_downloads/Statement%20Belgique%2009_01_2023_VF.pdf (consulté le 24 janvier 2023).

³ Voy. not. l'article 16 de la directive 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/EU (refonte).

⁴ Loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, M.B., 15 août 1980.

⁵ Le premier recours porte sur la loi du 14 février 2022 modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, voy. D. BLEUS, « Demir zet druk op federale regering in batterijtwist », *De Tijd*, 19 août 2022, disponible sur <https://www.tijd.be/politiek-economie/belgie/vlaanderen/demir-zet-druk-op-federale-regering-in-batterijtwist/10408307.html> (consulté le 13 février 2023) ; le second recours

également souligné les difficultés que le texte de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI pose⁶.

4. Au vu de ces difficultés, notre contribution vise à répondre à la question, centrale mais épineuse, de savoir comment déterminer le niveau de pouvoir compétent pour réglementer une matière énergétique donnée. Pour ce faire, cette contribution cherche à analyser et à évaluer l'interprétation donnée par la section de législation du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle à l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI. Dans ce cadre, nous présenterons d'abord cette disposition, sa structure et les discussions doctrinales qui l'entourent (I). Nous nous attacherons ensuite à identifier, au regard de la jurisprudence de la section de législation du Conseil d'État et de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, deux carences auxquelles l'interprétation faite par ces institutions de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI aboutit, à savoir, premièrement, un manque de prévisibilité et, deuxièmement, un manque de cohérence dans l'application de cette disposition (II). Afin de remédier à ce constat, nous proposerons enfin une approche alternative, que nous qualifions d'holistique, dans l'interprétation de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI (III). En d'autres termes, il s'agira ici de proposer une interprétation renouvelée de la répartition des compétences en matière d'énergie, à droit constant, sans dénaturer aucunement la portée de cette disposition. Cette approche alternative ne remet donc pas en cause le principe de l'exclusivité des compétences tel qu'il est consacré en droit belge⁷.

5. Tout au long de cette contribution, le cas d'étude de l'hydrogène nous permettra, par ailleurs, d'envisager les différentes étapes de notre

raisonnement de façon plus concrète. Ce choix de l'hydrogène repose sur deux justifications. Premièrement, l'hydrogène fait, depuis quelques années, l'objet d'un regain d'intérêt dans le secteur énergétique, notamment parce que, lorsqu'il est produit par un processus d'électrolyse, qui sépare les molécules d'eau (H₂O) en molécules d'oxygène (O₂) et d'hydrogène (H₂)⁸, l'hydrogène pourrait participer à l'intégration des énergies renouvelables dans notre système énergétique. Si l'électricité utilisée est de source renouvelable comme le solaire ou l'éolien, l'hydrogène produit est dit vert. La perspective d'un accès important à de l'hydrogène vert pourrait ainsi permettre de remplacer l'hydrogène actuellement utilisé comme matière première dans les industries pétrochimiques et qui est produit à partir de matières fossiles⁹. Elle ouvre également la porte à d'autres utilisations, en tant que vecteur énergétique¹⁰, de l'hydrogène telles que pour la production de produits énergétiques dérivés de l'hydrogène, comme le méthane de synthèse, qui a des caractéristiques chimiques similaires au gaz naturel¹¹, dans le secteur du transport, là où l'électrification n'est pas économiquement possible¹² ou, encore, en soutien au réseau électrique notamment à des fins d'équilibrage du réseau d'électricité¹³. Par ailleurs, ces prévisions dans l'évolution du secteur de l'hydrogène (vert) ont suscité différentes initiatives réglementaires afin de soutenir le développement de ce secteur et d'y assurer une concurrence effective. Ainsi, le 15 décembre 2021, la Commission européenne a publié une proposition de directive gaz naturel et hydrogène, visant à établir de nouveaux

porte sur la loi du 23 octobre 2022 modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et portant transposition de la directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE, voy. « Vlaamse regering opnieuw naar Grondwettelijk Hof tegen federale wet », *De Tijd*, 18 novembre 2022, disponible sur <https://www.tijd.be/politiek-economie/belgie/vlaanderen/vlaamse-regering-opnieuw-naar-grondwettelijk-hof-tegen-federale-wet/10428912.html> (consulté le 16 janvier 2023) ; « La loi fédérale sur l'énergie en question : la Flandre saisit la Cour constitutionnelle », *La Libre*, 18 novembre 2022, disponible sur <https://www.lalibre.be/economie/conjoncture/2022/11/18/la-loi-federale-sur-lenergie-en-question-la-flandre-saisit-la-cour-constitutionnelle-GN7JW65EVFDUXCSPTR3YH56RCU/> (consulté le 16 janvier 2023).

⁶ Voy., pour un résumé de ces discussions doctrinales, M. BEUDELS, « La répartition des compétences en matière d'énergie : tentative d'éclaircissement de bornes floues », *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, 2022, n° 3, pp. 599-615.

⁷ À savoir le principe selon lequel « toute situation juridique est en principe réglée par un seul et unique législateur » (C.C., 15 octobre 2015, n° 141/2015, B.10). Pour une analyse de ce principe, voy. not. N. BERNARD et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'exclusivité des compétences », in M. EL BERHOUMI et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Principes de la répartition des compétences*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 181-220.

⁸ Z. ABDIN *et al.*, « Hydrogen as an energy vector », *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 2020, vol. 120, p. 10.

⁹ À savoir le gaz naturel, le méthane, pour 49 % de la production actuelle d'hydrogène, les hydrocarbures liquides pour 29 % et le charbon pour 18 %. Voy. Z. ABDIN *et al.*, « Hydrogen as an energy vector », *op. cit.*, p. 6.

¹⁰ L'hydrogène est considéré comme vecteur énergétique dès lors qu'il permet de véhiculer ou de stocker de l'énergie dans le but de l'utiliser à une certaine distance dans le temps ou dans l'espace, voy. Z. ABDIN *et al.*, « Hydrogen as an energy vector », *op. cit.*, p. 2. Nous verrons dans la suite de cette contribution que cette qualification en tant que vecteur énergétique crée une incertitude quant à la question de savoir si l'hydrogène est une source d'énergie au sens de la répartition des compétences en matière d'énergie, voy. § 44 de la présente contribution.

¹¹ SPF Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie, « Le rôle des vecteurs énergétiques gazeux dans une Belgique climatiquement neutre », 2 juin 2021, p. 19, disponible sur <https://economie.fgov.be/fr/publications/le-role-des-vecteurs> (consulté le 5 septembre 2022).

¹² *Ibid.*, p. 22.

¹³ Z. ABDIN *et al.*, « Hydrogen as an energy vector », *op. cit.*, p. 4. Sur l'équilibrage du réseau d'électricité, voy. Elia, « Maintenir l'équilibre de la zone de réglage Elia grâce au mécanisme de balancing », 2019, disponible sur https://www.elia.be/-/media/project/elia/elia-site/customers/tariffs-and-invoicing/invoicing-imbalance/fr/29082019e1_f_equilibrfr.pdf (consulté le 13 février 2022).

principes réglementaires pour le marché de l'hydrogène¹⁴. Cette proposition vise notamment à instaurer un réseau de transport d'hydrogène par canalisations géré de façon neutre par un gestionnaire de réseau dissocié des autres acteurs énergétiques et de l'hydrogène, une sécurisation de l'accès de tiers à ce réseau d'hydrogène et une surveillance par une autorité nationale indépendante¹⁵. En Belgique, une partie du plan de relance belge post-covid-19¹⁶ est dédiée à des projets liés à l'hydrogène, notamment au développement d'un réseau de transport d'hydrogène par canalisations¹⁷. Par ailleurs, le gouvernement fédéral belge, sans attendre l'aboutissement de la procédure législative de la proposition de directive gaz naturel et hydrogène, a déposé, le 10 janvier 2023, un projet de loi relatif au transport d'hydrogène par canalisations¹⁸. Dans le cadre de ces initiatives normatives belges, la section de législation du Conseil d'État a récemment eu à se prononcer quant à l'application de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI à l'hydrogène¹⁹. Ces avis confirment nos constats quant à l'approche adoptée par la section de législation – et la Cour constitutionnelle – dans leur interprétation de la répartition des compétences en matière d'énergie, et aux difficultés que cette démarche pose. Il en ressort, par

contraste, l'utilité de l'approche holistique que nous défendons. Cet enjeu de l'hydrogène dans un contexte de transition et de crise énergétique, d'une part, et le fait que les avis déjà rendus à ce propos soient particulièrement illustratifs de l'approche actuellement retenue dans l'interprétation de la répartition des compétences en matière d'énergie, d'autre part, font de l'hydrogène un cas d'étude idoine pour notre propos.

I. ARTICLE 6, § 1^{er}, VII, LSRI : STRUCTURE ET AMBIGUITÉS D'UNE DISPOSITION DATÉE

6. Avant d'analyser l'interprétation de la répartition des compétences en matière d'énergie faite par la section de législation du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle ainsi que ses carences, il est utile de comprendre la structure et les discussions doctrinales plus larges qui existent autour de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI. Les différents écueils que nous identifions dans la deuxième partie de cette contribution s'inscrivent en effet dans cette structure et ces discussions. Nous analyserons donc d'abord les différentes positions doctrinales qui existent autour de la répartition des compétences en matière d'énergie (A). Nous rendrons ensuite compte de la structure de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, en utilisant la distinction qui existe entre les prescriptions juridiques plus spécifiques, les règles, et les prescriptions plus générales, les principes (B).

A. L'ARTICLE 6, § 1^{er}, VII, LSRI : UNE DISPOSITION PLEINE D'AMBIGUITÉS

7. Les discussions doctrinales soulignent les difficultés de texte liées à l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, qui est, il est vrai, pour le moins équivoque²⁰. Une évaluation du fonctionnement des institutions fédérales réalisée par le Sénat en 1999 avait déjà mis en avant cette difficulté, en indiquant que « [l]e texte est plein d'incertitude

¹⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour les marchés intérieurs des gaz naturel et renouvelable et de l'hydrogène, COM(2021) 803 final, 15 décembre 2021 (ci-après la « proposition de directive gaz naturel et hydrogène »). La procédure législative pour cette proposition de directive est toujours en cours.

¹⁵ Voy. not. les articles 31, 46, 62 et s., et 70 et s. de la proposition de directive gaz naturel et hydrogène. Sur ces principes réglementaires, voy. ACER et CEER, *When and How to Regulate Hydrogen Network?*, « European Green Deal » Regulatory White Paper series, 9 février 2021 ; Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz, *Étude concernant un cadre réglementaire pour le transport d'hydrogène*, 25 novembre 2021, pp. 23-28.

¹⁶ Cabinet du Secrétaire d'État à la Relance et aux Investissements Stratégiques, en charge de la Politique Scientifique, *Plan national pour la reprise et la résilience*, juin 2021, disponible sur <https://dermine.belgium.be/sites/default/files/articles/FR%20-%20Plan%20national%20pour%20la%20reprise%20et%20la%20re%CC%81silience.pdf>.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 101 et s. Notons que, dans une certaine mesure, il existe déjà un réseau de transport d'hydrogène par canalisations en Belgique. Celui-ci est détenu par la société Air Liquide, voy. Air Liquide, « Canalisations de gaz au Benelux », disponible sur <https://be.airliquide.com/fr/approvisionnements-gaz/canalisation-de-gaz-au-benelux> (consulté le 13 décembre 2022).

¹⁸ Projet de loi relatif au transport d'hydrogène par canalisations, *Doc. parl.*, Ch., 2022-2023, n° 3077/1 (ci-après le « projet de loi hydrogène »). Le gouvernement fédéral explique les raisons de sa proactivité dans l'exposé des motifs de ce projet, pp. 6-8.

¹⁹ S.L.C.E., avis 70.952/3 du 4 mars 2022, S.L.C.E., avis 71.074 du 22 mars 2022 et S.L.C.E., avis 71.998/VR/3 du 12 octobre 2022. La question de la compétence pour réglementer l'hydrogène a donc été réglée au regard de la répartition des compétences en matière d'énergie. Toutefois, l'hydrogène étant également une matière première dans les industries pétrochimiques, le point d'ancrage énergétique n'allait pas nécessairement de soi. Il sort cependant de l'objectif de la présente contribution de se positionner quant à l'opportunité d'avoir utilisé la répartition des compétences en matière d'énergie plutôt qu'un autre point d'ancrage pour déterminer la compétence en matière d'hydrogène. Voy. égal. à cet égard R. VAN CLEEMPUT, « De bevoegdheidsverdeling binnen de Belgische staatsstructuur inzake waterstof(gas): (hydro) geen eenvoudige materie », *M.E.R.*, 2022, n° 4, pp. 225-249.

²⁰ Ces difficultés sont d'autant plus importantes que les travaux parlementaires donnent assez peu d'informations quant aux motifs qui ont guidé l'adoption du texte final de la répartition des compétences en matière d'énergie. Les travaux parlementaires des différentes réformes (notamment, *Doc. parl.*, Sén., 1979-1980, n° 434/1, pp. 30-31, *Doc. parl.*, Ch. sess. extr., 1988, n° 515/1, pp. 12-13, et *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 1988, n° 405/2, p. 111), donnent surtout des informations quant au contenu des matières attribuées, mais peu sur les justifications du transfert. De même, peu de positions politiques ont été adoptées par rapport aux compétences en matière d'énergie (voy. A. ALEN, « Opsomming van de voornaamste regeringstandpunten betreffende de bevoegdheden van de gemeenschappen en gewesten in de bijzondere wet tot hervorming der instellingen van 8 August 1980 », *T.B.P.*, 1983, n° 2, p. 121).

et de pièges en termes d'interprétation »²¹, ou que le texte peut donner raison à des interprétations contraires²². La présente section vise à analyser deux questions centrales de la répartition des compétences en matière d'énergie, mais auxquelles des réponses différentes ont été données²³ : la question de la compétence résiduelle (1) et le rapport qu'entretiennent les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI (2).

1. La compétence résiduelle en matière d'énergie

8. La première question centrale relative à l'application de la répartition des compétences en matière d'énergie est celle de savoir qui, de l'autorité fédérale ou des régions, est compétente pour les aspects de l'énergie dont le sort n'a pas été explicitement réglé par le législateur spécial²⁴. Certains et, dans une certaine mesure, la section de législation du Conseil d'État²⁵, affirment que ce sont les régions qui disposent de la compétence résiduelle en matière d'énergie²⁶. Cette interprétation semble reposer sur l'utilisation, à l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, de l'expression « en tout cas » pour l'énumération des aspects régionaux de l'énergie par opposition au « à savoir », précédant l'énonciation des compétences qui ressortent de la compétence de l'autorité fédérale²⁷. D'autres auteurs affirment en revanche que c'est l'autorité fédérale qui détient la compétence résiduelle en matière d'énergie²⁸. Ces auteurs soulignent que,

suivant l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, les régions ne sont compétentes *que* pour les aspects régionaux de la politique énergétique, laissant ainsi à l'autorité fédérale la compétence pour les aspects non régionaux²⁹. Ils renvoient par ailleurs à l'exposé des motifs de la troisième réforme de l'État, explicite sur ce point : « en cette matière, le pouvoir résiduaire reste de la compétence nationale »³⁰. Enfin, la section de législation du Conseil d'État a également reconnu la compétence résiduelle de l'autorité fédérale en matière d'énergie³¹.

9. En ce qui nous concerne, il nous semble plus conforme à l'objectif du législateur spécial de considérer que la compétence résiduelle en matière d'énergie revient à l'autorité fédérale. En effet, l'autorité fédérale dispose en principe de la compétence résiduelle³². Or le libellé de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI ne fait pas exception à ce principe. Le législateur spécial n'a en effet entendu transférer aux régions *que* les aspects régionaux de l'énergie. Par ailleurs, les travaux parlementaires sont formels à cet égard : « le pouvoir résiduaire reste de la compétence nationale »³³. Enfin, si les applications explicites de la compétence résiduelle en matière d'énergie sont rares³⁴, les quelques fois où elle a été employée,

²¹ *Doc. parl.*, Sén., 1998-1999, n° 1333/1, p. 217.

²² *Ibid.*, p. 218, « M. Coenraets attire l'attention sur la signification de l'expression "en tout cas" : cela signifie que l'on n'exclut pas le reste. Le malheur du texte est précisément que la formulation peut donner raison à ceux qui diront que ce qui n'est pas visé dans le "en tout cas" demeure de la compétence fédérale et aux autres qui diront que "en tout cas" veut dire que pour le reste, les régions sont aussi compétentes ».

²³ Pour une analyse plus détaillée de ces questions, voy. M. BEUDELS, « La répartition des compétences en matière d'énergie : tentative d'éclaircissement de bornes floues », *op. cit.*

²⁴ Notre analyse ne porte pas sur la compétence résiduelle territoriale. En effet, l'autorité fédérale dispose de la compétence pour les territoires qui ne ressortent d'aucune région, à savoir principalement les territoires maritimes de la mer du Nord. C'est sur cette base que l'autorité fédérale est compétente pour l'éolien en mer. Voy. not. S. SOTTIAUX et K. REYBROUCK, *De federale bevoegdheden*, Bruxelles, Intersentia, 2019, p. 650.

²⁵ Qui, dans un avis, a indiqué que « [l]es Régions sont, sauf exceptions, en principe compétentes pour la politique de l'énergie », S.L.C.E., avis 25.207/1 du 13 juin 1996, pp. 9-10.

²⁶ N. BERNARD, « La répartition des compétences en matière d'énergie », in B. HUBEAU et P. JADOUL (dir.), *Vers un droit fondamental à l'énergie ? Naar een grondrecht op energie?*, Bruxelles, la Charte, 2006, p. 127. Voy. aussi, de façon plus nuancée, M. UYTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé : réflexions sur le système institutionnel belge, issu des réformes de 1988-1989*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 442-443.

²⁷ M. UYTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé : réflexions sur le système institutionnel belge, issu des réformes de 1988-1989*, *op. cit.*, p. 442. Voy. à propos de cette expression, *Doc. parl.*, Sén., 1998-1999, n° 1333/1, p. 218, extrait cité à la note 22 de la présente contribution.

²⁸ L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, pp. 136 et 170 ; K. DEKETELAERE et al., *Handboek energierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, p. 12 ; S. SOTTIAUX et K. REYBROUCK,

De federale bevoegdheden, *op. cit.*, p. 631 ; K. CALUWAERT, « Artikel 6, § 1, VII BWHI », in *Duiding Federale Staatsstructuur*, 2018, p. 415.

²⁹ L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, *op. cit.*, pp. 136-137. Voy. égal. *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 1988, n° 405/2, p. 111 : « L'autorité nationale est compétente pour les exceptions précitées, ainsi que pour les aspects non régionaux de la politique de l'énergie ». Notons également que certains auteurs se reposent sur le libellé de l'article 6, § 3, LSRI, qui impose des obligations de concertation, notamment en matière d'énergie, pour justifier la compétence résiduelle de l'autorité fédérale. En effet, cet article indique qu'« une concertation associant les gouvernements concernés et l'autorité fédérale compétente aura lieu [...] pour toute mesure au sujet de la politique de l'énergie, en dehors des compétences énumérées au § 1^{er}, VII » (nous soulignons). En effet, l'utilisation de l'expression « l'autorité fédérale compétente » confirmerait implicitement la compétence résiduelle de l'autorité fédérale. Voy. à titre d'exemple S. SOTTIAUX et K. REYBROUCK, *De federale bevoegdheden*, *op. cit.*, p. 649.

³⁰ *Doc. parl.*, Ch. sess. extr., 1988, n° 515/1, pp. 12-13.

³¹ S.L.C.E., avis 55.402/3 du 19 mars 2014 qui indique explicitement que l'autorité fédérale est compétente pour adopter des règles relatives au fonctionnement des marchés de gros de l'énergie sur la base de sa compétence résiduelle en matière d'énergie. La section de législation se pose ici en décalage avec ce qu'elle indiquait dans l'avis 25.207/1, cité à la note 25 de la présente contribution.

³² Et ceci tant que l'article 35 de la Constitution n'entre pas en vigueur. Une telle entrée en vigueur imposerait de réévaluer la manière dont les compétences sont allouées entre l'autorité fédérale et les régions en matière d'énergie. Voy. K. REYBROUCK, « De classificatie van de federale bevoegdheden: residuaire, voorbehouden, toegewezen of uitgezonderd? », *T.B.P.*, 2020, n° 4, p. 187.

³³ *Doc. parl.*, Ch. sess. extr., 1988, n° 515/1, pp. 12-13. Voy. aussi l'intervention du vice-premier ministre et ministre des Réformes institutionnelles au Sénat, lors des discussions autour de la troisième réforme de l'État, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 1988, n° 405/2, p. 111, extrait cité à la note 29 de la présente contribution.

³⁴ F. VANDENDRIESSCHE (dir.), *Energiericht in België en Vlaanderen 2020*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 31 : « De gewestelijke bevoegdheden worden doorgaans immers zo ruim ingevuld dat er nog weinig ruimte blijft voor niet-voorziene residuaire aspecten ».

elle le fut au bénéfice de l'autorité fédérale³⁵. L'autorité fédérale est donc compétente pour les aspects non régionaux de l'énergie sur la base de sa compétence résiduelle en matière d'énergie³⁶.

2. Le rapport entre les listes des alinéas 1^{er} et 2 de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI

10. Une deuxième question qui touche à l'application de la répartition des compétences en matière d'énergie concerne la relation qu'entretiennent les listes des alinéas 1^{er} et 2 de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI. Certains auteurs soulignent premièrement que le législateur spécial a procédé, à cette disposition, à une « double énumération »³⁷ des compétences fédérales et régionales. Suivant cette première conception, ces deux listes sont placées sur un « même pied »³⁸. D'autres auteurs envisagent l'alinéa 2 comme instituant des exceptions à la compétence des régions pour les matières régionales, et ce au profit de l'autorité fédérale³⁹. Suivant cette interprétation, les matières de l'alinéa 2 sont exclues de la compétence attribuée aux régions par l'alinéa 1^{er} et constituent dès lors des réserves de compétence⁴⁰. Notons que la réciproque

peut également être défendue. Dans certains cas, c'est l'autorité fédérale qui est en principe compétente et les régions qui bénéficient d'exceptions à cette compétence de principe de l'autorité fédérale. À titre d'exemple, l'autorité fédérale est en principe compétente pour la production d'énergie sur pied de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, c), LSRI mais la compétence des régions pour les nouvelles sources d'énergie⁴¹ vient restreindre cette compétence de l'autorité fédérale⁴².

11. Cette question a des conséquences quant à l'interprétation de la répartition des compétences en matière d'énergie. En effet, dans la mesure où la liste des compétences fédérales de l'alinéa 2 institue des exceptions à la compétence des régions, l'alinéa 2 doit être interprété de façon stricte, voire restrictive⁴³. En conséquence, les auteurs qui soulignent le caractère de réserve de compétence de l'alinéa 2 insistent également sur le fait que, lorsque les régions sont compétentes sur la base de l'alinéa 1^{er}, l'autorité fédérale ne peut être compétente que pour les matières listées à l'alinéa 2, cette liste étant considérée par ces auteurs comme exhaustive⁴⁴. De même, lorsque la compétence des régions vient limiter la compétence de l'autorité fédérale, celle-ci devrait en principe être interprétée de façon stricte.

12. À la question du rapport qu'entretiennent les deux alinéas de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI – listes sur un « même pied »⁴⁵ ou réserves mutuelles de compétences –, nous proposons une réponse plus

³⁵ Voy. S.L.C.E., avis 55.402/3 du 19 mars 2014 et C.C., 5 décembre 2006, n° 193/2006 (qui reconnaît la compétence de l'autorité fédérale pour l'organisation du marché de l'électricité alors que cette compétence n'est pas énumérée à l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI).

³⁶ Pour une explication détaillée de notre raisonnement sur la compétence résiduelle en matière d'énergie, voy. M. BEUDELS, « La répartition des compétences en matière d'énergie : tentative d'éclaircissement de bornes floues », *op. cit.*, p. 607.

³⁷ M. UYTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé : réflexions sur le système institutionnel belge, issu des réformes de 1988-1989*, *op. cit.*, p. 442. Voy. égal. M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge : regards sur un système institutionnel paradoxal*, coll. Précis de la Faculté de Droit, Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 807 ; Q. PEIFFER, « Énergie », in M. UYTENDAELE et M. VERDUSSEN (dir.), *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'État*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 405-417 ; R. BORN, « La transposition des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE en droit belge ou une nouvelle illustration de la répartition sous haute tension des compétences dans le domaine de l'énergie », in R. BORN et D. RENDERS (dir.), *Actualités du droit de l'énergie*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 37 ; G. BLOCK et al., « La sécurité d'approvisionnement en électricité et les mécanismes de capacité », in P. BOUCQUEY (dir.), *Nouvelles tendances en droit de l'énergie*, Limal, Anthemis, 2018, p. 102.

³⁸ M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge : regards sur un système institutionnel paradoxal*, *op. cit.*, p. 807. Voy. aussi Q. PEIFFER, « Énergie », *op. cit.*, p. 405.

³⁹ Voy. not. L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, *op. cit.* ; L. DERIDDER, « Het energiebeleid », in G. VAN HAEGENDOREN et B. SEUTIN (dir.), *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Brugge, die Keure, 2000 ; K. DEKETELAERE et al., *Handboek energierecht*, *op. cit.* ; S. SOTTIAUX et K. REYBROUCK, *De federale bevoegdheden*, *op. cit.* ; K. CALUWAERT, « Artikel 6, § 1, VII BWI », *op. cit.*

⁴⁰ Voy. en ce sens C.C., 21 janvier 2016, n° 8/2016, B.25 ; C.C., 13 novembre 2013, n° 154/2013, B.6.3 ; C.C., 9 juillet 2013, n° 98/2013, B.11.4 ; C.C., 12 juillet 2012, n° 89/2012, B.5 ; C.C., 17 septembre 2009, n° 144/2009, B.10.2. Dans le cadre de la présente contribution, nous n'utilisons la notion de réserve de compétence que pour renvoyer à la situation où le législateur spécial a entendu exclure une matière de la compétence d'une entité fédérée. Sur les réserves de compétences, voy. égal. K. REYBROUCK, « De classificatie van de federale bevoegdheden: residuair, voorbehouden, toegewezen of uitgezonderd? », *op. cit.* ; G. ROSOUX, « Les principes de

répartition des compétences dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *A.P.T.*, 2018/4, pp. 367-416 ; Q. PIRONNET et T. SOUVEREINS, « La dichotomie entre compétences attribuées et compétences résiduelles », in M. EL BERHOUMI et S. VAN DROOGENBROECK (dir.), *Principes de la répartition des compétences*, *op. cit.*, p. 122.

⁴¹ Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 1^{er}, f), LSRI.

⁴² C'est le raisonnement qu'a suivi la section de législation du Conseil d'État dans son avis 49.272/3 du 15 mars 2011 en ce elle indique que « [*in dat verband dient te worden opgemerkt dat de productie van energie [...] tot de bevoegdheid van de federale overheid behoort. Op die principiële bevoegdheid van de federale overheid kan slechts uitzondering worden gemaakt wanneer de productie van energie inherent is aan één van de aangelegenheden die aan de gewesten uitdrukkelijk zijn toegewezen [...], zoals het geval is met de aangelegenheid van de nieuwe energiebronnen* ».

⁴³ Voy. G. ROSOUX, « Les principes de répartition des compétences dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 399.

⁴⁴ L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, *op. cit.*, p. 135 ; S. SOTTIAUX et K. REYBROUCK, *De federale bevoegdheden*, *op. cit.*, p. 630. Une importance particulière est également donnée à une intervention du vice-premier ministre et ministre des Réformes institutionnelles de l'époque au Sénat, lors des discussions relatives à la troisième réforme de l'État qui indiquait à l'époque que « concernant la politique de l'énergie, les régions sont compétentes pour les aspects régionaux de la politique de l'énergie et, en tout cas, pour les matières énumérées au premier alinéa de l'article 6, § 1^{er}, VII, à la seule exception des matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national, matières limitativement et exhaustivement énumérées après les mots "à savoir : ..." » (*Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 1988, n° 405/2, p. 111).

⁴⁵ M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge : regards sur un système institutionnel paradoxal*, *op. cit.*, p. 807. Voy. aussi Q. PEIFFER, « Énergie », *op. cit.*, p. 405.

nuancée. Il nous semble en effet que ces deux conceptions ne s'excluent pas⁴⁶. Les listes de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI peuvent tout à fait s'envisager comme des listes de même niveau, l'une n'ayant pas, *a priori*, la préséance sur l'autre, tandis que dans le même temps, certains éléments listés doivent plutôt être considérés comme des réserves de compétence à la compétence des régions ou de l'autorité fédérale, selon les cas. Ainsi, à la question de savoir qui est compétent pour le transport d'énergie, il convient de répondre que cette compétence revient à l'autorité fédérale, sur pied de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, c), LSRI, sans que cette disposition n'agisse comme une réserve de compétence, au même titre que les régions sont compétentes pour l'utilisation rationnelle de l'énergie⁴⁷. Par contre, si pour une matière donnée, deux éléments de compétences listés à l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI peuvent être envisagés, l'un agira en tant que réserve de compétence. Il conviendra donc de le faire primer, mais il devra s'interpréter de façon stricte. Ainsi, si l'autorité fédérale est en principe compétente pour la production d'énergie⁴⁸, les régions sont, par exception, compétentes pour les nouvelles sources d'énergie⁴⁹.

B. LECTURE DE L'ARTICLE 6, § 1^{er}, VII, LSRI SOUS LE PRISME DE LA DISTINCTION ENTRE RÈGLES ET PRINCIPES

13. Les discussions doctrinales évoquées dans la section précédente portent surtout sur les difficultés de texte de cette disposition. La structure de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, elle, a été peu étudiée par la doctrine⁵⁰. Dans le cadre de la présente contribution, nous proposons de rendre compte de la structure de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI en utilisant la distinction établie dans la littérature anglo-saxonne entre les *rules*, ou « règles », et les *standards*, que nous traduirons par « principe »⁵¹.

⁴⁶ Pour une analyse détaillée, voy. M. BEUDELS, « La répartition des compétences en matière d'énergie : tentative d'éclaircissement de bornes floues », *op. cit.*, p. 607.

⁴⁷ Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 1^{er}, h), LSRI.

⁴⁸ Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 2, c), LSRI.

⁴⁹ Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 1^{er}, f), LSRI.

⁵⁰ Par exception, nous pouvons nommer, à titre d'exemple, Lennart Deridder qui s'attarde sur la distinction entre aspects régionaux et non régionaux comme distinction structurante de la répartition des compétences en matière d'énergie, L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, *op. cit.*, pp. 134-137.

⁵¹ La notion de « standards » en français est en effet plus restrictive qu'en anglais. En français, elle renvoie plutôt à des normes de fabrication ou de qualité alors qu'en anglais, elle inclut aussi des principes de bonne conduite, d'éthique, etc. C'est donc pour rendre compte de cette conception anglo-saxonne plus extensive que nous préférons la notion de « principe ». Il convient cependant de ne pas confondre l'utilisation du mot « principe » au sens où nous l'avons dégagé dans le cadre de la présente contribution, de

Nous considérons en effet que cette disposition organise un système de répartition des compétences articulé autour de principes et de règles. Cette section vise donc d'une part à présenter cette distinction et les différentes caractéristiques de ces deux types de prescriptions juridiques (1) et, d'autre part, à expliquer dans quelle mesure des règles et principes coexistent dans l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI (2).

1. La distinction entre règles et principes : une question de spécificité

14. Une prescription juridique peut être qualifiée de règle ou de principe en fonction de son niveau de spécificité. Ainsi, lorsque son prescrit lie la personne qui la met en œuvre quant à son application et ses conséquences, sans, *a priori*, lui laisser une quelconque marge d'appréciation, une prescription juridique sera qualifiée de règle⁵². Les règles définissent des éléments factuels ainsi que les conséquences attachées à leur rencontre⁵³. Une interdiction de rouler à plus de 120 km/h sera donc considérée comme étant une règle⁵⁴. Au contraire, le principe est plus général et laisse une telle marge d'appréciation à la personne qui l'applique afin de tenir compte des différentes circonstances de fait⁵⁵. Une injonction à rouler prudemment est donc un principe puisqu'il appartient à la personne qui en assure le respect de déterminer, en fonction des circonstances du cas d'espèce, si l'attitude du conducteur était imprudente, par exemple parce que la vitesse était excessive. La distinction entre règle et principe n'en est pas pour autant binaire. En pratique, le *distinguo* entre ces deux notions vise plutôt un *continuum*⁵⁶, certaines règles étant plus générales que d'autres et certains principes plus spécifiques que d'autres.

15. La littérature relative à la distinction entre règles et principes indique que les règles visent

l'utilisation du même terme en référence aux « principes » et « exceptions au principe », comme c'est souvent le cas dans les discussions juridiques. Pour un exposé de cette distinction entre règles et principes, voy. not. K.M. SULLIVAN, « Foreword: the justices of rules and standards », *Harvard Law Review*, 1992, vol. 106, n° 1, pp. 22-123 ; E. CLOOTS, *National identity in EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 200-202 ; F. SCHAUER, « Rules and the rule of law », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1991, vol. 14, n° 3, p. 645. Voy. spécifiquement sur les règles F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

⁵² K.M. SULLIVAN, « Foreword: the justices of rules and standards », *op. cit.*, p. 58.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁵ K.M. SULLIVAN, « Foreword: the justices of rules and standards », *op. cit.*, p. 59.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 58 ; E. CLOOTS, *National identity in EU law*, *op. cit.*, p. 202.

à transposer une justification sous-jacente à une catégorie d'événements généralisés⁵⁷, là où les principes ont pour objectif l'application directe de cette justification sous-jacente⁵⁸. Ainsi, la règle suivant laquelle il est interdit de rouler à plus de 120 km/h traduit un principe de conduite prudente. Cette justification sous-jacente n'est donc théoriquement pas écrite, sauf pour le cas où un principe la transpose parfaitement. Le fait même qu'une règle ne s'applique qu'à une certaine catégorie d'événements implique cependant le risque que certains faits soient inclus dans ces catégories alors qu'ils ne devraient pas l'être au regard de la justification sous-jacente à la règle, ou, à l'inverse, que des faits soient exclus alors qu'ils devraient être inclus⁵⁹. Par exemple, l'interdiction de rouler au-delà de 120 km/h ne tient pas compte d'autres circonstances comme la pluie ; or il pourrait être considéré imprudent de rouler à 120 km/h sous une forte pluie.

16. Une prise de décision basée sur les règles est réputée offrir divers avantages. Premièrement, l'absence de marge de manœuvre empêche la personne qui applique une règle d'être influencée par ses préférences et ses éventuels partis pris⁶⁰. Deuxièmement, le résultat final de l'application de la règle est réputé plus légitime puisque les choix quant aux situations auxquelles elle s'applique et les conséquences de son application ont été arrêtés par une autorité publique⁶¹, auteure de la règle et, le cas échéant, démocratiquement élue⁶². Troisièmement, il est souvent souligné que les règles favorisent la sécurité juridique et la prédictibilité de leur application dès lors qu'elles diminuent la marge de manœuvre dans le chef de la personne qui les applique⁶³. Enfin, les règles permettraient d'être plus efficace dès lors qu'elles évitent la tâche chronophage qui consiste en l'application d'un principe, de portée générale, à un cas spécifique⁶⁴.

17. La littérature souligne également, en miroir, les avantages que l'application de principes

est supposée offrir. Premièrement, les principes laissent à la personne qui les applique une certaine flexibilité dans leur application, qui permet de tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce⁶⁵. Il s'ensuit qu'une prise de décision par le biais de principes est réputée favoriser des valeurs d'équité⁶⁶. Dans la même optique, en comparaison avec les règles, les principes permettent une plus grande flexibilité par rapport aux conditions applicables au moment où ils ont été adoptés. Ainsi, à plus long terme, les principes peuvent s'adapter aux évolutions et à des circonstances changeantes⁶⁷. Enfin, les principes permettent de limiter le risque de créer des catégories trop ou pas assez larges par rapport à la justification sous-jacente, risque de sous- ou sur-inclusion auquel les règles, par définition plus rigides et plus spécifiques, s'exposent⁶⁸.

18. Avant de clôturer cette sous-section sur la distinction entre les règles et les principes, deux remarques doivent être faites quant à l'utilisation de ces concepts dans le cadre de la présente contribution. Premièrement, une partie de la littérature en cette matière va d'abord viser l'application qui est faite de ces règles et principes dans un cadre judiciaire. Le monde judiciaire n'a cependant pas l'exclusivité de l'application de normes juridiques. Nous envisageons, en effet, dans le cadre de la présente contribution, d'autres acteurs qui sont amenés à mettre en œuvre la répartition des compétences en matière d'énergie, notamment la section de législation du Conseil d'État⁶⁹. Deuxièmement, les discussions en matière de règles et principes ont originellement trouvé terrain dans des branches du droit relevant plutôt du droit privé. La distinction entre règles et principes peut cependant être appliquée à tout type de prescription juridique notamment constitutionnelle ou en matière de fédéralisme, comme la disposition qui nous occupe dans le cadre de la présente contribution et qui établit la répartition des compétences en matière d'énergie⁷⁰.

⁵⁷ F. SCHAUER, « Rules and the rule of law », *op. cit.*, p. 647.

⁵⁸ K.M. SULLIVAN, « Foreword: the justices of rules and standards », *op. cit.*, p. 58.

⁵⁹ F. SCHAUER, « Rules and the rule of law », *op. cit.*, p. 648 ; K.M. SULLIVAN, « Foreword: the justices of rules and standards », *op. cit.*, p. 58.

⁶⁰ E. CLOOTS, *National identity in EU law*, *op. cit.*, p. 208 ; K.M. SULLIVAN, « Foreword: the justices of rules and standards », *op. cit.*, p. 62.

⁶¹ E. CLOOTS, *National identity in EU law*, *op. cit.*, p. 208.

⁶² K.M. SULLIVAN, « Foreword: the justices of rules and standards », *op. cit.*, p. 64.

⁶³ E. CLOOTS, *National identity in EU law*, *op. cit.*, p. 208 ; K.M. SULLIVAN, « Foreword: the justices of rules and standards », *op. cit.*, p. 62.

⁶⁴ E. CLOOTS, *National identity in EU law*, *op. cit.*, p. 208 ; K.M. SULLIVAN, « Foreword: the justices of rules and standards », *op. cit.*, p. 63.

⁶⁵ E. CLOOTS, *National identity in EU law*, *op. cit.*, p. 206.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.* ; K.M. SULLIVAN, « Foreword: the justices of rules and standards », *op. cit.*, p. 66.

⁶⁸ E. CLOOTS, *National identity in EU law*, *op. cit.*, p. 207.

⁶⁹ Voy. F. SCHAUER, « Rules and the rule of law », *op. cit.*, p. 681 ; F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, *op. cit.*, p. 138.

⁷⁰ Voy. not. K.M. SULLIVAN, « Foreword: the justices of rules and standards », *op. cit.*, qui applique la distinction à des règles de fédéralisme américain.

2. Les règles et principes de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI

19. Le législateur spécial a ainsi conçu l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI que celui-ci se compose de deux habilitations plus générales à légiférer en matière d'énergie, mises en œuvre par une série d'exemples, naturellement plus spécifiques. À notre sens, cette disposition se compose donc, au regard de la distinction entre règles et principes, de deux principes, et de plusieurs règles qui sont autant d'exemples d'application de la justification sous-jacente exprimée par ces principes.

20. Le premier principe contenu dans cette disposition est celui suivant lequel les régions sont compétentes pour les aspects régionaux de l'énergie⁷¹. L'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, LSRI donne ensuite une série d'exemples, sous la forme de règles, qui sont des applications de ce principe à des catégories spécifiques. Il est ainsi indiqué que les régions sont compétentes pour « la distribution et le transport local d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70 000 volts »⁷². Cette disposition est nettement plus spécifique que le principe qui la précède, suivant lequel les régions sont compétentes pour les aspects régionaux de l'énergie, et constitue dès lors plutôt une règle. Mais elle est également une application de ce principe. La loi spéciale nous indique donc que la distribution et le transport local d'électricité – comme les autres matières citées en exemples à l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI – constituent des aspects régionaux de l'énergie.

21. Le second principe de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI est celui suivant lequel l'autorité fédérale est compétente pour les aspects nationaux de l'énergie. Comme expliqué *supra* (voy. n° 9), la question de savoir quel niveau de pouvoir est compétent pour les aspects de l'énergie dont le sort n'a pas été réglé par le législateur spécial est parfois discutée. Nous considérons cependant que l'autorité fédérale dispose de la compétence résiduelle en matière d'énergie. En effet, les régions ne sont compétentes, au pied de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, LSRI que pour les aspects régionaux de l'énergie. Il s'ensuit que l'autorité fédérale est compétente pour les aspects non régionaux de l'énergie⁷³, que nous appelons également, dans le cadre de cette

contribution, les aspects nationaux de l'énergie. L'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, LSRI indique par ailleurs que les « matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national »⁷⁴ ressortent de la compétence de l'autorité fédérale. Or ces matières techniquement et économiquement indivisibles sont, selon nous, des aspects nationaux de l'énergie. Il ressort donc du texte de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, un second principe, celui suivant lequel l'autorité fédérale est compétente pour les aspects nationaux de l'énergie. L'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, LSRI prévoit ensuite, notamment, que l'autorité fédérale est compétente pour les études sur les perspectives d'approvisionnement en énergie⁷⁵. Cette disposition est plus spécifique et constitue dès lors plutôt une règle, mais est également une application de la justification sous-jacente exprimée par le biais du principe suivant lequel l'autorité fédérale est compétente pour les aspects nationaux de l'énergie. Les études sur les perspectives d'approvisionnement en énergie – comme les autres matières énumérées à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, LSRI – constituent donc un aspect national de l'énergie.

22. L'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI se compose donc de deux principes qui sont mis en pratique par des règles qui constituent des exemples d'application de ces principes⁷⁶. Comme nous l'avons souligné, la distinction entre règles et principes doit cependant plutôt s'envisager comme un *continuum*. Il en ressort que certaines règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI sont plus spécifiques que d'autres. Notre objectif n'est néanmoins pas de classer les règles de la répartition des compétences sur ce *continuum*. Nous nous limitons à ce stade à constater que la disposition au cœur de la présente contribution est composée de deux principes mis en œuvre par une série de règles, de précision variable.

*
* *

⁷¹ Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 1^{er}, LSRI.

⁷² Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 1^{er}, a), LSRI.

⁷³ Voy. *supra*, n° 9.

⁷⁴ Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 2, LSRI.

⁷⁵ Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 2, a), LSRI.

⁷⁶ Nous parlons ici du caractère exemplatif des règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI par rapport à leur principe. Nous avons également défendu, dans le passé, la non-exhaustivité de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, LSRI en tant qu'il énumère les matières qui sont des matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national. Ce raisonnement n'est pas nécessaire au propos développé dans la présente contribution, mais nous renvoyons le lecteur intéressé par la question à la contribution suivante : M. BEUDELS, « La répartition des compétences en matière d'énergie : tentative d'éclaircissement de bornes floues », *op. cit.*, p. 609.

23. Cette première partie a donc eu pour objectif de présenter l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, sa structure ainsi que les discussions doctrinales qui existent à son égard. Dans la suite de cette contribution, nous soulignerons que la section de législation du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle, lorsqu'elles sont amenées à se prononcer sur des questions de compétence en matière d'énergie, ne font pas écho à cette structure et à ces discussions. Ceci s'explique par le fait qu'elles ne mettent en œuvre l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI que par le biais de ses règles, au détriment des principes suivant lesquels les régions sont compétentes pour les aspects régionaux de l'énergie et l'autorité fédérale, pour les aspects nationaux. Ce faisant, elles ne se prononcent pas sur la question de la compétence résiduelle et sur celle des réserves (mutuelles) de compétence. Cette approche mène cependant aux deux carences que nous identifions dans la deuxième partie de cette contribution. Par contraste, l'approche alternative d'interprétation de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI que nous proposerons par la suite, s'inscrit pleinement dans la structure de cette disposition et reconnaît, d'une part, la compétence résiduelle de l'autorité fédérale en matière d'énergie et, d'autre part, que les règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI peuvent dans certains cas trouver à s'appliquer en tant que réserves de compétence.

II. DEUX ÉCUEILS DANS L'INTERPRÉTATION ACTUELLE DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES EN MATIÈRE D'ÉNERGIE

24. L'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, qui établit la répartition des compétences en matière d'énergie est ambigu, ce qui ouvre la porte à différentes discussions doctrinales, et il se compose de règles et de principes au sens où nous l'avons dégagé ci-avant. En pratique, des tendances se dégagent dans les arrêts de la Cour constitutionnelle et les avis de la section de législation du Conseil d'État en matière de répartition des compétences dans le domaine de l'énergie, tendances qui, envisagées conjointement, se heurtent à différentes difficultés que cette contribution vise à mettre en lumière. Premièrement, elles vont, dans la majorité des cas, n'utiliser que les règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI même dans des situations où celles-ci ne trouvent pas naturellement à s'appliquer, à savoir dans des cas non explicitement prévus par ces règles. Afin d'y intégrer ces nouveaux cas de

figure, la Cour constitutionnelle et la section de législation du Conseil d'État ont largement interprété les notions utilisées par le législateur spécial à l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI au point de les détourner parfois de leur sens originel. Ces évolutions interprétatives ne sont cependant généralement pas suffisamment motivées pour permettre à un tiers de comprendre le raisonnement suivi. Il s'ensuit qu'il n'est pas aisé de déterminer au préalable comment la section de législation ou la Cour constitutionnelle pourraient interpréter l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI face à des nouveautés du secteur énergétique. Il y a donc un manque de prévisibilité dans l'application de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI (A). Par ailleurs, la section de législation du Conseil d'État et – dans une moindre mesure⁷⁷ – la Cour constitutionnelle vont parfois interpréter l'article 6, § 1^{er}, VII LSRI de façon contradictoire à l'occasion de différents avis ou arrêts, ce qui entraîne un manque de cohérence dans la mise en œuvre de cette disposition (B). Ceci est particulièrement le cas lorsque la section de législation décide, dans certaines situations, d'interpréter de façon restrictive des règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI qui attribuent des compétences à l'autorité fédérale alors que, dans d'autres, elle les interprète largement. Ces problèmes de manque de prévisibilité et de cohérence sont évidemment éminemment liés. Nous proposons néanmoins de les analyser de façon distincte à des fins de lisibilité.

25. La présente partie vise donc à étayer nos constats quant à la façon dont la répartition des compétences en matière d'énergie est actuellement interprétée par la section de législation du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle, ainsi que les difficultés qui résultent de cette interprétation. Si nos constats quant à l'interprétation actuelle de la répartition des compétences en matière d'énergie par la section de législation du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle et aux lacunes qu'elle comporte, constituent des observations générales qui se vérifient à de nombreuses reprises dans la pratique de la section de législation et de la

⁷⁷ Nous soulignons en effet que cette lacune de manque de cohérence se retrouve moins dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Ceci s'explique par le fait que la Cour constitutionnelle a rarement eu à se prononcer sur la compétence en matière de nouvelles questions énergétiques qui sortent du cadre des règles énoncées à l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI. Lorsque c'est arrivé, comme en matière de réseau fermé de distribution (C.C., 9 juillet 2013, n° 98/2013) ou en matière de flexibilité dite commerciale (C.C., 28 avril 2016, n° 56/2016, B.5.4), elle s'est inscrite dans une tendance d'application presque exclusive des règles, d'une interprétation large de celles-ci afin d'y intégrer de nouvelles questions énergétiques et de manque de motivation de cette interprétation. Nous n'avons en revanche pas décelé de contradiction dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

Cour constitutionnelle, c'est plus précisément le cas d'étude de l'hydrogène qui nous permettra de concrétiser les carences que nous identifions. Référence sera néanmoins aussi faite à d'autres exemples qui nous permettront d'asseoir un peu plus nos constats.

26. À l'heure actuelle, la section de législation du Conseil d'État a eu à se prononcer, à deux reprises⁷⁸, sur la compétence de l'autorité fédérale pour réglementer l'hydrogène. L'avis 71.074/3 du 22 mars 2022 porte sur un projet d'arrêté royal ayant pour objet de « créer un cadre juridique pour l'octroi de subventions pour des projets innovants concernant la production et l'utilisation d'hydrogène climatiquement neutre »⁷⁹, en application du plan de relance belge⁸⁰. Dans cet avis, la section de législation conclut que dès lors que l'arrêté en projet vise à financer des projets portant sur « les technologies de *production* ou d'*utilisation* d'hydrogène climatiquement neutre »⁸¹, le dispositif de l'arrêté en projet « se heurte à la compétence régionale en matière de “sources nouvelles d'énergie” [...] du moins dans la mesure où les projets concernant l'hydrogène climatiquement neutre s'inscriraient effectivement dans cette dernière compétence »⁸², ce qu'elle n'établit pas. L'avis 71.998VR/3 du 12 octobre 2022 porte quant à lui sur l'avant-projet de loi hydrogène, entretemps déposé le 10 janvier 2023. Notons que cet avis a été rendu, en ce qui concerne la compétence, en chambres réunies. Dans cet avis, la section de législation conclut que l'autorité fédérale est compétente pour réglementer un potentiel réseau de transport d'hydrogène, sur la base de sa compétence en matière de transport d'énergie, mais seulement dans la mesure où elle n'empiète pas sur la compétence des régions en matière de distribution d'hydrogène⁸³.

27. Ces deux avis vont nous permettre d'illustrer les critiques plus générales que nous émettons quant à la façon dont la section de législation du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle interprètent la répartition des compétences

en matière d'énergie, à savoir le manque de prévisibilité et de cohérence de cette interprétation.

A. UN MANQUE DE PRÉVISIBILITÉ QUANT À L'INTERPRÉTATION DES NOTIONS DE L'ARTICLE 6, § 1^{er}, VII, LSRI

28. La section de législation du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle vont presque exclusivement résoudre les questions de compétences en matière d'énergie en utilisant les règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI. Pour rappel, cette disposition contient des principes, suivant lesquels les régions sont compétentes pour les aspects régionaux de l'énergie et l'autorité fédérale, pour les aspects nationaux, et des règles qui mettent en œuvre ces principes. Pourtant, force est de constater que ces principes n'ont que peu de place lorsqu'il s'agit d'appliquer la répartition des compétences en matière d'énergie à des cas particuliers. Si ceux-ci sont souvent mentionnés par la Cour constitutionnelle⁸⁴ et la section de législation du Conseil d'État⁸⁵ lorsqu'elles sont amenées à se prononcer sur des questions de compétence dans des matières énergétiques, ces références ne sont que rhétoriques. Il résulte de cette application presque exclusive des règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, que ces institutions n'ont ainsi eu à se prononcer qu'à peu de reprises sur la question de la compétence résiduelle en matière d'énergie⁸⁶.

29. Cependant, le secteur énergétique et le droit de l'énergie évoluent fortement, notamment sous l'impulsion de l'Union européenne. Il en ressort que de nouvelles notions apparaissent en droit de l'énergie, comme celle des communautés d'énergie, de la flexibilité de la demande en électricité ou encore d'hydrogène qui nous occupe dans le cadre de cette présente contribution. Le sort de ces nouveautés en termes de répartition des compétences n'est généralement pas explicitement réglé par l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI dont le texte date pour l'essentiel des années 1980. La section de législation et la Cour constitutionnelle vont interpréter largement les notions utilisées et le champ d'application des règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, de sorte à y intégrer des nouveautés du secteur énergétique, sans

⁷⁸ Notons qu'un troisième avis de la section de législation du Conseil d'État porte sur une initiative du gouvernement fédéral en matière d'hydrogène mais la section de législation n'y analyse pas la question de la compétence de l'autorité fédérale. Voy. S.L.C.E., avis 70.952/3 du 4 mars 2022.

⁷⁹ S.L.C.E., avis 71.074 du 22 mars 2022, p. 13.

⁸⁰ Cabinet du Secrétaire d'État à la Relance et aux Investissements Stratégiques, en charge de la Politique Scientifique, *Plan national pour la reprise et la résilience*, op. cit.

⁸¹ S.L.C.E., avis 71.074 du 22 mars 2022, p. 15, la section de législation du Conseil d'État souligne.

⁸² *Ibid.*

⁸³ S.L.C.E., avis 71.998/VR/3 du 12 octobre 2022, p. 21.

⁸⁴ Voy. par exemple C.C., 14 janvier 2021, n° 5/2021, B.9.4 ; C.C., 21 janvier 2016, n° 8/2016, B.25 ; C.C., 17 septembre 2009, n° 144/2009, B.10.1 ; C.C., 26 janvier 2005, n° 21/2005, B.4.

⁸⁵ Voy. par exemple S.L.C.E., avis 72.294/3 du 13 octobre 2022, p. 21, S.L.C.E., avis 71.206/3 du 24 mars 2022, p. 12 ou S.L.C.E., avis 70.296/3 du 19 novembre 2021, p. 16.

⁸⁶ Voy. *supra*, n° 9.

s'appuyer sur les principes de cette disposition⁸⁷. Ce faisant, elles vont parfois distordre la signification des notions utilisées par le législateur spécial. Ces interprétations évolutives par rapport à la signification originelle voulue par le législateur spécial ne sont cependant généralement pas motivées par la section de législation du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle. Il est ainsi difficile de comprendre le raisonnement de ces institutions et donc de prévoir comment elles pourraient se positionner face à d'autres nouvelles questions énergétiques. Autrement dit, dès lors qu'elles ne justifient pas leurs interprétations extensives, il y a un grand manque de prévisibilité, et donc de sécurité juridique, dans la façon dont la répartition des compétences en matière d'énergie est mise en œuvre par la section de législation du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle. Ce manque de prévisibilité constitue la première lacune que nous identifions dans la pratique de la section de législation et de la Cour constitutionnelle en matière de répartition des compétences en matière d'énergie.

30. S'agissant de l'hydrogène, deux notions de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI ont été interprétées de façon (très) extensive par la section de législation du Conseil d'État, à savoir celle de « distribution publique de gaz », qui a subi plusieurs évolutions successives afin d'y intégrer une distribution d'hydrogène et celle de « nouvelle source d'énergie ». Nous détaillons donc ces deux cas et leurs conséquences en termes de prévisibilité dans la suite de cette section.

⁸⁷ Voy. à titre d'exemple S.L.C.E., avis 72.294/3 du 13 octobre 2022, p. 22 dans lequel la section de législation considère que la compétence des régions en matière de distribution d'électricité (art. 6, § 1^{er}, VII, al. 1^{er}, a), LSRI) inclut la protection des clients financièrement vulnérables ; S.L.C.E., avis 70.296/3 du 19 novembre 2021, pp. 17-18, dans lequel la section de législation considère que la compétence des régions en matière de distribution d'électricité (art. 6, § 1^{er}, VII, al. 1^{er}, a), LSRI) inclut les déséquilibres sur le réseau de distribution (même si l'on peine à comprendre à quoi la section de législation fait référence) et les clients actifs connectés au réseau de distribution ; S.L.C.E., avis 68.494/3 du 22 janvier 2021, p. 5, dans lequel la section de législation considère que la compétence des régions en matière de distribution d'électricité (art. 6, § 1^{er}, VII, al. 1^{er}, a), LSRI) inclut les services d'agrégation et de flexibilité, les communautés d'énergie et le partage d'énergie ; S.L.C.E., avis 60.616/3 du 4 janvier 2017, p. 22, dans lequel la section de législation considère que la compétence des régions en matière de distribution d'électricité (art. 6, § 1^{er}, VII, al. 1^{er}, a), LSRI) inclut la gestion de la demande et l'ajustement du réseau de distribution ; S.L.C.E., avis 58.065/1/V du 9 septembre 2015, dans lequel la section de législation considère que la compétence de l'autorité fédérale pour les grandes infrastructures de stockage et le transport d'énergie (art. 6, § 1^{er}, VII, al. 2, c), LSRI) inclut la préservation de l'équilibre dans la zone de réglage et le plan de délestage ; S.L.C.E., avis 55.179/AG/3/VR du 13 mars 2014, p. 19, dans lequel la section de législation considère que la compétence des régions en matière de sources nouvelles d'énergie inclut les garanties d'origine ; C.C., 28 avril 2016, n° 56/2016, B.5.4, suivant lequel la compétence de l'autorité fédérale (on suppose en matière de transport d'énergie) inclut la réservation et l'activation de capacités et les autres formes de flexibilité dite commerciale pour le gestionnaire de réseau de transport ; C.C., 13 novembre 2013, n° 154/2013, B.7.5., suivant lequel la compétence de l'autorité fédérale en matière de tarifs énergétiques inclut la lutte contre les abus consistant à créer des marges sur la composante d'électricité verte.

1. De la distribution publique de gaz à la distribution d'hydrogène

31. Au fil des applications de la règle de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, b), LSRI, la signification de la notion de distribution publique de gaz a évolué, jusqu'à, dans l'avis 71.998VR/3 du 12 octobre 2022, inclure la « distribution d'hydrogène »⁸⁸. Plus précisément, chacune des trois composantes de cette notion – distribution, publique, de gaz – a fait l'objet d'évolutions successives, avant ou dans cet avis, qui ont permis à la section de législation d'arriver à ce résultat, sans pour autant que ces évolutions soient motivées par la Cour constitutionnelle ou la section de législation du Conseil d'État.

32. La première évolution a trait à l'interprétation de la composante « distribution », qui a été définie dans un arrêt de la Cour constitutionnelle de 2013 portant sur les réseaux fermés de distribution⁸⁹. Les travaux parlementaires de la réforme de l'État de 1988 indiquent qu'il convient de définir la distribution publique de gaz conformément à la loi gaz du 12 avril 1965⁹⁰ et à la définition qu'elle donnait de la distribution de gaz⁹¹. Suivant cette définition, la distribution de gaz consiste en « l'activité ayant pour objet de fournir du gaz par la voie de canalisations, aux consommateurs établis sur le territoire d'une commune déterminée ou sur le territoire de plusieurs communes limitrophes qui ont conclu une convention en vue de la fourniture de gaz, à l'exclusion des fournitures de gaz autorisées en vertu de la présente loi aux titulaires d'une concession ou d'une permission de transport de gaz »⁹². La loi gaz excluait donc de la notion de distribution les fournitures de gaz ayant lieu sur la base d'une permission de transport de gaz. En parallèle, la loi définissait le

⁸⁸ S.L.C.E., avis 71.998/VR/3 du 12 octobre 2022, p. 21.

⁸⁹ C.C., 9 juillet 2013, n° 98/2013. Les réseaux fermés de distribution sont « un réseau qui distribue du gaz à l'intérieur d'un site industriel, commercial ou de partage de services géographiquement limité et qui [...] n'approvisionne pas de clients résidentiels : a) si, pour des raisons spécifiques ayant trait à la technique ou à la sécurité, les opérations ou le processus de production des utilisateurs de ce réseau sont intégrés ; ou b) si ce réseau fournit du gaz essentiellement au propriétaire ou au gestionnaire du réseau, ou aux entreprises qui leur sont liées », art. 28.1 de la directive 2009/73/EC du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE (ci-après la « directive gaz naturel »). De tels réseaux fermés peuvent par exemple exister dans les aéroports, les hôpitaux ou dans les grands terrains de camping avec équipements intégrés.

⁹⁰ Ci-après la « loi gaz ».

⁹¹ Voy. *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 1988, n° 516/1, p. 12 et *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 1988, n° 516/6, p. 144 dans lequel le ministre des Réformes institutionnelles définit la notion de distribution de gaz en citant mot pour mot la définition de la loi gaz.

⁹² Art. 1, b), de la loi gaz (version applicable du 17 juin 1965 au 24 octobre 2000). Nous soulignons.

transport de gaz comme renvoyant à « l'activité ayant pour objet le transport de gaz d'un endroit à un autre par la voie de canalisations qui ne font pas partie d'un réseau de distribution, et, le cas échéant, la fourniture aux consommateurs énumérés à l'article 2 »⁹³. La loi gaz incluait donc dans la notion de transport de gaz une série de fournitures qui sont en réalité celles exclues de la notion de distribution. Pour comprendre cette exclusion, il est nécessaire d'avoir en tête la structure économique du secteur du gaz naturel de l'époque. En effet, à cette période, la notion de fourniture ne signifiait pas la même chose qu'aujourd'hui. Depuis la libéralisation du secteur du gaz naturel, sous l'impulsion européenne, la fourniture renvoie exclusivement à la vente de gaz, sans référence à la gestion des flux physiques de gaz naturel qui relève de la responsabilité des gestionnaires de réseaux⁹⁴. Mais avant cette libération, les communes disposaient d'un monopole sur les réseaux de distribution et les clients achetaient leur gaz naturel auprès de leur gestionnaire de réseaux de distribution⁹⁵. Les gestionnaires de réseaux de distribution étaient donc responsables de la gestion des flux physiques sur le réseau de distribution et de la vente à proprement parler de gaz naturel, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui. En 1965, la loi gaz a notamment eu pour objectif de permettre à certains gros consommateurs de s'approvisionner en gaz naturel en dehors de ce monopole des communes, auprès d'acteurs agissant en concurrence⁹⁶. Ainsi, lorsqu'elle excluait de la notion de distribution de gaz naturel les fournitures de gaz ayant lieu sur la base d'une permission de transport de gaz, la loi gaz renvoyait à cette fourniture qui n'avait pas lieu sous l'égide du monopole des communes, mais en concurrence. La notion de distribution faisait, elle, référence à la gestion des flux physiques et à la vente dans le cadre de ce monopole des communes.

33. En 2013, lorsque la Cour constitutionnelle est amenée à définir la notion de distribution de gaz naturel, le secteur du gaz naturel a été libéralisé et plus aucune vente n'a lieu sous l'égide du

monopole des communes ; ce monopole se limite à présent uniquement à la gestion du réseau de distribution de gaz naturel. Autrement dit, il n'y a plus de distribution au sens de la définition de la loi gaz applicable en 1988 puisqu'elle exclut les « fournitures » ayant lieu en concurrence. La loi gaz a par ailleurs été adaptée pour rendre compte de cette évolution⁹⁷. La question se posait donc de savoir comment définir la notion de distribution publique de gaz au sens de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI : conformément aux travaux parlementaires qui s'inscrivent dans une logique économique qui n'existe plus ou conformément aux définitions post-libéralisation ?

34. La Cour constitutionnelle semble choisir la première option puisqu'elle renvoie aux travaux parlementaires, mais elle ne reprend que partiellement la définition mentionnée dans les travaux parlementaires et dans la loi gaz telle qu'en vigueur en 1988. La Cour considère que par distribution publique de gaz « il faut entendre [...] "l'activité ayant pour objet de fournir du gaz par la voie de canalisations, aux consommateurs établis sur le territoire d'une commune déterminée ou sur le territoire de plusieurs communes limitrophes qui ont conclu une convention en vue de la fourniture de gaz" (*Doc. parl.*, Chambre, S.E. 1988, n° 516/6, p. 144) »⁹⁸. Elle se rapproche ainsi de la définition donnée par la loi gaz applicable à l'époque, sans pour autant être équivalente⁹⁹. Elle continue son raisonnement en indiquant que :

« B.11.3. Dès lors qu'il est destiné à desservir des clients finals [...], un réseau fermé industriel relève de la distribution publique du gaz, visée par la loi spéciale du 8 août 1980, et non du "transport" de gaz sans fourniture, lequel continue à relever de la compétence de l'autorité fédérale [...].

Il peut certes être admis, comme le soutient le Conseil des ministres, que le "transport" du gaz n'exclut pas la fourniture à des clients finals déterminés et que cette activité ne fait pas du réseau de transport un réseau de distribution. Toutefois, à la différence du réseau de transport du gaz naturel, un réseau fermé industriel est, comme l'atteste sa définition, expressément

⁹³ Art. 1, c), de la loi gaz (version applicable du 17 juin 1965 au 24 octobre 2000). Les consommateurs énumérés à l'article 2 sont par exemple ceux qui prélèvent plus de 8.000 gigacalories par an.

⁹⁴ Voy. l'article 2, 7, de la directive gaz naturel, suivant lequel la fourniture consiste en « la vente, y compris la revente, à des clients de gaz naturel, y compris de GNL ».

⁹⁵ L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, op. cit., p. 156 ; T. VERMEIR, « Het energiebeleid », in B. SEUTIN et G. VAN HAEGEN-DOREN (dir.), *De bevoegdheden van de gewesten*, Brugge, die Keure, 2016, pp. 247-248.

⁹⁶ L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, op. cit., pp. 156-157.

⁹⁷ La loi gaz définit maintenant, et au moment de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, la distribution comme étant « l'activité ayant pour objet de fournir du gaz, par la voie de réseaux locaux de canalisations, à des clients établis sur le territoire d'une ou plusieurs communes déterminées, mais ne comprenant pas la fourniture », voy. l'article 1, 12°, de la loi gaz.

⁹⁸ C.C., 9 juillet 2013, n° 98/2013, B.11.2.

⁹⁹ Qui exclut la vente de gaz (la fourniture) de la notion de distribution. Voy. note 97.

destiné à desservir les clients finals. En outre, l'exercice de toute activité de distribution, au moyen de quelque réseau que ce soit, relève intégralement de la compétence exclusive des régions »¹⁰⁰.

35. Autrement dit, pour déterminer qui est compétent pour transposer le cadre juridique des réseaux fermés de distribution de gaz naturel, la Cour utilise la règle de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, suivant laquelle les régions sont compétentes pour la distribution publique de gaz et elle interprète largement la notion de « distribution ». En effet, la question s'est posée de savoir si, en ne reprenant pas l'exclusion des « fournitures » ayant lieu en concurrence, inscrite en 1988 dans la définition de distribution de la loi gaz, la Cour n'avait pas en réalité élargi le champ d'application de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, b), LSRI, au bénéfice de la compétence des régions, à l'ensemble des cas où du gaz naturel est livré à un consommateur, en ce compris lorsque les clients sont directement connectés au réseau de transport de gaz naturel. Cette incertitude a été soulignée par l'ancienne ministre flamande de l'Énergie qui a indiqué que « les implications de l'arrêt [98/2013] pour les activités de distribution exercées par le gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel (Fluxys) sont moins claires et nécessitent une analyse plus approfondie »¹⁰¹. Cette question n'ayant pas été tranchée, le doute subsiste toujours. Cet élargissement potentiel de la notion de distribution, comme comprenant également l'approvisionnement de clients finaux connectés au réseau de transport, est possible parce que la Cour s'éloigne, sans motivation apparente, de la définition donnée dans les travaux parlementaires en omettant le fait qu'à l'époque la loi gaz excluait de la notion de distribution toute une partie de la *fourniture* – c'est-à-dire de l'approvisionnement des clients – qui avait lieu en concurrence, donc en dehors du monopole des communes. Elle n'indique pas non plus que la notion de distribution était intimement liée à ce monopole des communes pour la gestion des flux *et* la vente de gaz naturel aux clients finaux, monopole qui, déjà en 2013, n'existe plus pour la vente de gaz naturel. En d'autres mots, au lieu d'expliquer le

changement de modèle économique et la nécessité d'une évolution de la notion de distribution de gaz au sens de la répartition des compétences qui en serait la conséquence, la Cour va, sans s'expliquer, s'affranchir d'une partie de la définition que le législateur spécial avait en tête.

36. Par ailleurs, la Cour adopte une approche fonctionnelle pour définir la distribution publique de gaz : l'activité de distribution renvoie selon la Cour à un objectif de desserte de gaz naturel à des clients finaux et « toute activité de distribution, au moyen de quelque réseau que ce soit, relève intégralement de la compétence exclusive des régions »¹⁰². À titre de comparaison, la directive gaz naturel adopte une approche qui renvoie plutôt à la dimension physique du réseau. Elle définit ainsi le transport comme « le transport de gaz naturel via un réseau principalement constitué de gazoducs à haute pression [...] mais ne comprenant pas la fourniture »¹⁰³ et la distribution comme « le transport de gaz naturel par l'intermédiaire de réseaux locaux ou régionaux de gazoducs aux fins de fourniture à des clients, mais ne comprenant pas la fourniture »¹⁰⁴. Outre qu'elle ne motive pas sa décision de s'éloigner de la définition donnée dans les travaux parlementaires, la Cour se pose donc également en décalage par rapport aux définitions de la directive gaz naturel qui utilisent comme approche la dimension physique du type de réseau (haute pression ou local) – et non l'activité – pour déterminer le caractère de distribution ou de transport.

37. La Cour s'écarte donc des travaux parlementaires sans pour autant s'aligner avec les définitions européennes, qui sont pourtant à l'origine des modifications du secteur énergétique, dont la libéralisation du marché intérieur de gaz naturel, modifications qui auraient pu justifier cet écart par rapport aux travaux parlementaires. Ainsi, la définition utilisée par la Cour constitutionnelle – et par la section de législation par la suite – se situe entre celle des travaux parlementaires et celle du droit européen de l'énergie, sans être conforme ni à l'une ni à l'autre.

38. Deuxièmement, après la composante « distribution », c'est la composante « gaz » qui a évolué afin d'intégrer la distribution d'hydrogène dans la distribution publique de gaz. Cette composante « gaz » évolue en ce sens que « la notion de "distribution publique de gaz" doit être interprétée

¹⁰⁰ C.C., 9 juillet 2013, n° 98/2013, B.11.3.

¹⁰¹ Voy. la réponse donnée à la question n° 629 de Robrecht Bothuyne du 24 juillet 2013, VI. Parl., 2012-2013 (traduction libre de : « [d]e gevolgen van het arrest [98/2013] voor de distributieactiviteiten die door de aardgasvervoersnetbeheerder (Fluxys) worden uitgeoefend zijn minder eenduidig en moeten verder worden geanalyseerd »).

¹⁰² C.C., 9 juillet 2013, n° 98/2013, B.11.3.

¹⁰³ Art. 2, 3, de la directive gaz naturel.

¹⁰⁴ Art. 2, 5, de la directive gaz naturel.

au sens large et n'est pas limitée au gaz naturel »¹⁰⁵. La section de législation souligne ainsi, dans son avis 71.998VR/3 du 12 octobre 2022, que l'hydrogène est un gaz, au sens de la loi gaz, tant dans sa version actuellement applicable que dans celle en vigueur lors de la troisième réforme de l'État¹⁰⁶, et que sa distribution ressortirait donc de la compétence des régions¹⁰⁷. Nous ne contestons aucunement que l'hydrogène constitue effectivement un gaz au sens de la loi gaz. Mais cette utilisation de la définition de la loi gaz se met, ici encore, en porte-à-faux par rapport aux considérations concurrentielles exclues de la définition de distribution de gaz à partir de 2013. La distribution de gaz renvoyait en effet au monopole des communes, à l'exclusion d'autres fournitures ayant lieu en concurrence, monopole qui n'existait qu'en matière de gaz naturel. Ainsi, si la loi gaz ne faisait pas de distinction entre le gaz et le gaz naturel, la réalité du monopole des communes en matière de distribution et de vente de gaz ne portait que sur le gaz naturel. La section de législation ne fait cependant pas référence à cette réalité dans l'avis 71.998/VR/3, de façon similaire à la Cour constitutionnelle dans l'arrêt 98/2013 lorsque cette dernière ne reprend pas les considérations concurrentielles dans sa définition de distribution de gaz. Ainsi, la démarche d'indiquer que l'hydrogène est un gaz au sens de la loi gaz applicable en 1988 et que sa potentielle distribution devrait ressortir de la compétence des régions n'est certes, en elle-même, pas fautive. Mais elle induit toutefois en erreur et étend le champ d'application de la notion de distribution de gaz, ici encore au bénéfice de la compétence des régions. En effet, à l'époque, la même loi liait la notion de distribution de gaz au monopole des communes qui n'existait qu'en matière de gaz naturel. La distribution de gaz ne s'envisageait dès lors qu'en matière de gaz naturel et non pour tous les gaz.

39. Troisièmement, l'adjectif « publique » utilisé à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, b), LSRI n'est tout simplement pas repris par la section de législation du Conseil d'État qui se réfère pourtant à cette disposition dans son avis 71.998/VR/3 pour justifier d'une compétence des régions. Ce caractère public de la distribution de gaz fait probablement référence au fait que ce sont les communes qui disposent du monopole sur la distribution et,

avant la libéralisation, sur la vente de gaz naturel. Ce monopole existe toujours en matière de distribution de gaz, au sens de la gestion du réseau de distribution, et la définition utilisée par la loi gaz renvoie toujours à ce caractère intrinsèquement communal et donc public de la distribution de gaz naturel¹⁰⁸. Néanmoins, cet adjectif n'est tout simplement pas repris par la section de législation qui considère, sans donner d'explication, que la distribution de gaz inclut la distribution d'hydrogène, alors que la distribution de gaz au sens de la loi spéciale est en principe publique et donc, en pratique, communale. Si elle avait appliqué ce critère de publicité, la section de législation aurait dû arriver à la conclusion qu'il n'existe pas de distribution d'hydrogène puisque, comme nous le soulignons *infra* (voy. n° 40), il n'existe pas de réseaux publics ou, *a fortiori*, communaux, d'hydrogène. La section de législation du Conseil d'État n'a néanmoins pas suivi ce raisonnement et s'est, sans motivation, dé faite de l'adjectif « publique ».

40. Prises ensemble, ces trois évolutions permettent à la section de législation du Conseil d'État d'étendre le champ d'application de la règle suivant laquelle les régions sont compétentes en matière de distribution publique de gaz jusqu'à y inclure la « distribution d'hydrogène »¹⁰⁹. Néanmoins, non seulement les raisons de ces trois développements ne sont pas suffisamment expliquées, mais en plus la conclusion à laquelle ils permettent d'arriver est en soi ambiguë puisque la notion de « distribution d'hydrogène » ne renvoie en fait à aucune réalité pratique. Autrement dit, il n'existe pas, à l'heure actuelle, de réseau d'hydrogène qualifié de réseau de distribution d'hydrogène. Par ailleurs, un tel réseau, non qualifié de réseau de distribution d'hydrogène mais ayant les mêmes caractéristiques qu'en matière de gaz naturel, c'est-à-dire un réseau largement développé – la majorité des foyers dispose d'un raccordement au gaz naturel – avec un caractère communal très ancré, n'existe pas non plus¹¹⁰. Il est bien envisagé d'injecter une fine quantité d'hydrogène dans le réseau de distribution de gaz naturel¹¹¹ mais ceci n'est, à ce stade, qu'une possibilité qui n'est pas encore mise en pratique dans les réseaux de

¹⁰⁵ S.L.C.E., avis 71.998/VR/3 du 12 octobre 2022, p. 20. Voy. égal. en ce sens S.L.C.E., avis 70.736/3 du 2 février 2022, p. 6.

¹⁰⁶ Cette version fut d'application du 17 juin 1965 au 24 octobre 2000.

¹⁰⁷ S.L.C.E., avis 71.998/VR/3 du 12 octobre 2022, p. 21.

¹⁰⁸ Voy. note 97 pour la définition de « distribution de gaz » au sens de la loi gaz.

¹⁰⁹ S.L.C.E., avis 71.998/VR/3 du 12 octobre 2022, p. 22.

¹¹⁰ Le seul réseau d'hydrogène qui existe est celui d'Air Liquide, mentionné à la note 17 de la présente contribution.

¹¹¹ On parle alors de *blending*.

distribution belges. En d'autres termes, la signification de la notion de « distribution publique de gaz »¹¹² a été distordue de plusieurs façons, sans réelle motivation, jusqu'à inclure une supposée « distribution d'hydrogène » alors que celle-ci ne correspond pas à la réalité, du moins pas de façon comparable à ce qui existe en matière de gaz naturel.

2. L'hydrogène, nouvelle source d'énergie ?

41. La deuxième notion qui subit un potentiel élargissement de son champ d'application dans le cadre des avis rendus en matière d'hydrogène, toujours au bénéfice de la compétence des régions, est celle de « nouvelle source d'énergie ». En effet, dans son avis 71.074/3 du 22 mars 2022, la section de législation s'est posé la question de savoir dans quelle mesure l'hydrogène climatiquement neutre constitue une nouvelle source d'énergie au sens de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, f), LSRI, qui ressortirait dès lors de la compétence des régions¹¹³.

42. Pour saisir l'origine de cette question, il est important de garder en tête que l'hydrogène ne se trouve que rarement à l'état naturel ; il est donc le plus souvent produit à partir d'une autre source qui, dans l'écrasante majorité des cas, sera une matière fossile¹¹⁴. Un processus thermochimique permet de séparer les molécules d'hydrogène de ces matières fossiles¹¹⁵. Ce procédé émet cependant des gaz à effet de serre, notamment du dioxyde de carbone (CO₂), qui sont rejetés dans l'atmosphère¹¹⁶. L'hydrogène produit est alors dit gris. Afin de limiter ces émissions, un procédé de capture de carbone peut permettre d'intercepter une partie du CO₂ émis en vue de le stocker ou de le réutiliser. Si un tel processus est appliqué à la suite de la production à partir de matières fossiles, l'hydrogène est dit « bleu »¹¹⁷. Enfin, il est possible de produire de l'hydrogène en séparant des molécules d'eau en des molécules d'hydrogène et d'oxygène par le biais d'un processus d'électrolyse qui utilise de

l'électricité¹¹⁸. Lorsque l'électricité utilisée pour cette électrolyse est issue de sources renouvelables, l'hydrogène est dit « vert »¹¹⁹. La couleur utilisée pour qualifier l'hydrogène renvoie donc au processus de production utilisé et donne des indices quant à la quantité de gaz à effet de serre émise à cette occasion. Ainsi, l'hydrogène vert et l'hydrogène bleu sont parfois désignés ensemble comme des formes d'hydrogène à bas carbone¹²⁰. La section de législation s'est donc demandé dans quelle mesure l'hydrogène vert et bleu constitue une nouvelle source d'énergie au sens de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI.

43. Elle ne répond cependant pas explicitement à cette question. Elle indique en effet qu'elle « ne dispose [...] pas des connaissances requises pour pouvoir trancher cette question »¹²¹. La section de législation mentionne néanmoins qu'il ressort de la définition, donnée par le gouvernement fédéral de l'hydrogène climatiquement neutre, qu'il s'agit plutôt « d'hydrogène produit à partir de sources d'énergie existantes (nouvelles ou non) (pour autant qu'elles n'entraînent pas d'émissions de gaz à effet de serre), plutôt qu'on puisse le considérer comme une “source nouvelle d'énergie” originelle »¹²². La section de législation fait ainsi écho à ce que nous venons d'expliquer, à savoir que l'hydrogène ne se trouve que très peu à l'état naturel et est donc produit à partir d'autres sources existantes.

44. Dans l'avis 71.074/3 du 22 mars 2022, la section de législation semble donc considérer que l'élément déterminant en ce qui concerne l'application de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, f), LSRI est de savoir si l'hydrogène est en soi une source d'énergie et non son caractère nouveau¹²³. Le fait qu'elle rappelle que l'hydrogène est plutôt produit à partir de sources d'énergie existantes et n'est donc pas une source originelle d'énergie semble indiquer qu'elle penche plutôt pour la solution suivant laquelle l'hydrogène n'est pas une source,

¹¹² Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 1^{er}, b), LSRI.

¹¹³ S.L.C.E., avis 71.074 du 22 mars 2022.

¹¹⁴ Voy. note 9 pour un détail des matières fossiles utilisées.

¹¹⁵ En pratique, le processus le plus utilisé est celui de réformage du méthane à la vapeur ou *steam methane reforming*. Voy. Z. ABDIN et al., « Hydrogen as an energy vector », *op. cit.*, p. 7 ; SPF Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie, *Le rôle des vecteurs énergétiques gazeux dans une Belgique climatiquement neutre*, *op. cit.*, p. 21.

¹¹⁶ A. PIEBALGS et al., *Cost-effective decarbonisation study*, Florence School of Regulation Energy & Climate, novembre 2020, p. 10, disponible sur <https://fsr.eui.eu/publications/?handle=1814/68977>.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Z. ABDIN et al., « Hydrogen as an energy vector », *op. cit.*, p. 10.

¹¹⁹ A. PIEBALGS et al., *Cost-effective decarbonisation study*, *op. cit.*, p. 10.

¹²⁰ Il existe encore d'autres couleurs d'hydrogène. Pour des raisons de simplicité, nous ne parlerons que d'hydrogène gris, bleu et vert dans le cadre de la présente contribution. Pour une revue systématique des autres couleurs, voy. C. CARELLA, « Hydrogen in the Energy Transition », *Florence School of Regulation*, 18 novembre 2020, disponible sur <https://fsr.eui.eu/hydrogen-in-the-energy-transition/>.

¹²¹ S.L.C.E., avis 71.074 du 22 mars 2022, p. 15.

¹²² *Ibid.* (notes de bas de page omises).

¹²³ C'est cependant sur ce second élément que portent généralement les discussions relatives à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, f), LSRI. Voy. à titre d'exemple L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, *op. cit.*, pp. 163-165.

a fortiori nouvelle, d'énergie au sens de la répartition des compétences en matière d'énergie. Cette position correspondrait également à la qualification technique de l'hydrogène non comme source d'énergie mais comme vecteur énergétique – c'est-à-dire comme substance permettant de faciliter le transport ou le stockage d'énergie en vue de l'utiliser à un autre moment ou endroit¹²⁴ – lorsqu'il est utilisé pour ses vertus énergétiques¹²⁵. Néanmoins, la section de législation n'a pas répondu à la question de savoir dans quelle mesure l'hydrogène climatiquement neutre constitue effectivement une (nouvelle) source d'énergie, estimant ne pas disposer des compétences techniques pour répondre à cette question. D'ailleurs, sans pour autant conclure à une incompétence, la section de législation du Conseil d'État demande tout de même au gouvernement fédéral de revoir le dispositif projeté dans la mesure où l'arrêté royal en projet viserait la promotion de « la production de nouvelles sources d'énergie »¹²⁶. Elle n'exclut donc pas que l'hydrogène puisse tout de même constituer une (nouvelle) source d'énergie au sens de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, relevant de la compétence des régions. Si la section de législation du Conseil d'État n'a pas été jusqu'à considérer que l'hydrogène climatiquement neutre constitue une (nouvelle) source d'énergie, elle laisse tout de même la porte ouverte à un tel élargissement de la notion de « nouvelle source d'énergie ».

*
* *

45. La section de législation du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle ont donc tendance à n'appliquer que les règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI – au détriment de leurs principes – même face à des nouveautés du secteur énergétique qui n'ont pas été envisagées au moment de la rédaction du texte de cette disposition. Face à de telles situations, elles interprètent largement ces règles afin d'en étendre le champ d'application. La règle suivant laquelle les régions sont compétentes pour la distribution publique de gaz va ainsi être étendue jusqu'à y inclure une distribution d'hydrogène. Ces différentes évolutions ne sont néanmoins pas motivées à suffisance et il est parfois

difficile de comprendre le raisonnement de la section de législation du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle. En particulier, il est difficile de se faire une idée du raisonnement que ces institutions pourraient tenir face à d'autres questions énergétiques non envisagées à l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, ce qui porte atteinte à la prévisibilité dans l'application de cette disposition, et donc à la sécurité juridique.

B. UN MANQUE DE COHÉRENCE DANS L'INTERPRÉTATION DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES EN MATIÈRE D'ÉNERGIE

46. Tout exercice interprétatif se caractérise par une certaine marge de manœuvre dans le chef de l'interprète, ce qui vaut également pour la Cour constitutionnelle et la section de législation du Conseil d'État lorsqu'elles résolvent les questions de compétence en matière d'énergie. Nous avons cependant souligné que ces dernières ne motivaient pas toute une série de choix¹²⁷ mais en outre, d'un cas à l'autre, elles vont parfois interpréter l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI de façon différente, voire contradictoire, ce qui nuit à la cohérence dans l'application de cette disposition. Cette tendance se distingue particulièrement lorsque la section de législation du Conseil d'État interprète, dans un cas, la compétence de l'autorité fédérale de façon restrictive et dans un autre, pas¹²⁸, sans motiver les raisons d'une telle différence d'interprétation ou donner des indications quant aux circonstances qui justifient le choix de l'une ou de l'autre. Cette différence d'interprétation pourrait par exemple être justifiée par le fait qu'une règle agirait comme réserve de compétence et devrait dès lors être interprétée de façon stricte, mais la Cour constitutionnelle et la section de législation du Conseil d'État vont rarement appliquer la répartition des compétences comme un système avec des principes et des exceptions,

¹²⁷ Ceci est par exemple le cas lorsque la Cour constitutionnelle s'éloigne de la définition de distribution de gaz donnée dans les travaux parlementaires, comme cela a été le cas dans son arrêt n° 98/2013 analysé *supra* (voy. n°s 32 et s.).

¹²⁸ Voy., à titre d'exemple, S.L.C.E., avis 72.294/3 du 13 octobre 2022, p. 21 (« À supposer que la condition inscrite dans la phrase introductive de cet alinéa 2 soit remplie, il est en effet encore requis qu'il s'agisse d'une des matières énumérées dans cet alinéa ») et S.L.C.E., avis 57.057/3 du 6 mars 2015, p. 12 (qui limite la compétence de l'autorité fédérale aux « grandes infrastructures de production d'énergie ») alors que, notamment dans S.L.C.E., avis 70.296/3 du 19 novembre 2021, p. 16, elle n'applique pas cette interprétation restrictive : « il convient de rappeler les compétences réservées à l'autorité fédérale en matière de transport d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est supérieure à 70 000 volts et pour les matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national, telles que [...] » (nous soulignons, notes de bas de pages omises).

¹²⁴ Z. ABDIN *et al.*, « Hydrogen as an energy vector », *op. cit.*, p. 2.

¹²⁵ Voy. *supra*, n° 5.

¹²⁶ S.L.C.E., avis 71.074 du 22 mars 2022, p. 16.

avec les conséquences en termes d'interprétation qui en résultent¹²⁹.

47. Une telle interprétation restrictive de la compétence fédérale est adoptée par la section de législation du Conseil d'État dans son avis 71.998/VR/3 qui porte sur l'avant-projet de loi hydrogène, concernant la compétence de l'autorité fédérale en matière de transport d'énergie¹³⁰. Cette interprétation restrictive de la compétence de l'autorité fédérale permet à la section de législation, par vase communicant, d'interpréter largement la compétence des régions en matière de distribution publique de gaz¹³¹. Dans cet avis, la section de législation du Conseil d'État estime en effet que la notion de transport d'hydrogène doit être restreinte parce que, selon elle, « la compétence fédérale précitée en matière de transport d'énergie ne s'applique en outre qu'aux “matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national” », ce qui impliquerait « que l'avant-projet doit contribuer d'une manière substantielle, ou à tout le moins significative, à l'approvisionnement du pays en énergie »¹³². De cette application restrictive de l'alinéa 2 de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, la section de législation du Conseil d'État déduit que seule « la connexion des “grandes” installations de production d'hydrogène », à savoir celles qui n'ont *pas* un impact marginal pour la sécurité d'approvisionnement, « peut relever de la définition de “transport d'hydrogène” »¹³³.

48. La section de législation utilise donc dans cet avis 71.998/VR/3 un principe de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, à savoir celui suivant lequel l'autorité fédérale est compétente pour les aspects nationaux de l'énergie pour limiter le champ d'application de la compétence de l'autorité fédérale établie sur la base d'une règle de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI. Dans les lignes qui suivront, nous tenterons d'expliquer l'origine de cette interprétation restrictive de la compétence de l'autorité fédérale en matière de transport – et de production – d'énergie et nous expliquerons pourquoi cette interprétation n'a, selon nous, pas lieu d'être. Nous soulignerons ensuite que la section de législation du Conseil d'État n'interprète pas toujours cette compétence de façon restrictive et que, dès lors que les circonstances menant à

une interprétation restrictive ou non ne sont pas explicitées, la jurisprudence du Conseil d'État ne nous apparaît pas cohérente.

49. Cette interprétation restrictive dans le cadre de l'avis 71.998/VR/3 du 12 octobre 2022 repose en réalité sur un *obiter dictum* de la Cour constitutionnelle dans un arrêt de 1995 qui indique que « les travaux préparatoires de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, c), précité (*Doc.*, Chambre, n° 516/6, S.E. 1988, pp. 143 à 145) font apparaître que le législateur spécial a conçu cette réserve de compétence pour permettre à l'État fédéral de continuer soit à prendre part à la gestion des entreprises et organismes actifs dans les secteurs concernés, soit à exercer un contrôle dans la production, le stockage et le transport d'énergie et à intervenir en la matière *dans l'intérêt de l'approvisionnement du pays en énergie* »¹³⁴. Cet *obiter dictum* a depuis été repris dans plusieurs arrêts de la Cour constitutionnelle¹³⁵ et est explicitement cité par la section de législation du Conseil d'État dans son avis 71.998/VR/3 lorsqu'elle décide d'interpréter de façon restrictive la compétence de l'autorité fédérale¹³⁶. La Cour constitutionnelle émet cependant ce commentaire non dans l'optique de limiter la compétence de l'autorité fédérale en matière de stockage, de transport et de production d'énergie mais afin de souligner que cette compétence ne retire rien à la compétence des régions pour d'autres matières, particulièrement concernant le domaine public comme les routes¹³⁷. Par ailleurs, une telle finalité de préservation de l'approvisionnement du pays en énergie dans la compétence de l'autorité fédérale en matière de stockage, de transport et de production ne ressort pas des travaux parlementaires mentionnés par la Cour constitutionnelle¹³⁸, ni, de manière générale, des documents parlementaires relatifs à la répartition des compétences en matière d'énergie.

50. Et pourtant, la section de législation du Conseil d'État utilise cet *obiter dictum* de la Cour constitutionnelle pour en déduire une

¹²⁹ Voy. *supra*, n° 11.

¹³⁰ Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 2, c), LSRI.

¹³¹ S.L.C.E., avis 71.074 du 22 mars 2022, p. 21.

¹³² S.L.C.E., avis 71.998/VR/3 du 12 octobre 2022, p. 22.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ C.C., 12 juillet 1995, n° 57/95, B.14.2 (nous soulignons).

¹³⁵ Voy. C.C., 17 septembre 2009, n° 144/2009, B.10.2. et C.C., 21 janvier 2016, n° 8/2016, B.25.

¹³⁶ S.L.C.E., avis 71.998/VR/3 du 12 octobre 2022, p. 19. Notons que la section de législation renvoie vers un arrêt de la Cour constitutionnelle ultérieur mais que cet *obiter dictum* apparaît pour la première fois dans l'arrêt de 1995 susmentionné.

¹³⁷ Art. 6, § 1^{er}, X, LSRI. Voy. C.C., 17 septembre 2009, n° 144/2009, B.13. et C.C., 21 janvier 2016, n° 8/2016, B.27.1

¹³⁸ Il s'agit en réalité de discussions en commission lors de la troisième réforme de l'État et durant lesquelles, le ministre des Réformes institutionnelles donne plus d'informations quant à ce que comprennent les exemples de compétence régionale et fédérale en matière d'énergie.

interprétation restrictive de la compétence de l'autorité fédérale en matière de stockage, de transport et de production d'énergie, celle-ci ne pouvant être exercée, selon la section de législation, que pour contribuer de façon substantielle à l'approvisionnement du pays en énergie. Ceci pose deux difficultés qui démontrent le caractère problématique de cette interprétation.

51. Tout d'abord, la section de législation ne renvoie pas aux travaux parlementaires cités par la Cour constitutionnelle mais à une évaluation du fonctionnement des structures fédérales réalisée par une commission du Sénat en 1999¹³⁹, c'est-à-dire *après* le premier arrêt de la Cour constitutionnelle mentionnant ledit *obiter dictum*. Dans les pages citées, les membres de la commission discutent d'une proposition de la Communauté flamande de modification de la répartition des compétences en matière d'énergie. Si ces discussions mentionnent effectivement que l'autorité fédérale doit garantir la sécurité d'approvisionnement en énergie du pays, il ne s'agit que de discussions en commission et non de travaux préalables à une réforme de l'État. En outre, ces discussions n'indiquent aucunement que la compétence de l'autorité fédérale devrait d'une quelconque façon être limitée à une intervention significative pour la sécurité d'approvisionnement.

52. Deuxièmement, la section de législation du Conseil d'État semble, par le biais de cette interprétation restrictive, vouloir imposer un critère de taille ou de grandeur pour justifier de la compétence de l'autorité fédérale en matière de transport d'énergie et, potentiellement, de production, puisqu'elle parle de « "grandes" installations de production d'hydrogène »¹⁴⁰. La limite de taille contenue à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, c), LSRI, ne porte cependant que sur le stockage, ce dernier indiquant que l'autorité fédérale est compétente pour « les grandes infrastructures de stockage ; le transport et la production de l'énergie »¹⁴¹. Ceci ressort des travaux parlementaires de la troisième réforme de l'État¹⁴² et a été explicitement confirmé par la Cour constitutionnelle : « [s]'agissant du transport d'énergie, la loi spéciale n'établit aucune distinction selon la taille des infrastructures, comme elle le fait pour le

stockage d'énergie »¹⁴³. Dans la continuité de cette jurisprudence, la section de législation elle-même avait indiqué, en 2011, qu'il serait contraire aux enseignements de cet arrêt d'établir une distinction en fonction de la taille des infrastructures de transport pour établir la compétence en matière de transport d'énergie¹⁴⁴. L'imposition d'un critère de taille ou de grande dimension pour justifier la compétence de l'autorité fédérale n'est donc pas conforme au libellé de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, c), LSRI.

53. Ni la jurisprudence de la Cour constitutionnelle invoquée ni le texte de la répartition des compétences en matière d'énergie ne justifient cette interprétation restrictive de la section de législation dans l'avis 71.998/VR/3 du 12 octobre 2022. Ce choix interprétatif de la section de législation n'apparaît donc pas dûment motivé. Par ailleurs, il mène à une incohérence dans la mise en œuvre de la répartition des compétences en matière d'énergie puisque la section de législation avait rejeté cette interprétation restrictive et la possibilité d'imposer un critère de taille en matière de transport – et dès lors de production – d'énergie¹⁴⁵, alors que dans son avis 71.998/VR/3, elle indique que « seule l'activité visant la connexion de "grandes" installations de production d'hydrogène peut relever de la notion de "transport d'hydrogène" »¹⁴⁶. Il y a donc une opposition et, en conséquence, un manque de cohérence, entre ces deux applications de la règle de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI suivant laquelle l'autorité fédérale est compétente pour le transport et la production d'énergie.

III. VERS UNE APPROCHE HOLISTIQUE DE L'ARTICLE 6, § 1^{er}, VII, LSRI

54. Afin d'éviter les écueils de manque de cohérence et de manque de prévisibilité identifiés dans la partie précédente, nous défendons, dans le cadre de la présente contribution, une approche holistique dans l'interprétation de la répartition des compétences en matière d'énergie, c'est-à-dire une approche qui tient compte à la fois des règles et des principes de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI. Nous estimons en effet que lorsque l'application des règles n'est pas satisfaisante, il est utile de

¹³⁹ Voy. S.L.C.E., avis 71.998/VR/3 du 12 octobre 2022, p. 19 qui renvoie à *Doc. parl.*, Sén., 1998-1999, n° 1333/1, pp. 223-225.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 22.

¹⁴¹ Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 2, c), LSRI.

¹⁴² *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 1988, n° 516/6, pp. 144-145. Dans ces discussions le ministre des Réformes institutionnelles donne successivement des exemples de « grandes infrastructures de stockage », de « transport » et de « production de l'énergie », en n'appliquant le critère de taille que pour le stockage.

¹⁴³ C.C., 26 janvier 2005, n° 21/2005, B.4.

¹⁴⁴ Voy. S.L.C.E., avis n° 49.272/3 du 15 mars 2011, p. 6.

¹⁴⁵ *Ibid.* Voy. égal. S.L.C.E., avis 70.296/3 du 19 novembre 2021, p. 16, extrait cité à la note 128 de la présente contribution.

¹⁴⁶ S.L.C.E., avis 71.998/VR/3 du 12 octobre 2022, p. 22. Notons également S.L.C.E., avis 57.057/3 du 6 mars 2015, p. 12 et S.L.C.E., avis 72.294/3 du 13 octobre 2022, p. 21, extraits cités à la note 128 de la présente contribution.

se tourner vers les principes qui expriment les justifications sous-jacentes de la répartition des compétences en matière d'énergie, à savoir que les régions sont compétentes pour les aspects régionaux de l'énergie et l'autorité fédérale, pour les aspects nationaux. Dans cette troisième partie, nous tâcherons de présenter cette approche holistique et d'expliquer en quoi elle permet, selon nous, de surmonter les difficultés que pose l'interprétation actuelle telles qu'elles ont été identifiées dans la partie II de cette contribution.

55. Dans cette partie, nous présenterons d'abord la raison d'être et les avantages de cette approche holistique (A). Par ailleurs, notre proposition d'approche holistique implique, dans certains cas, de recourir aux principes de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI et donc de déterminer dans quelle mesure une question énergétique ressort des aspects régionaux ou nationaux de l'énergie, et le cas échéant, quels aspects prévalent¹⁴⁷. Comme l'interprétation de la répartition des compétences en matière d'énergie se focalise généralement sur les règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, il existe peu d'exemples d'application des principes de cette disposition dans la jurisprudence du Conseil d'État et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, et donc de lignes directrices quant au raisonnement permettant de déterminer qu'une question énergétique ressort des aspects régionaux plutôt que nationaux, ou vice versa, de l'énergie. Nous présenterons donc ensuite une série de pistes de réflexion concernant l'opérationnalisation des principes de la répartition des compétences en matière d'énergie (B). Enfin, nous terminerons cette partie par une mise en application de notre proposition d'approche holistique au cas d'étude de l'hydrogène (C). Une telle application permettra de mettre en évidence la façon dont, concrètement, l'interprétation proposée pourrait se déployer.

A. LES AVANTAGES D'UNE APPROCHE HOLISTIQUE DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES EN MATIÈRE D'ÉNERGIE

56. Les règles étant plus spécifiques et permettant en principe d'arriver à un résultat plus

prévisible¹⁴⁸, il est logique et conforme à la volonté du législateur spécial de commencer par appliquer les règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI. Cependant, l'essence d'une règle est de ne trouver à s'appliquer qu'en présence des « faits déclencheurs » établis par celle-ci¹⁴⁹. S'agissant de la répartition des compétences en matière d'énergie, les règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI ont cependant été interprétées de façon extensive, afin d'y inclure des situations non originellement envisagées, comme la distribution d'hydrogène. Cet élargissement du champ d'application des règles face à des nouveautés du secteur énergétique altère néanmoins la signification des notions utilisées par le législateur spécial et, dès lors que ces modifications ne sont pas motivées, génère des incohérences et un manque de prévisibilité, ainsi que démontré dans la deuxième partie de la présente contribution. L'approche holistique de la répartition des compétences en matière d'énergie que nous proposons sort de cette application exclusive des règles pour également donner une place aux principes de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI. Ainsi, lorsqu'une nouvelle situation ne peut entrer dans le champ d'une règle de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI sans générer les difficultés analysées dans le cadre de la présente contribution, une approche holistique dans l'interprétation de cette disposition permet de recourir aux principes de cette disposition. Cette démarche offre deux avantages.

57. Tout d'abord, l'approche holistique de la répartition des compétences en matière d'énergie est plus conforme au texte de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI que celle par le biais de l'analyse des règles de cette disposition. En effet, l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI a ainsi été conçu qu'il est composé de deux principes, qui sont mis en application par une série de règles. Ces règles n'ont cependant pas pour objectif d'être des listes exhaustives des cas d'application de ces principes¹⁵⁰. Ceci ressort, d'une part, de l'utilisation de l'expression « en tout cas » qui précède la liste des aspects régionaux de l'énergie¹⁵¹ et, d'autre part, de la compétence résiduelle de l'autorité fédérale pour les aspects non régionaux de l'énergie¹⁵². L'approche holistique de

¹⁴⁷ Voy. en ce sens S.L.C.E., avis 49.272/3 du 15 mars 2011, pp. 5-6:

« *het is immers slechts wanneer een aangelegenheid noch onder de opsomming opgenomen in het eerste lid van artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 Augustus 1980 kan worden begrepen, noch onder de opsomming opgenomen in het tweede lid van die bepaling, dat moet worden uitgemaakt of het nationale dan wel het gewestelijke aspect primeert* » (nous soulignons). Notre contribution s'inscrit donc dans le cadre du principe de l'exclusivité des compétences traditionnellement admis en Belgique.

¹⁴⁸ Voy. *supra*, n° 16.

¹⁴⁹ K.M. SULLIVAN, « Foreword: the justices of rules and standards », *op. cit.*, p. 58 qui indique que « [a] legal directive is "rule"-like when it binds a decisionmaker to respond in a determinate way to the presence of delimited triggering facts ».

¹⁵⁰ Pour rappel, nous parlons ici de l'exhaustivité des listes par rapport au principe. Voy. note 76 pour plus de détails.

¹⁵¹ Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 1^{er}, LSRI.

¹⁵² *Doc. parl.*, Ch. sess. extr., 1988, n° 515/1, pp. 12-13.

la répartition des compétences en matière d'énergie donne donc du contenu à l'ensemble du texte de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI et pas seulement aux exemples qui y sont énoncés.

58. Deuxièmement, l'approche holistique de la répartition des compétences en matière d'énergie est plus à même de résister à l'épreuve des évolutions techniques et économiques du secteur énergétique. En effet, nous avons démontré que lorsque les règles sont appliquées à des situations auxquelles elles n'ont normalement pas pour ambition de s'appliquer, certains écueils apparaissent. Les principes sont cependant par nature plus à même à s'adapter aux évolutions et à des circonstances changeantes¹⁵³. L'approche holistique de la répartition des compétences permet donc d'avoir recours à ces principes, naturellement plus flexibles, lorsque les règles ne conviennent pas.

59. Certes, cette interprétation renouvelée de la répartition des compétences en matière d'énergie que nous proposons peut ne pas être une tâche aisée, particulièrement en ce qui concerne l'application des principes. Elle pourrait également être source d'incertitude, les principes étant naturellement moins spécifiques que les règles, de sorte que les problèmes identifiés dans la façon dont l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI est actuellement interprété, ne seraient guère résolus. Pour répondre à cette crainte, nous proposons dans la suite de cette contribution une série de lignes directrices dans la mise en œuvre de l'approche holistique de la répartition des compétences en matière d'énergie qui limitent les risques d'imprévisibilité et d'incohérence.

60. Dans ces conditions, une approche holistique de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI qui tient compte de ses règles, mais également de ses principes lorsque les règles ne trouvent pas à s'appliquer, a le mérite d'être plus conforme au texte établi par le législateur spécial, et de mieux s'adapter aux évolutions techniques et économiques qui abondent particulièrement dans le secteur de l'énergie.

B. OPÉRATIONNALISATION DE L'APPLICATION DES PRINCIPES DE L'ARTICLE 6, § 1^{er}, VII, LSRI

61. Déterminer dans quelle mesure une question énergétique ressort plutôt des aspects nationaux ou régionaux de l'énergie n'est pas chose

aisée¹⁵⁴. En effet, même si ces principes sont souvent rappelés dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle¹⁵⁵ et la légisprudence du Conseil d'État¹⁵⁶, leur application explicite est rare¹⁵⁷ et peu se sont tentés à en définir les contours¹⁵⁸. Notre objectif n'est donc ici pas de proposer une théorie clé sur porte pour l'identification et la mise en balance des aspects régionaux et nationaux de l'énergie. Nous nous limitons à proposer des pistes de réflexion permettant, face à une question énergétique nouvelle, de mettre en lumière ses caractéristiques régionales ou nationales.

62. Un premier moyen de déterminer le caractère régional ou national d'une question énergétique est de vérifier dans quelle mesure cette question se rattache à des éléments techniques et économiques existants et d'analyser si ces éléments existants présentent un caractère local ou non. En effet, l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 2, LSRI prévoit qu'une matière est nationale dès lors qu'elle se caractérise par une indivisibilité technique et économique qui requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national. Considérons plusieurs exemples où un lien avec des facteurs techniques et économiques existants est possible. Le premier exemple que nous envisagerons est celui de la flexibilité de la demande en électricité. La flexibilité de la demande est la modification, par un client final, de sa charge d'électricité prélevée du réseau par rapport à ses habitudes de consommation, en réponse à des signaux externes¹⁵⁹. Cette flexibilité peut prendre différentes formes et peut, dans certains cas, être vendue sur les marchés de gros de l'électricité. Sans entrer dans les détails, ces marchés sont organisés à l'échelle nationale, voire européenne. Par ailleurs, la compétence de l'autorité fédérale pour ces marchés de gros

¹⁵⁴ L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, op. cit., p. 137.

¹⁵⁵ Voy. par exemple : C.C., 14 janvier 2021, n° 5/2021, B.9.4 ; C.C., 21 janvier 2016, n° 8/2016, B.25 ; C.C., 17 septembre 2009, n° 144/2009, B.10.1 ; C.C., 26 janvier 2005, n° 21/2005, B.4.

¹⁵⁶ Voy. par exemple : S.L.C.E., avis 72.294/3 du 13 octobre 2022, p. 21 ; S.L.C.E., avis 71.206/3 du 24 mars 2022, p. 12 ; S.L.C.E., avis 70.296/3 du 19 novembre 2021, p. 16.

¹⁵⁷ Voy. à titre d'exemple : S.L.C.E., avis 68.494/3 du 22 janvier 2021, p. 5 : « Voor zover de regeling van de flexibiliteits- en aggregatiediensten, de energiegemeenschappen en het energiedelen, al niet zou kunnen worden beschouwd als deel uitmakend van de distributie en het plaatselijk vervoer van elektriciteit, kan het in ieder geval worden gerekend tot "de gewestelijke aspecten van de energie" (artikel 6, § 1, VII, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 Augustus 1980) » ; S.L.C.E., avis 49.272/3 du 15 mars 2011, pp. 5-6, extrait cité à la note 147 de la présente contribution ; C.C., 10 novembre 2011, n° 168/2011, B.12.

¹⁵⁸ Voy. à notre connaissance la seule tentative, L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, op. cit., p. 147.

¹⁵⁹ Voy. l'article 2, 20), de la directive 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE (refonte).

¹⁵³ E. CLOOTS, *National identity in EU law*, op. cit., p. 206 ; K.M. SULLIVAN, « Foreword: the justices of rules and standards », op. cit., p. 66.

a été confirmée à plusieurs reprises¹⁶⁰. Ainsi, la flexibilité de la demande en électricité, dans la mesure où elle est valorisée sur les marchés de gros de l'électricité, présente un lien d'indivisibilité économique avec un élément national – voire européen – de l'énergie : les marchés de gros de l'électricité. La compétence de l'autorité fédérale pour la flexibilité de la demande vendue sur les marchés nationaux ou européens de l'électricité peut donc être défendue sur la base du fait qu'il s'agit d'un aspect national de l'énergie¹⁶¹.

63. Le deuxième exemple que nous utiliserons est celui de la communauté d'énergie renouvelable. Les communautés d'énergie renouvelable sont des entités juridiques visant à rassembler des personnes physiques, PME ou autorités locales, autour de projets portant sur des énergies renouvelables et visant à fournir des avantages environnementaux, économiques ou sociaux à leurs membres¹⁶². Ces communautés d'énergie renouvelable ne peuvent être contrôlées que par des membres qui se trouvent à proximité des projets renouvelables¹⁶³. Cette condition souligne le caractère intrinsèquement local des communautés d'énergie renouvelable¹⁶⁴. Les membres des communautés d'énergie renouvelable sont par ailleurs principalement des personnes physiques et des PME majoritairement raccordées au réseau de distribution d'électricité. Ainsi, les communautés d'énergie renouvelable se caractérisent par un critère de proximité et sont liées au réseau de distribution qui est plutôt local¹⁶⁵. Ces éléments constituent des indices d'une caractérisation des communautés d'énergie renouvelable comme un aspect régional de l'énergie, qui ressort dès lors de la compétence des régions¹⁶⁶. Il est important

de souligner que notre raisonnement ne repose pas sur la compétence des régions pour la distribution d'électricité – une règle de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI – mais bien sur le principe suivant lequel les régions sont compétentes pour les aspects régionaux de l'énergie. Il serait possible d'arriver au même résultat en interprétant largement la notion de distribution d'électricité comme incluant les communautés d'énergie renouvelable. Nous rejetons cependant l'application des règles et leur interprétation extensive qui s'ensuit là où elles n'ont pas vocation à s'appliquer, parce qu'elle ouvre la porte à une série d'écueils longuement analysés dans la partie précédente.

64. Enfin, concernant les réseaux fermés de distribution et l'arrêt n° 98/2013 de la Cour constitutionnelle analysé *supra* (voy. n° 34), il est également possible de reconnaître un caractère plutôt local ou régional à ces réseaux sur la base de la définition européenne. Suivant la directive gaz naturel, les réseaux fermés de distribution de gaz naturel renvoient à des sites géographiquement limités¹⁶⁷. Le caractère local ou régional est donc intrinsèque à la notion même de réseau fermé de distribution de gaz naturel. Ceci constitue un indice du caractère régional de cette question énergétique. Là où la Cour constitutionnelle a défini la notion de distribution en s'éloignant, sans justification, de la définition donnée dans les travaux parlementaires, afin d'y intégrer la notion de réseau fermé de distribution, elle aurait pu établir la compétence des régions sur la base de leur compétence pour les aspects régionaux de l'énergie, auxquels les réseaux fermés de distribution de gaz naturel peuvent être rattachés. Ceci aurait permis d'éviter cette définition et les différentes questions qu'elle suscite.

65. Il n'est cependant pas toujours possible de faire un lien avec des éléments techniques ou économiques existants afin de déterminer dans quelle mesure une question énergétique ressort plutôt des aspects régionaux ou nationaux de l'énergie. Dans une telle situation, un recours à la littérature économique en matière de décentralisation peut offrir une série de critères additionnels. En effet, cette littérature développe des critères permettant de déterminer pour une situation donnée si une (dé)centralisation de la compétence réglementaire est opportune du point de vue de son efficacité

¹⁶⁰ S.L.C.E., avis 55.402/3 du 19 mars 2014 ; C.C., 5 décembre 2006, n° 193/2006, B.28.1.

¹⁶¹ Voy. W. VANDORPE et R. CALLAERTS, « Flexibiliteit en demand side management juridisch bekeken. *Ex umbra in solem?* », in K. DEKETELEAERE et B. DELVAUX (dir.), *Jaarboek Energierecht 2016*, Bruxelles, Intersentia, 2017, p. 233. Ces auteurs n'utilisent pas – du moins pas explicitement – le raisonnement du rattachement avec un élément technique et économique existant, mais indiquent néanmoins que l'autorité fédérale est compétente pour la flexibilité de la demande en électricité dans la mesure où celle-ci est vendue sur les marchés réglementés au niveau national.

¹⁶² Art. 2, 16), de la directive 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (refonte) (ci-après la « directive sur les énergies renouvelables »).

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Voy. égal. les considérants 70 et 71 de la directive sur les énergies renouvelables.

¹⁶⁵ Voy. à cet égard la définition de distribution de gaz au sens de la directive gaz naturel, citée *supra*, n° 36.

¹⁶⁶ S.L.C.E., avis 68.494/3 du 22 janvier 2021, p. 5 : « *Voor zover de regeling van de flexibiliteits- en aggregatiediensten, de energiegemeenschappen en het energiedelen, al niet zou kunnen worden beschouwd als deel uitmakend van de distributie en het plaatselijk vervoer van elektriciteit, kan het in*

ieder geval worden gerekend tot “de gewestelijke aspecten van de energie” (artikel 6, § 1, VII, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 Augustus 1980) ».

¹⁶⁷ Voy. l'article 28.1 de la directive gaz naturel cité à la note 89 de la présente contribution.

économique¹⁶⁸. Certes, une telle approche prend pour point de départ l'idée selon laquelle ce sont des critères d'efficacité qui doivent guider les questions de répartition des compétences, ce qui peut être discuté¹⁶⁹. Il n'en reste pas moins que ces travaux permettent d'identifier des critères, à savoir la présence d'externalités et celle d'économies d'échelle, critères qui, appliqués au fédéralisme belge et à la répartition des compétences en matière d'énergie peuvent orienter la question de savoir dans quelle mesure une matière énergétique est plutôt régionale ou nationale et ressortirait dès lors plutôt, en application des principes de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, de la compétence respectivement des régions ou de l'autorité fédérale.

66. La question de savoir dans quelle mesure un problème pour lequel une réglementation est envisagée, présente des externalités négatives ou positives, est probablement un des critères les plus récurrents dans la littérature. Ainsi, si les conséquences positives ou négatives de la réglementation ou de la problématique en cause s'étendent au-delà du territoire géographique au sein duquel la réglementation s'applique¹⁷⁰ – le territoire d'une région en l'occurrence –, il y a un argument pour privilégier une réglementation à l'échelon géographiquement supérieur – à savoir l'autorité fédérale belge. Un tel argument lié aux externalités d'une mesure a récemment été envisagé – mais pas utilisé – dans l'avis 72.294/3 de la section de législation du Conseil d'État¹⁷¹. Cet avis porte sur un projet d'arrêté royal portant la création d'un mécanisme de garantie de l'État pour certains crédits contractés par les fournisseurs et intermédiaires de gaz naturel et d'électricité à la suite de la crise énergétique¹⁷². La section de législation y fait référence à un avis

de l'inspecteur des finances accrédité auprès du SPF Finances qui indique, comme argument justifiant l'indivisibilité économique et technique de la matière envisagée, que :

« Les fournisseurs et les intermédiaires opèrent dans la majorité des cas au niveau national. Ils constituent alors une seule et même société opérant dans les différentes régions. Si une garantie était accordée par une région, elle bénéficierait *de facto* à l'ensemble de l'entreprise »¹⁷³.

Autrement dit et sans entrer dans les détails de l'aide envisagée par l'autorité fédérale, si une région accordait cette aide, les conséquences positives de cette aide s'étendraient à l'ensemble du territoire belge puisque c'est sur ce territoire que les fournisseurs sont actifs. Les autres régions n'auraient donc pas à fournir cette aide puisque l'intervention d'une région suffit. En d'autres mots, une telle aide, si elle devait être accordée à l'échelon régional, aurait des externalités positives dans les autres régions. D'un point de vue économique, il est établi que lorsqu'une telle externalité existe, les gouvernements locaux sont incités à ne pas agir et à attendre qu'un autre gouvernement adopte la mesure et supporte ainsi les frais y afférents¹⁷⁴. Il en résulte un risque qu'aucun gouvernement local n'adopte cette mesure aux externalités positives¹⁷⁵. Ainsi, dans le cas de l'aide aux fournisseurs, il existe un argument pour justifier une intervention de l'autorité fédérale, et ce pour s'assurer que l'aide soit effectivement fournie aux fournisseurs d'énergie. L'aide envisagée pourrait donc constituer un aspect national de l'énergie en raison de l'impact nécessairement national de la mesure. La section de législation n'a cependant pas suivi ce raisonnement et a estimé, dans la continuité de son interprétation actuelle de la répartition des compétences en matière d'énergie mettant l'accent sur les règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI que « le soutien financier apporté aux fournisseurs actifs sur le réseau de distribution afin d'éviter que des problèmes de liquidité ne compromettent la fourniture d'énergie aux clients finaux est une mesure qui relève en grande partie de la

¹⁶⁸ Nous faisons ici référence aux divers écrits existants en matière de *fiscal federalism*. Voy. W.E. OATES, *Fiscal federalism*, New York, Harcourt Brace Jovanich, 1972 qui est le texte à l'origine de cette branche de l'économie publique. Pour une synthèse de l'évolution de cette littérature, voy. : W.E. OATES, « Toward A Second-Generation Theory of Fiscal Federalism », *International Tax and Public Finance*, août 2005, vol. 12, n° 4, pp. 349-373 ; W.E. OATES, « On The Evolution of Fiscal Federalism: Theory and Institutions », *National Tax Journal*, juin 2008, vol. 61, n° 2, pp. 313-334. Pour une utilisation récente de cette théorie dans une recherche juridique, voy. J. VAN ZEBEN, *Competence allocation and regulatory functioning: a study of the European Union emissions trading scheme*, Amsterdam, Amsterdam Center for Law & Economics, 2012.

¹⁶⁹ Rappelons néanmoins, comme indiqué à la note 20 de la présente contribution, que nous ne disposons que de peu d'indications quant aux motifs qui ont guidé l'établissement de la répartition des compétences en matière d'énergie.

¹⁷⁰ J. VAN ZEBEN, *Competence allocation and regulatory functioning: a study of the European Union emissions trading scheme*, op. cit., p. 60.

¹⁷¹ S.L.C.E., avis 72.294/3 du 13 octobre 2022.

¹⁷² Finalement adopté le 26 octobre 2022, *M.B.*, 31 octobre 2022.

¹⁷³ S.L.C.E., avis 72.294/3 du 13 octobre 2022, p. 16, traduction libre de : « leveranciers en tussenpersonen zijn in de meerderheid der gevallen op nationaal vlak actief. Het betreft dan één vennootschap die actief is in de verschillende regio's. Als er een garantie zou worden gegeven door een regio, zou deze de facto de hele vennootschap ten goede komen ».

¹⁷⁴ Voy. par exemple, J. GRUBER, *Public finance and public policy*, New York, Worth Publishers, 2013, p. 275.

¹⁷⁵ On parle alors de « sous-provision » (« *underprovision* »), *ibid.*

compétence des régions et qui, dans un certain sens, constitue même le reflet de la protection de clients financièrement vulnérables en vue de garantir une fourniture énergétique minimale »¹⁷⁶. Ce raisonnement s'inscrit dans la tendance identifiée dans le cadre de la présente contribution d'une utilisation presque exclusive des règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI même s'il faut largement les interpréter et étendre leur champ d'application. En l'occurrence, il nous semble que l'interprétation suivant laquelle la compétence des régions pour la distribution d'électricité inclut la possibilité de donner une aide aux fournisseurs telle que celle envisagée par le gouvernement fédéral, au motif que cette aide serait « le reflet de la protection de clients financièrement vulnérables »¹⁷⁷ est très – trop – extensive, d'autant plus que la section de législation ne motive, selon nous, pas suffisamment cette interprétation de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI. Autrement dit, l'interprétation faite par la section de législation dans cet avis 72.294/3 se heurte à la critique de manque de prévisibilité que nous émettons dans cette contribution et n'est dès lors pas satisfaisante.

67. Le deuxième critère avancé par la littérature économique pour identifier les situations où une (dé)centralisation de la compétence réglementaire est appropriée est celui des économies d'échelle. Les économies d'échelle auxquelles une prise de décision à un niveau réglementaire plus haut peut mener, peuvent prendre plusieurs formes. À titre d'exemple, si des investissements à grande échelle ou un haut niveau d'expertise sont nécessaires, alors une prise de décision à un niveau réglementaire plus élevé – comme le niveau fédéral belge par rapport au niveau régional – permet de limiter le coût informationnel lié à la réglementation¹⁷⁸.

68. Il est évident que ces critères de rattachement à un élément technique ou économique existant ou d'externalités et d'économie d'échelle ne constituent que des exemples de la façon de déterminer le caractère plutôt régional ou national d'une question énergétique ; ces critères ne peuvent être appliqués aveuglément. Ils offrent cependant des indications quant à la nécessité d'une (dé)centralisation même s'ils demandent également à être appliqués en tenant

compte des spécificités de la problématique en cause¹⁷⁹.

C. MISE EN APPLICATION DE L'APPROCHE HOLISTIQUE DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES EN MATIÈRE D'ÉNERGIE AU CAS DE L'HYDROGÈNE

69. Pour rappel, la section de législation du Conseil d'État s'est positionnée sur la compétence en matière d'hydrogène en indiquant que les régions sont compétentes premièrement pour l'hydrogène climatiquement neutre, « du moins dans la mesure où les projets concernant l'hydrogène climatiquement neutre s'inscriraient effectivement dans [la compétence régionale en matière de “sources nouvelles d'énergie”] »¹⁸⁰, ce qu'elle n'établit pas, estimant ne pas disposer des compétences techniques nécessaires, et deuxièmement pour la distribution d'hydrogène¹⁸¹ et que l'autorité fédérale est compétente pour le transport d'hydrogène du moins dans la mesure où elle n'empiète pas sur les compétences régionales en la matière¹⁸². La section de législation s'inscrit ici dans la tendance identifiée dans le cadre de la présente contribution d'une interprétation de la répartition des compétences en matière d'énergie qui se concentre uniquement sur les règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI même si cela implique de devoir en distordre le champ d'application, et d'en arriver à une application parfois incohérente et imprévisible de cette disposition, comme lorsqu'elle décide d'interpréter de façon restrictive la compétence de l'autorité fédérale en matière de transport d'énergie.

70. Nous allons maintenant mettre en application notre proposition d'approche holistique de la répartition des compétences en matière d'énergie à ce même cas de l'hydrogène en vue de montrer en quoi l'interprétation que nous proposons nous paraît plus satisfaisante que celle développée jusqu'ici par la section de législation du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle. Selon notre modèle interprétatif, il convient tout d'abord de vérifier si une ou plusieurs règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI trouve à s'appliquer, sans qu'il y ait besoin de trop largement les interpréter. Ces règles pourraient par ailleurs trouver à s'appliquer en tant que telles ou en tant que réserves de

¹⁷⁶ S.L.C.E., avis 72.294/3 du 13 octobre 2022, p. 22.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ J. VAN ZEBEN, *Competence allocation and regulatory functioning: a study of the European Union emissions trading scheme*, op. cit., p. 43.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 45 : « The theoretically optimal allocation of powers cannot be given at the hand of these principles without specific regard to the circumstances under which (de)centralization occurs – particularly with respect to the type of regulatory problem at hand ».

¹⁸⁰ S.L.C.E., avis 71.074 du 22 mars 2022, p. 15.

¹⁸¹ S.L.C.E., avis 71.998/VR/3 du 12 octobre 2022, p. 21.

¹⁸² *Ibid.*, p. 20.

compétence¹⁸³. Si aucune règle ne trouve à s'appliquer, il y aura lieu de se référer aux principes de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI.

71. Analysons tout d'abord la question du transport d'hydrogène par canalisations. C'est en effet cette question que l'autorité fédérale souhaitait réglementer dans le cadre des deux avis de la section de législation du Conseil d'État rendus en matière d'hydrogène. Pour vérifier la compétence de l'autorité fédérale à cet égard, la section de législation a tenté d'appliquer trois règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, à savoir celles suivant lesquelles les régions sont compétentes pour la distribution publique de gaz¹⁸⁴ et les nouvelles sources d'énergie¹⁸⁵, et l'autorité fédérale, pour le transport d'énergie¹⁸⁶. De ces trois règles, seule cette dernière trouve selon nous à s'appliquer. La section de législation du Conseil d'État souligne à juste titre que « l'hydrogène étant une forme d'énergie, ou à tout le moins un vecteur d'énergie, son transport relève de ladite disposition de la loi spéciale »¹⁸⁷. Cette règle ne doit cependant pas être interprétée de façon restrictive pour les raisons exposées *supra* (voy. n^{os} 51-53). De même, la règle suivant laquelle les régions sont compétentes pour la distribution publique de gaz ne s'applique pas, puisqu'il n'existe pas de distribution publique d'hydrogène comparable à ce qui existe en matière de gaz naturel¹⁸⁸. Dans son effort de tout de même appliquer cette règle, la section de législation a rencontré une série d'écueils qui peuvent être évités en n'employant tout simplement pas cette règle. Dans la même veine, étant donné que l'hydrogène est produit à partir de sources originelles d'énergie¹⁸⁹ afin de servir en tant que vecteur énergétique¹⁹⁰, nous considérons qu'il ne s'agit pas d'une source, *a fortiori* nouvelle, d'énergie et donc que la règle de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, f), LSRI ne s'applique pas. Si même l'hydrogène devait être considéré comme une source d'énergie au sens de la répartition des compétences en matière d'énergie, nous doutons également qu'il puisse s'agir d'une nouvelle source dès lors que son existence, ses utilisations énergétiques et ses techniques de production sont connues depuis longtemps.

72. Une règle trouve donc à s'appliquer aux projets de subside et de réglementation du réseau de transport d'hydrogène par canalisations, à savoir celle suivant laquelle l'autorité fédérale est compétente pour le transport d'énergie¹⁹¹. L'exercice devrait en principe s'arrêter ici. Dans son avis 71.998/VR/3 du 12 octobre 2022, la section de législation a cependant voulu vérifier dans quelle mesure l'autorité fédérale n'avait pas empiété sur une compétence des régions. Nous n'estimons pas que cette étape soit, à ce stade, nécessaire puisqu'une règle, relative à la compétence de l'autorité fédérale, s'applique. Nous pourrions néanmoins imaginer une interprétation suivant laquelle certains aspects de l'acheminement d'hydrogène par canalisations seraient exclus de la notion de transport d'énergie. Pour déterminer la compétence, le cas échéant régionale, pour ces aspects, il faudrait dès lors, dans une approche holistique de la répartition des compétences en matière d'énergie, se tourner vers les principes de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI puisqu'aucune (autre) règle ne trouve à s'appliquer. Autrement dit, pour déterminer une compétence régionale, il faudrait se demander dans quelle mesure certains aspects de l'acheminement d'hydrogène par canalisation devraient être considérés comme des aspects régionaux de l'énergie qui seraient dès lors en pratique exclus de la notion de transport d'énergie puisque cette règle s'applique en principe. Pourraient constituer de tels aspects régionaux, les réseaux fermés au sein d'une entreprise ou d'un zoning industriel géographiquement limité. En effet, comme en matière de réseau fermé de distribution de gaz naturel¹⁹², ce type de réseau aurait naturellement une portée géographique limitée et pourrait dès lors être qualifié d'aspects régionaux de l'énergie¹⁹³. De même, nous avons déjà évoqué qu'il était envisagé d'injecter une faible quantité d'hydrogène dans le réseau de distribution de gaz naturel ; on parle alors de *blending*. Si un tel processus est mis en pratique, il pourrait être défendu que les régions doivent être compétentes pour réglementer ce *blending*, dans la mesure où le réseau de distribution de gaz naturel pour lequel les régions sont compétentes, est utilisé. Dans un tel cas, nous pourrions soutenir que le *blending* est un aspect régional de l'énergie dès lors qu'il présente un lien d'indivisibilité technique avec un élément existant du secteur énergétique pour lequel les régions

¹⁸³ Voy. *supra*, n^o 12 où nous expliquons la dualité des listes de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI.

¹⁸⁴ Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 1^{er}, b), LSRI.

¹⁸⁵ Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 1^{er}, f), LSRI.

¹⁸⁶ Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 2, c), LSRI.

¹⁸⁷ S.L.C.E., avis 71.998/VR/3 du 12 octobre 2022, p. 19.

¹⁸⁸ Voy. *supra*, n^o 40.

¹⁸⁹ Comme admis par la section de législation du Conseil d'État dans son avis 71.074 du 22 mars 2022, p. 15.

¹⁹⁰ Voy. *supra*, n^o 44 et note 10 de la présente contribution.

¹⁹¹ Art. 6, § 1^{er}, VII, al. 2, c), LSRI.

¹⁹² Voy. *supra*, n^o 64.

¹⁹³ Sans préjudice d'autres considérations qui permettraient que la réglementation de ce type de réseau présente également des caractéristiques nationales qui surpasseraient ce caractère régional.

sont compétentes sur la base de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, b), LSRI. Déterminer dans quelle mesure, d'une part, ces questions n'entrent pas dans le champ de la notion de transport d'énergie et, d'autre part, sont plutôt des aspects régionaux de l'énergie, ressort cependant de la part de marge de manœuvre interprétative qui est propre à toute application de normes juridiques et que nous ne nions nullement dans le cadre de la présente contribution.

73. Il existe néanmoins d'autres questions réglementaires liées à l'hydrogène à l'égard desquelles la section de législation n'a pas (encore) eu à se positionner. Ainsi, le développement d'un marché de l'hydrogène à bas carbone – vert ou bleu – implique le développement d'un système de garanties d'origine permettant par exemple de s'assurer que l'hydrogène a effectivement été produit à partir d'énergie renouvelable, pour le cas de l'hydrogène vert¹⁹⁴. C'est également une condition essentielle à la perspective d'importation d'hydrogène vert depuis des pays où les sources d'énergie renouvelables, comme le soleil, abondent. Dès lors que la Commission européenne a adopté le 10 février 2023 un règlement délégué portant sur la qualification de l'hydrogène comme renouvelable¹⁹⁵, un système de certification dédié à l'hydrogène pourrait être mis en place en Belgique. Il n'est donc pas inutile de se demander quel niveau de pouvoir serait compétent pour implémenter un tel système en Belgique. En matière d'électricité verte, les régions ont réglementé les garanties d'origine sur la base de leur compétence en matière de sources nouvelles d'énergie¹⁹⁶. Cependant, nous avons souligné que cette règle ne s'applique pas en matière d'hydrogène, qui n'est pas une source d'énergie. Dès lors qu'aucune règle de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI ne s'applique, il convient de se tourner vers les principes de cette disposition. Plusieurs arguments pourraient ainsi être invoqués pour démontrer que la certification de l'origine de l'hydrogène ressort des aspects régionaux et/ou nationaux de l'énergie. Tout d'abord, nous identifions un lien entre la certification de l'hydrogène vert et un élément technique et économique

existant, à savoir les garanties d'origine en matière d'électricité verte. En effet, l'hydrogène est dit vert dès lors qu'il est produit à partir d'une électrolyse de l'eau utilisant de l'électricité verte, c'est-à-dire issue de sources renouvelables¹⁹⁷. Or l'une des façons de vérifier si l'électricité utilisée est effectivement verte pourrait être les garanties d'origine existant en matière d'électricité¹⁹⁸. Il existe donc un lien entre la certification de l'hydrogène vert et celle de l'électricité verte. Nous avons également indiqué qu'en Belgique, ce sont les régions qui sont compétentes pour les garanties d'origine de l'électricité verte. Ce lien entre les garanties d'origine de l'hydrogène et celle de l'électricité verte, compétence des régions, constitue un argument pour démontrer que la certification de l'hydrogène vert est un aspect régional de l'énergie. Soulignons que nous ne nous basons pas ici sur la règle suivant laquelle les régions sont compétentes pour les nouvelles sources d'énergie – puisqu'elle ne s'applique pas en l'espèce – mais bien sur le lien qui existe entre hydrogène vert et électricité verte. Il existe cependant également des arguments tendant à démontrer le caractère plutôt national des garanties d'origine. À titre d'exemple, les garanties d'origine ont pour objectif d'être échangées au sein du pays, mais également de l'Union européenne et à l'international, par exemple pour importer ou exporter de l'hydrogène vert. Assurer une gestion de ces garanties d'origine au niveau le plus haut, c'est-à-dire celui de l'autorité fédérale, pourrait ainsi permettre de réaliser des économies d'échelle et d'éviter des coûts notamment liés à l'interopérabilité des garanties d'origine entre les différentes régions et à l'international. Pour déterminer la compétence en matière de garanties d'origine sur la base de l'approche holistique de la répartition des compétences en matière d'énergie, il conviendrait donc de mettre en balance ces considérations nationales et régionales pour déterminer lesquelles prévalent. Ceci sort cependant de l'objectif de la présente contribution qui vise à souligner l'utilité d'une approche holistique de la répartition des compétences en matière d'énergie. Déterminer l'issue de chaque question de compétence en matière d'énergie est, pour le surplus, du ressort des autorités compétentes qui disposent du pouvoir décisionnel en la matière.

¹⁹⁴ A. PIEBALGS et C. JONES, *A Proposal for a Regulatory Framework for Hydrogen Guarantees of Origin*, Florence School of Regulation Energy Policy Brief, 2 novembre 2020, disponible sur <https://fsr.eui.eu/publications/?handle=1814/68779>.

¹⁹⁵ Commission delegated regulation of 10 February 2023 supplementing Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council by establishing a Union methodology setting out detailed rules for the production of renewable liquid and gaseous transport fuels of non-biological origin, C(2023) 1087 final.

¹⁹⁶ Voy. à titre d'exemple S.L.C.E., avis 55.179/AV/3 du 13 mars 2014, p. 19.

¹⁹⁷ A. PIEBALGS et al., *Cost-effective decarbonisation study*, op. cit., p. 10.

¹⁹⁸ Notons que ce n'est pas l'approche finalement adoptée par la Commission européenne dans son règlement délégué adopté le 10 février 2023.

*
* *

74. Sans pour autant conclure de façon affirmative quel niveau est compétent pour quels aspects de l'hydrogène, la mise en application effectuée dans les paragraphes qui précèdent permet d'établir trois constats quant à l'approche holistique de la répartition des compétences en matière d'énergie.

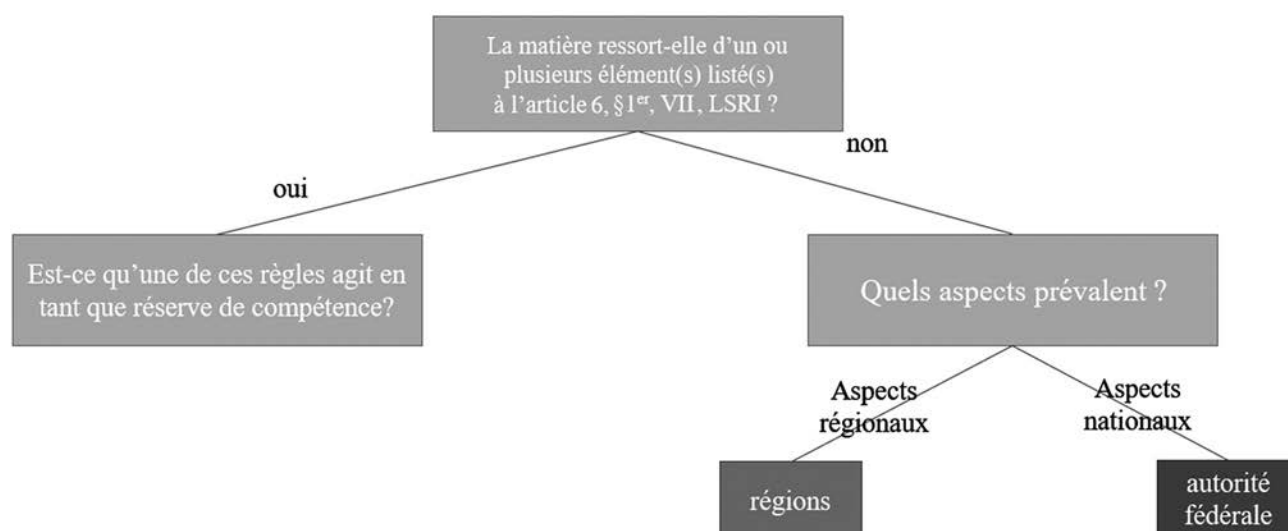
75. Premièrement, le résultat de l'application de l'approche holistique n'est pas nécessairement différent de celui d'une approche par les règles. En effet, dans les deux cas, la conclusion pourrait être que la compétence revient aux régions ou à l'autorité fédérale. Ce qui différencie alors les deux approches est le cheminement pour aboutir à cette conclusion.

76. Deuxièmement, l'approche holistique s'épargne l'interprétation extensive des règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, que l'approche par les règles implique lorsqu'elles sont appliquées à des situations qui n'entrent *a priori* pas dans leur champ d'application. Nul besoin en effet, par exemple, d'élargir la notion de distribution publique de gaz pour y intégrer une potentielle distribution d'hydrogène, avec les difficultés qui s'ensuivent. Si aucune règle ne s'applique, il « suffit » de vérifier dans quelle mesure la question envisagée se rapporte à des aspects régionaux ou nationaux de l'énergie. Cet exercice est certes loin d'être aisé ou exempt d'une part d'appréciation mais nous proposons des lignes directrices pour le guider.

77. Ceci nous mène à notre troisième et dernier constat, à savoir que l'approche holistique pourrait générer un sentiment d'indétermination et d'incertitude quant à son résultat. En effet, les

principes sont par définition moins spécifiques que les règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI. Par ailleurs, l'application des principes de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI dans la jurisprudence du Conseil d'État et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle est rare, de sorte qu'il n'existe que peu d'exemples de cas pratiques où ces principes ont été mis en application. Notre application peut dès lors donner comme impression que son résultat est aléatoire. Cependant, nous avons souligné que l'application exclusive des règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI peut elle aussi donner lieu à des prises de décisions incohérentes et imprévisibles. Ainsi, cette incertitude existe tant dans l'approche par les règles que dans l'approche holistique. Nous avons néanmoins tenté de baliser cet exercice d'identification et de mise en balance des aspects régionaux et nationaux en identifiant une série de critères qui peuvent être utilisés¹⁹⁹. Par ailleurs, l'approche holistique offre plusieurs avantages, comme une plus grande conformité au texte adopté par le législateur spécial et une flexibilité par rapport aux évolutions techniques et économiques qui, en matière d'énergie et d'hydrogène, ne manqueront certainement pas dans les prochaines décennies.

78. En conclusion, l'approche holistique de la répartition des compétences que nous proposons en réponse à la question de savoir comment déterminer qui est compétent pour réglementer une matière énergétique en Belgique et, spécialement, pour l'hydrogène, pourrait se résumer comme suit²⁰⁰ :



¹⁹⁹ Voy. *supra*, n^{os} 62-67.

²⁰⁰ Nous nous basons ici sur un schéma que nous avons déjà présenté (M. BEUDELS, « La répartition des compétences en matière d'énergie : tentative d'éclaircissement de bornes floues », *op. cit.*) mais que nous adaptons néanmoins.

Selon ce modèle interprétatif, il convient dès lors tout d'abord de vérifier si une ou plusieurs règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI s'appliquent, le cas échéant en tant que réserve de compétence. Si cette dernière précision ne ressort pas dans le cas d'étude de l'hydrogène, elle est néanmoins importante. En effet, nous avons souligné *supra* (voy. n° 12) le caractère dual des listes de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI. Il en ressort qu'il est possible que deux règles s'appliquent à une même situation. Dans une telle situation, une des règles agira comme réserve de compétence. Il conviendra donc de la faire primer mais elle devra s'interpréter de façon stricte. Si aucune règle ne trouve à s'appliquer, du moins sans devoir étendre leur champ d'application comme actuellement fait par la section de législation du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle, il convient de se tourner vers les principes de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI et de vérifier dans quelle mesure la matière envisagée ressort des aspects régionaux ou nationaux de l'énergie et, le cas échéant, lesquels priment. À cette fin, des critères comme le lien avec des éléments techniques et économiques existants, la présence d'externalités ou encore d'économies d'échelle pourraient être utilement mobilisés.

CONCLUSION

79. Le secteur énergétique a connu des évolutions majeures depuis l'établissement de la répartition des compétences en matière d'énergie, tant d'un point de vue technique – avec une part d'énergies renouvelables toujours plus grande dans notre mix énergétique – que concernant la structure économique du secteur – avec la libéralisation des marchés de l'électricité et du gaz naturel. Dans un contexte de crise et de transition énergétique, ces évolutions ne peuvent que continuer. La répartition des compétences en matière d'énergie, pour sa part, n'a pas presque pas bougé, dans les textes du moins, depuis 1988. Face à ces nouvelles questions énergétiques dont les législateurs belges se sont saisis, la section de législation du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle ont généralement interprété, de façon toujours plus extensive, les matières énumérées à l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI afin d'y intégrer ces nouveautés techniques et économiques. En parallèle, elles ont parfois interprété de façon contradictoire

cette disposition, par exemple lorsque la section de législation interprète tantôt de façon restrictive tantôt de façon extensive les compétences de l'autorité fédérale, sans réelle motivation. Il en ressort une incohérence et une imprévisibilité quant à l'issue des questions de compétences en matière énergétique.

80. Face à ces constats relatifs à l'interprétation de la répartition des compétences en matière d'énergie par la section de législation du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle et aux difficultés qui en résultent, nous avons tâché d'établir l'utilité d'une approche holistique de la répartition des compétences en matière d'énergie, qui laisse la place tant aux règles qu'aux principes énoncés à l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI. En présence de questions énergétiques dont le sort n'est pas réglé par les règles de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI, il est utile de se tourner vers les principes de cette disposition, suivants lesquels les régions sont compétentes pour les aspects régionaux de l'énergie et l'autorité fédérale, pour les aspects nationaux, et ce de façon plus importante et plus systématique que ce qui est fait à présent. Une telle approche permet en effet d'être plus conforme au texte de la loi spéciale tout en permettant une meilleure adaptation de la répartition des compétences en matière d'énergie aux circonstances changeantes du secteur énergétique.

81. Loin d'offrir une méthode algorithmique de résolution des conflits de compétences en matière d'énergie, notre contribution a eu pour objectif de mettre en évidence, à l'aide du cas de l'hydrogène, l'utilité d'une interprétation renouvelée de l'article 6, § 1^{er}, VII, LSRI par rapport à celle actuellement adoptée par la section de législation du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle, en proposant une approche interprétative holistique du texte de cette disposition. Cette proposition d'approche ne vise nullement à remettre en cause le passé ou à réduire à néant la marge interprétative de la section de législation du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle mais aspire à participer à une réflexion plus large et à orienter vers une direction plus cohérente et prévisible les prochains exercices d'application de la répartition des compétences en matière d'énergie, exercices qui, il est certain, ne manqueront pas de se poser à l'avenir, à moins, évidemment, que le législateur spécial ne décide d'intervenir pour enfin mettre à jour cette disposition.

LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES EN BELGIQUE : ENTRE PARA-LÉGALITÉ ET PRIMAUTÉ DU DROIT EUROPÉEN

Emmanuel Slautsky

Professeur de droit public et de droit comparé à l'ULB

La présente contribution entend analyser et croiser deux des thèmes qui ont attiré l'attention d'Hugues Dumont, le dédicataire de ces lignes, dans plusieurs de ses travaux. Il s'agit, d'une part, de l'émergence en droit belge de la figure de l'autorité administrative indépendante et, d'autre part, de la question de la primauté du droit de l'Union européenne sur la Constitution. Les deux thèmes sont liés dès lors que, on le sait, c'est sous la pression du droit de l'Union européenne que les autorités administratives indépendantes se sont multipliées en Belgique à partir des années 1990, en marge du texte constitutionnel. Plus précisément, on se demandera, dans les lignes qui suivent, d'abord, dans quelle mesure le concept de para-légalité constitue une piste fructueuse pour envisager la question des attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes, comme a pu le suggérer Hugues Dumont (section 1) et, ensuite, comment les plus hautes juridictions belges et la section de législation du Conseil d'État se sont positionnées par rapport à ces attributions de pouvoirs fréquemment imposées par le droit de l'Union européenne, alors que leur compatibilité avec la Constitution est douteuse (section 2). Par cette contribution, nous souhaitons rendre hommage au travail scientifique novateur d'Hugues Dumont et à son appétence pour le débat d'idées, tout en lui témoignant de notre reconnaissance pour son amical soutien ainsi que de notre admiration pour la générosité dont il fait infailliblement preuve dans la relecture et la discussion des travaux de ses collègues¹.

1. L'auteur souhaite remercier aussi Julian Clarenne, Mathias El Berhoumi et Cedric Jenart pour leur relecture d'une précédente version de ce texte. L'auteur assume naturellement seul la responsabilité des lignes qui suivent.

Section 1. Les autorités administratives indépendantes, un exemple de para-légalité ?

Un des concepts centraux développés par Hugues Dumont dans ses travaux est celui de para-légalité. Ce concept est utilisé pour caractériser un type particulier de normes illégales, dont l'étude contribue à la compréhension des dynamiques de changement à l'œuvre en droit constitutionnel. Parmi ces normes qualifiées de para-légales, Hugues Dumont donne l'exemple des attributions législatives de pouvoirs à des autorités non gouvernementales et, notamment, à des autorités administratives indépendantes². C'est aux attributions de pouvoirs à ces dernières autorités que seront consacrés nos développements ultérieurs.

§ 1. Les autorités administratives indépendantes : contours d'une catégorie juridique

Les autorités administratives indépendantes sont des autorités publiques qui agissent de manière autonome, à l'abri de toute instruction et de toute pression, non seulement des acteurs privés qui sont destinataires de leurs décisions, mais aussi du gouvernement et du parlement³. À la différence d'autres autorités publiques décentralisées sur le plan fonctionnel, les autorités administratives indépendantes ne sont soumises ni à un pouvoir hiérarchique, ni au contrôle de tutelle du gouvernement⁴. Cette appellation d'autorité administrative indépendante est utilisée, par exemple, pour qualifier le statut d'instances comme celles qui assurent la régulation de plusieurs secteurs de l'économie belge, tels le secteur bancaire et financier, celui de l'énergie, celui des communications électroniques et celui du transport ferroviaire, mais aussi des autorités instituées pour assurer la protection de droits

2. H. DUMONT, « La para-légalité, un instrument de connaissance pour expliquer la mutation de certaines illégalités en sources formelles du droit », in I. HACHEZ et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, Limal, Bruxelles, Anthemis, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2012, p. 672 ; H. DUMONT, « Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses », in I. HACHEZ et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 1, Limal, Bruxelles, Anthemis, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2012, p. 629.

3. Voy. par exemple C.J., 9 mars 2010, C-518/07, *Commission c. Allemagne*, § 18 ; C.J., 2 septembre 2021, C-718/18, *Commission c. Allemagne*, § 108 (la notion d'indépendance « désigne, dans son sens habituel, un statut qui assure à l'organe concerné la possibilité d'agir en toute liberté par rapport aux organismes à l'égard desquels l'indépendance de cet organe doit être assurée, à l'abri de toute instruction et de toute influence extérieure »).

4. Voy. C. const., 18 novembre 2010, n° 130/2010, B.4.

fondamentaux, par exemple la protection des données personnelles, ou encore la régulation du secteur de l'audiovisuel⁵. Deux précisions conceptuelles doivent néanmoins être faites avant d'aller plus loin.

D'une part, même si la qualification d'autorité administrative indépendante paraît communément usitée pour désigner l'ensemble des institutions qui, sans être des juridictions, exercent des prérogatives de puissance publique dans un statut d'indépendance et si, dès lors, nous la retiendrons aussi dans cette acception dans le cadre de cette contribution, il faut garder à l'esprit que cette qualification n'est pas incontestable dans le cas de certaines des autorités ainsi visées. Certaines autorités indépendantes, telles que les régulateurs flamand et wallon de l'énergie – la *Vlaamse reguleringsinstantie voor de elektriciteits- en gasmarkt* (VREG) en Flandre et la Commission wallonne pour l'Énergie (CWaPE) en Wallonie –⁶, relèvent en effet de l'un des parlements belges, de sorte que l'appartenance au pouvoir exécutif et la qualité d'autorité administrative qu'induit l'appellation d'« autorité administrative indépendante » peuvent faire l'objet de discussions⁷ en ce qui les concerne.

D'autre part, quoi que laisse entendre la qualification d'une instance comme autorité administrative indépendante et bien que cette indépendance soit ce qui distingue ces autorités publiques d'autres autorités décentralisées, l'indépendance d'une autorité ne peut jamais être que relative⁸. Les autorités indépendantes n'opèrent en effet jamais

5. Voy. les listes de ces autorités administratives indépendantes proposées par exemple par P. QUERTAINMONT, « La régulation économique sectorielle en Belgique et le rôle du juge administratif », *A.P.*, 2014, pp. 546 et 547 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 151 ; et M. PÂQUES, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, pp. 571-573.

6. Au 1^{er} janvier 2025, la VREG est devenue un « service autonome avec personnalité juridique portant le nom de Régulateur flamand des services d'utilité publique » (art. 4 du décret flamand du 19 avril 2024 relatif à l'opérationnalisation d'un Régulateur flamand des services d'utilité publique, *M.B.*, 12 juin 2024, et art. 140 et 142 de l'arrêté du Gouvernement flamand du 21 juin 2024 portant modification de divers arrêtés relatifs à l'opérationnalisation du Régulateur flamand des services d'utilité publique, *M.B.*, 9 août 2024). La Cour constitutionnelle a rejeté une demande de suspension de ce décret introduite par la VREG et son directeur général (C. const., 7 novembre 2024, n° 119/2024). À la suite de ce rejet, les requérants se sont désistés de leur recours en annulation, ce qui a été accepté par la Cour constitutionnelle (arrêt n° 32/2025 du 20 février 2025).

7. Voy. par exemple L. DE DEYNE, « De institutionele verhuis van de Vlaamse energieregulator naar het Parlement », *R.W.*, 2017, pp. 1343-1346. Patrick Goffaux désigne d'ailleurs ces autorités indépendantes rattachées à un Parlement sous l'appellation d'autorités paraparlementaires indépendantes, pour les distinguer des autorités administratives indépendantes qui se trouvent plus clairement dans l'orbite du pouvoir exécutif (P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 152). Voy. aussi C. const., 28 mai 2020, n° 74/2020.

8. F. GILARDI et M. MAGGETTI, « The independence of regulatory authorities », in D. LEVI-FAUR (dir.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 202.

de manière désincarnée, hors de tout cadre institutionnel et juridique, en Belgique comme ailleurs. Elles doivent respecter les normes juridiques qui s'imposent à leur action, interagissent régulièrement avec d'autres acteurs et sont fréquemment amenées à s'appuyer sur l'expertise ou les informations de tiers pour exercer leurs missions. L'indépendance est donc toujours une question de degré ; pour reprendre les termes de l'avocat général auprès de la Cour de justice M. Bobek, elle « ne peut guère être conçue comme une notion unitaire, une sorte de modèle unique standard, constitué d'un ensemble de garanties universellement applicables à tous les organismes indépendants selon les mêmes modalités. L'indépendance correspond plutôt à une échelle, dont on gravirait ou descendrait les échelons pour se positionner à un certain niveau, en fonction de la distance que le ou les acteurs concernés doivent avoir pour mener à bien de manière indépendante les tâches qui leur sont confiées »⁹.

Selon Hugues Dumont, les attributions par le législateur d'un pouvoir normatif à des autorités administratives indépendantes constituent un exemple de para-légalité. Bien plus, la multiplication de ces attributions de pouvoirs serait « révélatrice de mutations profondes dans les modes de gouvernance que la Constitution n'a pas encore réussi à encadrer »¹⁰. On se propose ci-après d'éprouver davantage cette idée et cette qualification, après avoir rappelé, d'abord, brièvement, ce qu'il faut entendre par para-légalité au sens où l'entend Hugues Dumont. Selon son promoteur, le concept de para-légalité vise l'ensemble des normes juridiques qui présentent les caractéristiques distinctes suivantes¹¹ :

- 1° il s'agit de normes considérées comme légitimes et effectivement pratiquées par un mouvement social ou par une élite ;
- 2° une partie au moins de ces normes ne sont pas conformes à des exigences fondamentales de la Constitution : elles participent à une rationalité juridique parallèle et concurrentielle par rapport à des idées de droit cardinales du système constitutionnel ;

9. Conclusions présentées le 23 janvier 2018 dans l'affaire C-530/16, *Commission européenne c. Pologne*, § 32.

10. H. DUMONT, « Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses », in I. HACHEZ et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 1, Limal, Bruxelles, Anthemis, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2012, p. 629.

11. H. DUMONT, « La para-légalité, un instrument de connaissance pour expliquer la mutation de certaines illégalités en sources formelles du droit », in I. HACHEZ et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, Limal, Bruxelles, Anthemis, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2012, pp. 642 et 643. Voy. aussi H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, *Droit constitutionnel*, t. I, L'État, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 331.

3° ces normes juridiques constituent un principe, un régime ou un système juridique alternatif, apte à faire pression sur le système constitutionnel de l'État et, le cas échéant, à le subvertir.

On revient sur ces trois conditions plus en détail ci-après, en vue d'approfondir l'applicabilité de ce concept de para-légalité au cas des attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes.

§ 2. Les attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes : des normes considérées comme légitimes et effectivement pratiquées par un mouvement social ou par une élite en Belgique ?

Pour que les attributions législatives de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes constituent un exemple de para-légalité, il faudrait, d'abord, considérer qu'en Belgique, les autorités administratives indépendantes exercent effectivement des pouvoirs en vertu d'habilitations législatives, en marge ou à l'encontre du texte constitutionnel, et que cet exercice soit considéré comme légitime par un mouvement social ou par une élite. L'appréciation de ce deuxième point suppose une approche relevant de la sociologie politique, puisqu'il s'agit de s'intéresser à la manière dont les acteurs envisagent et perçoivent la norme inconstitutionnelle en question¹². On examine successivement si ces deux conditions sont réunies, même si, sur ce deuxième point, on se contentera surtout de donner des pistes de réflexion, sans être en mesure ici de mettre en œuvre une recherche de sociologie politique à proprement parler. On reviendra par ailleurs par la suite plus en détail sur la question de la constitutionnalité des attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes.

D'abord, que des autorités administratives indépendantes exercent, en Belgique, une parcelle de la puissance publique en vertu de diverses normes législatives, cela nous semble indubitable. Les attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes sont désormais nombreuses, particulièrement depuis les années 1990, par exemple pour assurer la régulation de certains secteurs économiques comme l'énergie, les communications électroniques ou encore les marchés

12. H. DUMONT, « La para-légalité, un instrument de connaissance pour expliquer la mutation de certaines illégalités en sources formelles du droit », in I. HACHEZ et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, Limal, Bruxelles, Anthemis, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2012, pp. 642 et 643.

financiers. Les pouvoirs exercés par ces autorités sont de nature diverse (compétence d'avis ou de recommandation, pouvoir de décision individuelle, etc.) et peuvent inclure l'exercice du pouvoir réglementaire¹³, comme en témoignent aussi plusieurs arrêts de la Cour constitutionnelle¹⁴. L'exercice du pouvoir en Belgique par des autorités administratives indépendantes est donc une réalité tant factuelle que juridique.

Ce mode d'exercice du pouvoir paraît, ensuite, être considéré comme légitime par un mouvement social ou, à tout le moins, par une élite dans le contexte belge, en ce sens qu'il semble être jugé acceptable, voire souhaitable, par un segment de la société belge ou par une partie au moins de ses élites. L'émergence en Belgique comme ailleurs des autorités administratives indépendantes pourrait en effet d'abord répondre à une certaine attente sociale. Dans un ouvrage dont la lecture nous a initialement été recommandée par le dédicataire de ces lignes, Pierre Rosanvallon relève, ainsi, que l'émergence des autorités indépendantes traduit une « préférence sociale » pour ce type d'institutions, qui suscitent dans la population une confiance plus grande pour traiter de certaines questions que le monde politique, parce qu'elles sont perçues comme étant plus « objectives », plus « impartiales » que ce dernier¹⁵. De manière proche, c'est aussi parce qu'ils sont indépendants par rapport au monde politique que les experts jouissent d'un soutien de la part de la population¹⁶. Or, souvent, les autorités administratives indépendantes sont composées de tels « experts » et se prévalent de cette expertise pour asseoir leur légitimité. Certes, il n'existe pas de préférence générale au sein de la population pour que le pouvoir soit exercé, notamment en Belgique, par des experts indépendants seuls : c'est plutôt une combinaison entre démocratie représentative, experts et implication citoyenne qui semble être la voie privilégiée¹⁷. Il n'en

13. Pierre Nihoul donne les exemples suivant : « déterminer les lignes directrices en matière de tarifs, de conditions générales contractuelles, d'accès à certains réseaux, ... » (P. NIHOUL, *Éléments de droit public de l'économie*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 48). Pour une présentation du statut et des pouvoirs de certaines de ces autorités administratives indépendantes qui existent en Belgique (en l'espèce, les régulateurs fédéraux des industries de réseau), on se permet de renvoyer par exemple à E. SLAUTSKY et Y. MARIQUE, « Contours d'une indépendance sous pression », in E. SLAUTSKY, P.-O. DE BROUX, A. DESMEDT et J.-F. FURNÉMONT (dir.), *Les régulateurs des industries de réseau*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 15-77.

14. C. const., 21 novembre 2013, n° 158/2013, B.13 à B.15 ; C. const., 15 juin 2015, n° 86/2015, B.22.1 à B.24 ; C. const., 9 décembre 2021, n° 177/2021, B.71 et B.72.

15. P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, pp. 137 et 138.

16. D. VITTORI et al., « Technocracy above partisanship? Comparing the appeal of non-partisan and partisan experts as ministers – A survey in 14 countries », *The British Journal of Politics and International Relations*, 2024, pp. 779-802.

17. J.-B. PILET et al., « Do Citizens Perceive Elected Politicians, Experts and Citizens as Alternative or Complementary Policy-Makers? A Study of Belgian Citizens », *Frontiers in*

reste pas moins que l'on peut supposer que l'autorité indépendante, précisément en raison de son indépendance par rapport au monde politique, bénéficie d'un certain soutien dans la société belge : elle paraît plus « objective », plus « impartiale » que les institutions relevant de la démocratie représentative.

De manière plus spécifique, les autorités administratives indépendantes paraissent aussi bénéficier d'un soutien particulier dans le monde économique lorsqu'il s'agit d'assurer la régulation de certains secteurs tels l'énergie, les communications électroniques ou les marchés financiers. Il semble en effet que, aux yeux de nombreux acteurs du monde économique, confier la régulation de tels marchés à des autorités indépendantes du gouvernement contribue à l'impartialité et la stabilité de la régulation. Un tel point de vue existe sur le plan international¹⁸, mais aussi en Belgique. Par exemple, le Conseil économique et social flamand ou la Cour des comptes ont déjà insisté sur l'importance de l'indépendance des régulateurs économiques sectoriels¹⁹. Plus généralement, les autorités administratives indépendantes, en tant qu'elles participent de l'« *institutionalization of a new global order of regulatory capitalism* »²⁰, ou d'une conception néolibérale de la démocratie, faisant primer le respect des droits individuels sur l'idéal d'autogouvernement du peuple²¹, tendent à trouver un soutien parmi les promoteurs d'un tel mode d'organisation du social.

Political Science, 2020, vol. 2 (disponible en ligne sur : <https://www.frontiersin.org/journals/political-science/articles/10.3389/fpos.2020.567297/full#h16>).

18. S. LAVRIJSSEN et A. OTTOW, « Independent Supervisory Authorities: A Fragile Concept », *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, p. 424. Pour un exemple récent au Royaume-Uni, voy. la conclusion d'un rapport parlementaire de 2024, selon laquelle « [t]he evidence we received highlighted the value of regulatory independence. Independence enables regulators to act flexibly in response to emerging challenges and allows them the freedom to speak truth to power. It also supports business confidence and investment by separating regulatory decisions from preferential political treatment and the electoral cycle » (Industry and Regulators Committee, House of Lords, *Who watches the watchdogs? Improving the performance, independence and accountability of UK regulators*, 8 février 2024, p. 18).

19. Sociaal-Economische Raad voor Vlaanderen (SERV), « Regulatoren. Achtergronddocument: Bestuurlijke rand-voorwaarden voor adequate marktregulering door onafhankelijke regulatoren », Bruxelles, mars 2013, pp. 15 et 16 (disponible sur : <https://www.serv.be/serv/publicatie/advies-over-vreg>) ; Cour des comptes, *Commission de régulation de l'électricité et du gaz (Creg)*, Rapport du 12 novembre 2015, p. 34 (disponible sur : https://www.ccrek.be/sites/default/files/Docs/2015_48_CREG_FR.pdf).

20. J. JORDANA, D. LEVI-FAUR et X. FERNANDEZ I MARIN, « The Global Diffusion of Regulatory Agencies », *Comparative Political Studies*, 2011, p. 1361.

21. H. DUMONT, « L'idéal démocratique de l'autogouvernement du peuple et la centralité du régime représentatif », *e-legal. Revue de droit et de criminologie de l'ULB*, février 2023, vol. 7, § 4.

Ce qu'il faut toutefois noter, pour tempérer quelque peu ce qui précède, c'est que cette acceptation du caractère légitime de l'exercice du pouvoir par des autorités indépendantes nous paraît faire aussi l'objet de fortes contestations au sein de la société belge ou, en tout cas, au sein de ses élites, à tel point que la réalité du soutien social dont ces autorités jouissent en Belgique est discutable. Pour notre part, nous avons observé ailleurs que l'émergence de ces autorités administratives indépendantes dans le contexte belge résultait dans une large mesure de l'influence du droit européen, celui-ci imposant régulièrement que de larges pouvoirs soient confiés à des autorités indépendantes au sein des États membres²². Elle résulte donc d'un facteur externe plus que d'un mouvement social qui existerait en Belgique, étant certes entendu que la Belgique participe elle-même à l'élaboration des instruments de droit européen qui prescrivent la création d'autorités indépendantes dans les États membres, de sorte que l'étanchéité entre ce qui relève de l'Europe et des préférences qui émergent à ce niveau et ce qui survient en Belgique ne doit pas être exagérée. Nous avons en outre soutenu que cette émergence se heurtait non seulement aux objections de constitutionnalité qu'on évoquera ensuite, mais aussi à des réticences liées à des conceptions fortement ancrées dans le monde politique et au sein des élites socio-économiques belges quant à la façon dont le pouvoir doit être exercé en Belgique²³. Plusieurs indices témoignent de ce manque d'adhésion sociale en Belgique vis-à-vis de la figure de l'autorité administrative indépendante.

D'abord, on a montré ailleurs que la multiplication en Belgique à partir des années 1990 des attributions de pouvoirs à des autorités indépendantes pour assurer la régulation de différents secteurs de l'économie est loin de s'être faite sans heurts²⁴. En particulier, dans les interstices

22. Pour une observation similaire, voy. par exemple P. QUERTAINMONT, « La régulation économique sectorielle en Belgique et le rôle du juge administratif », *A.P.*, 2014, p. 538 ; P. NIHOUL, *Éléments de droit public de l'économie*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 49 ; C. JENART et T. CORTHOUT, « De staatsrechtelijke positie van toezichhouders of regulatoren », *Preadviezen 2023*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, La Haye, Boom juridisch, 2023, p. 146. Pour les références à plusieurs des textes européens applicables, voy. par exemple E. SLAUTSKY et Y. MARIQUE, « Contours d'une indépendance sous pression », in E. SLAUTSKY, P.-O. DE BROUX, A. DESMEDT et J.-F. FURNÉMONT (dir.), *Les régulateurs des industries de réseau*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 25-39 ; C. JENART et T. CORTHOUT, « De staatsrechtelijke positie van toezichhouders of regulatoren », *Preadviezen 2023*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, La Haye, Boom juridisch, 2023, pp. 163-165.

23. E. SLAUTSKY, « Independent Economic Regulators in Belgium: Contextualising Local Resistance to a Global Trend in the Light of the Belgian Economic Constitution », *Review of European Administrative Law*, 2021, pp. 37-63.

24. *Ibid.* et E. SLAUTSKY et Y. MARIQUE, « Contours d'une indépendance sous pression », in E. SLAUTSKY, P.-O. DE BROUX, A. DESMEDT et J.-F. FURNÉMONT (dir.), *Les régulateurs des*

du droit européen, les autorités belges ont souvent maintenu des possibilités fortes d'intervention du gouvernement ou du parlement en ce qui concerne, par exemple, la désignation des membres des organes de direction des autorités concernées ou l'exercice de leurs différentes compétences, ce qui témoigne de la volonté du monde politique de garder une influence sur les décisions de ces autorités²⁵. Dans plusieurs cas, l'indépendance d'autorités administratives créées en application du droit européen a même été restreinte d'une manière contraire aux exigences du droit européen. Plusieurs exemples de décisions de justice en témoignent, tant au niveau fédéral²⁶ qu'au niveau régional²⁷. La saga ayant opposé la CWaPE au Gouvernement wallon quant à la tarification à imposer aux propriétaires de panneaux photovoltaïques pour leur utilisation du réseau est une autre illustration de ces tensions²⁸. En Flandre également, l'indépendance du régulateur régional de l'énergie a été frontalement contestée par le Gouvernement flamand, au nom, notamment, du manque de légitimité démocratique du régulateur pour prendre des décisions ayant des implications socio-économiques importantes²⁹.

En dehors du secteur énergétique et des régulateurs économiques, les débats autour de l'indépendance de l'Autorité de protection des données sont un autre cas d'étude qui illustre ce constat de menaces régulières en Belgique à l'égard de l'indépendance des autorités administratives indépendantes, la Commission européenne ayant notamment envoyé un avis motivé à la Belgique, en 2021, en raison du manque d'indépendance de l'Autorité de protection des données³⁰.

industries de réseau, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 15-77.

25. Pour différents exemples, voy. E. SLAUTSKY et Y. MARIQUE, « Contours d'une indépendance sous pression », in E. SLAUTSKY, P.-O. DE BROUX, A. DESMEDT et J.-F. FURNÉMONT (dir.), *Les régulateurs des industries de réseau*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 39-64 ; C. JENART et T. CORTHOUT, « De staatsrechtelijke positie van toezichthouders of regulatoren », *Preadviezen 2023*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, La Haye, Boom juridisch, 2023, pp. 177-182.

26. En rapport, par exemple, avec la CREG, voy. C.J., 29 octobre 2009, C-474/08, *Commission c. Belgique* ; C.J., 3 décembre 2020, C-767/19, *Commission c. Belgique* ; C. const., 31 mai 2011, n° 97/2011 ; C. const., 7 août 2013, n° 117/2013.

27. Voy. par exemple C. const., 25 mai 2016, n° 71/2016, B.10.3 à B.12 (CWaPE) ; C. const., 14 janvier 2021, n° 5/2021, B.12.1 à B.12.6 (VREG).

28. Voy. par exemple E. DEFFET, X. COUNASSE et B. PADOAN, « Photovoltaïque : le tarif prosumer fait trébucher le gouvernement wallon », *Le Soir*, 1^{er} mai 2020.

29. Voy., sur la question de l'introduction d'un tarif capacitaire en Flandre, Z. DEMIR, « Capaciteitstarief is dom en onrechtvaardig », 25 janvier 2023, <https://www.zuhaldemir.be/nieuws/capaciteitstarief-is-dom-en-onrechtvaardig>.

30. Commission européenne, *Protection des données : la Commission adresse un avis motivé à la Belgique en raison du manque d'indépendance de son autorité de protection des données*, 12 novembre 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/inf_21_5342.

On voit donc, à travers ces différents exemples, qu'une partie non négligeable du personnel politique belge ne semble pas complètement acquise à l'idée selon laquelle le pouvoir peut être exercé en Belgique par des autorités administratives indépendantes. Sur des questions sensibles sur le plan politique, ou parce que certains intérêts publics sont en jeu³¹, l'indépendance des autorités administratives indépendantes belges est très régulièrement mise sous pression par les institutions représentatives et le monde politique, la légitimité de ces autorités est contestée et leurs pouvoirs sont restreints.

Outre le monde politique, ce constat nous paraît aussi trouver un prolongement si l'on examine certaines réactions dans les milieux socio-économiques par rapport à ce type d'institutions. Les autorités indépendantes relèvent en effet plutôt d'une culture néolibérale, en décalage avec la tradition néocorporatiste prévalant encore en Belgique quant aux politiques publiques économiques³², ce qui paraît susciter des résistances dans le chef des acteurs – patronat, syndicats – dont les prérogatives sont menacées. Des indices semblent en tout cas aller dans ce sens. Par exemple, lors de la création de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (la CREG) en 1999, son comité de direction était placé sous la supervision d'un « conseil général » composé de représentants du Gouvernement fédéral, des syndicats et des associations patronales, ainsi que de représentants des consommateurs et de l'industrie de l'électricité³³. La composition de ce « conseil général » était explicitement calquée sur la composition de l'ancienne Commission de contrôle de l'électricité et du gaz³⁴, une commission instituée dans les années 1950 par une convention conclue entre l'association des sociétés privées de production et de distribution d'électricité, la Fédération des industries belges et les trois syndicats ouvriers de l'époque³⁵. La mise en place d'une telle instance de concertation regroupant les partenaires sociaux, l'industrie et des représentants du gouvernement illustre pleinement

31. Pour un exemple, celui de la régulation des tarifs de réseau en matière d'énergie, voy. D. VERHOEVEN, « Régulation des tarifs de transport et de distribution d'électricité et de gaz naturel : éléments juridiques d'un jeu de quilles politico-économique », in D. RENDERS et R. BORN (dir.), *Actualités du droit de l'énergie. La transposition du « troisième paquet énergie » européen dans les lois « électricité » et « gaz »*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 366 et 367.

32. H. DUMONT, « La para-légalité, un instrument de connaissance pour expliquer la mutation de certaines illégalités en sources formelles du droit », in I. HACHEZ et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, Limal, Bruxelles, Anthemis, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2012, pp. 659 et 660.

33. Art. 24 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité telle qu'initialement en vigueur (M.B., 11 mai 1999).

34. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 1933/1, p. 26.

35. P. HORIZON, *Notions de droit industriel belge*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1967, pp. 131 et 132.

le modèle néo-corporatiste belge issu de la configuration économique prédominant dans l'après-guerre³⁶. À l'évidence, en 1999, lors de la création de la CREG, l'intention était donc de ne pas écarter complètement le modèle néocorporatiste antérieur prévalant dans le secteur mais, au contraire, de le réintégrer au sein du régulateur lui-même, nonobstant l'indépendance affichée par ce dernier. Il a fallu attendre 2013 pour que la Cour constitutionnelle décide que le « conseil général » ne pouvait pas être créé au sein du régulateur³⁷, au motif que cela constituait une violation de l'indépendance de ce régulateur. Cet exemple, que nous avons développé ailleurs plus en détail³⁸, nous paraît illustrer le manque d'adhésion qui peut encore exister au sein du monde socio-économique belge vis-à-vis d'une régulation indépendante de l'économie, en raison d'un attachement persistant, mais parfois contradictoire par rapport à la logique de la régulation indépendante, au modèle néo-corporatiste. D'autres recherches mériteraient d'être entreprises pour vérifier si cet enseignement peut être généralisé au-delà de l'exemple et du secteur évoqués ci-dessus.

Enfin, les réactions au sein du monde juridique permettent elles aussi d'illustrer le manque d'adhésion d'une partie des élites belges aux attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes. Une partie de la doctrine et la section de législation du Conseil d'État, du moins dans certains avis, continuent en effet de manifester une réticence parfois forte vis-à-vis de la figure même de l'autorité administrative indépendante et des attributions de pouvoirs qui leur sont accordées. On y revient ci-après plus en détail, en examinant les débats qui entourent la constitutionnalité des attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes.

En somme, les développements qui précèdent nous paraissent montrer que la question de savoir si les attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes sont légitimes aux yeux de la population belge ou de ses élites appelle une réponse nuancée : notre hypothèse est, en effet, que c'est surtout le besoin de mise en œuvre du droit européen qui justifie ces attributions de pouvoirs en Belgique, plus qu'une réelle attente sociale sur ce point, même si celle-ci existe aussi.

36. X. DELGRANGE, L. DETROUX et H. DUMONT, « La régulation en droit public », in B. JADOT et Fr. OST (dir.), *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1999, pp. 47 et 48.

37. C. const, 7 août 2013, n° 117/2013, B.11.3.

38. E. SLAUTSKY et Y. MARIQUE, « Contours d'une indépendance sous pression », in E. SLAUTSKY, P.-O. DE BROUX, A. DESMEDT et J.-F. FURNÉMONT (dir.), *Les régulateurs des industries de réseau*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 73-76.

§ 3. Les attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes : des normes contraires à des exigences fondamentales de la Constitution belge et participant d'une rationalité juridique parallèle et concurrentielle ?

Le statut constitutionnel des autorités administratives indépendantes et des attributions de pouvoirs à leur profit doit s'analyser à partir de l'étude du régime juridique applicable plus largement aux attributions de pouvoirs à des autorités non gouvernementales, une catégorie dont les autorités administratives indépendantes constituent une instance particulière. À cet égard, si l'on fait abstraction du cas spécifique de l'article 24, § 2, de la Constitution en matière d'enseignement, les attributions de pouvoirs au profit d'autorités publiques distinctes du Roi ou du gouvernement ne reçoivent guère de reconnaissance constitutionnelle en Belgique, malgré les appels répétés de la doctrine en faveur d'une telle reconnaissance³⁹. Dans ce contexte, bien que la première autorité administrative indépendante belge – la Commission bancaire – ait été créée dès 1935⁴⁰ et que, plus largement, de nombreux pouvoirs aient été confiés depuis lors en Belgique à des autorités décentralisées, sur le plan constitutionnel, la possibilité même de confier des pouvoirs à de telles autorités pose encore et toujours question. La doctrine et le Conseil d'État, section de législation, envisagent en effet avec beaucoup de réticence les attributions et les délégations de pouvoirs à des autorités non gouvernementales, en particulier lorsque l'exercice de ces pouvoirs implique un pouvoir réglementaire ou une marge substantielle d'appréciation⁴¹. Les raisons en sont les suivantes.

39. H. DUMONT, « La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l'heure de la gouvernance », in *De Grondwet: verleden, heden en toekomst*, Bruxelles, Bruyant, 2006, pp. 59-70 ; P. POPELIER et J. VAN NIEUWENHOVE, « Decentralisering en privatisering van wetgeving », in *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert*, Bruges, die Keure, 2012, pp. 261-286 ; P. NIHOUL, *Éléments de droit public de l'économie*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 64 ; V. DE SCHEPPER et E. SLAUTSKY, « Decentralisering en privatisering van regelgevende bevoegdheid: naar een grondwettelijke verankering? », in C. BEHRENDT, W. PAS, S. SOTTIAUX et J. VAN NIEUWENHOVE (dir.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten IV*, Bruges, die Keure, 2019, pp. 147-212 ; C. JENART et P. NIHOUL, « Une nouvelle disposition constitutionnelle sur la décentralisation fonctionnelle du pouvoir normatif ? », *C.D.P.K.*, 2019, pp. 324-330.

40. J. LE BRUN, « Les autorités administratives indépendantes : le cas de la Commission bancaire et financière belge », *R.I.D.E.*, 1997, p. 184. La Commission bancaire a plus précisément été créée par l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935 sur le contrôle des banques et le régime des émissions de titres et valeurs (*M.B.*, 10 juillet 1935).

41. J. ANDERSEN, « Les autorités administratives indépendantes en droit belge », *Annuaire européen de droit administratif*, 2008, p. 28 ; K. MUYLLE, « Het Grondwettelijk

D'une part, la Constitution belge est silencieuse – on l'a dit – quant à la possibilité de confier des attributions à des entités distinctes du Roi ou du gouvernement. Comme les pouvoirs doivent être exercés de la manière établie par la Constitution (art. 33 Const.), l'absence d'ancrage constitutionnel pour de telles attributions de pouvoirs pose la question de leur admissibilité.

D'autre part, conférer des pouvoirs à des autorités non gouvernementales et, en particulier, un pouvoir réglementaire, serait contraire aux articles 37 et 108 de la Constitution dans la mesure où de telles attributions ou délégations de compétences empièteraient sur les compétences appartenant au Roi ou aux gouvernements communautaires ou régionaux (dans ce cas, l'article 20 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980⁴² serait violé).

De telles délégations iraient également à l'encontre de principes constitutionnels fondamentaux comme celui selon lequel les pouvoirs doivent être exercés par des autorités responsables, directement ou indirectement, devant l'électeur, puisqu'elles habiliteraient une autorité à prendre des décisions contraignantes sans être directement élue ou responsable devant le Parlement⁴³.

En résumé, dans cette interprétation classique du droit constitutionnel, l'exercice de la puissance publique en Belgique doit rester entre les mains des institutions représentatives : le pouvoir ne peut donc pas être délégué à des autorités tierces, *a fortiori* à des autorités indépendantes, en particulier si ce pouvoir est discrétionnaire ou de nature réglementaire.

Alors, certes, cette interprétation du droit constitutionnel belge, peu favorable à la figure de l'autorité administrative indépendante, n'est pas unanimement partagée par la doctrine. On a en effet pu mettre en évidence le fait que le Constituant de 1831 a surtout voulu limiter les excès de l'exécutif, plus que protéger les prérogatives de ce dernier vis-à-vis d'autorités tierces⁴⁴. On ne pourrait donc tirer de la Constitution que fort peu de conclusions quant à l'inadmissibilité constitutionnelle des

delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering? », in A. ALEN et J. THEUNIS (dir.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 3. De Europese dimensie in het Belgische publiekrecht*, Bruges, die Keure, 2012, pp. 324-326.

42. M.B., 15 août 1980.

43. Avis de la section de législation du Conseil d'État n° L. 33.255/4 du 5 juin 2002 sur un avant-projet de loi « relatif au statut du régulateur des postes et télécommunications belges », p. 9 ; avis n° 50.003/4 du 4 septembre 2011 sur un avant-projet de loi « portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques », p. 9.

44. P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 157 et 158.

attributions de pouvoirs au profit d'autorités non gouvernementales. Par ailleurs, plusieurs auteurs ont également mis en évidence l'existence de raisons fonctionnelles légitimes justifiant de confier des pouvoirs à des autorités indépendantes, à l'abri de l'ingérence politique⁴⁵. Celles-ci peuvent notamment aider à lutter contre le court-termisme qui caractérise les institutions représentatives, dont le fonctionnement est conditionné par le cycle électoral plutôt que par le long terme⁴⁶.

Il n'en reste pas moins que, pour les motifs exposés ci-avant, l'admissibilité constitutionnelle ou au regard de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles des attributions de pouvoirs à des autorités administratives non gouvernementales est douteuse au regard du droit constitutionnel belge, nonobstant la multiplication des cas dans lesquels des pouvoirs parfois importants sont attribués à de telles autorités et, notamment, à des autorités administratives indépendantes par le législateur.

Telle est, en tout cas, la lecture traditionnelle que l'on peut faire du cadre constitutionnel belge. Il faut néanmoins tenir compte du fait que depuis 2010⁴⁷, la Cour constitutionnelle a commencé à développer une jurisprudence sur la question de l'admissibilité constitutionnelle des attributions de pouvoirs à des autorités administratives non gouvernementales. Globalement, la Cour a assoupli les conditions dans lesquelles des pouvoirs peuvent être conférés à ces autorités au regard de la Constitution par comparaison avec l'interprétation plus traditionnelle qui vient d'être exposée. Selon la Cour, en effet⁴⁸ :

« Les articles 33, 37, 105 et 108 de la Constitution ne s'opposent pas à ce que, dans une matière technique déterminée, le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome soumise tant au contrôle juridictionnel qu'au contrôle parlementaire et n'interdisent pas au législateur d'accorder des délégations à un organe exécutif, pour autant qu'elles portent sur l'exécution de mesures dont le législateur compétent a déterminé l'objet, en particulier dans les matières techniques et complexes ».

45. P. POPELIER et J. VAN NIEUWENHOVE, « Decentralising en privatisering van wetgeving », in *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert*, Bruges, die Keure, 2012, pp. 261-286.

46. E. SLAUTSKY, « Overcoming Short-Termism in Democratic Decision-Making in the Face of Climate Change: a Public Law Approach », *French Yearbook of Public Law*, 2023, pp. 253-269. Au niveau européen, voy. les conclusions de l'avocat général Pitruzzella dans l'affaire C-718/18, *Commission c. Allemagne (Transposition des directives 2009/72 et 2009/73)*, note 44.

47. C. const., 18 novembre 2010, n° 130/2010.

48. C. const., 9 décembre 2021, n° 177/2021, B.72.

En résumé, selon la Cour, quatre conditions doivent être remplies pour que des pouvoirs puissent être attribués à des autorités non gouvernementales⁴⁹. Il faut, premièrement, que l'attribution de pouvoirs intervienne dans une matière technique déterminée : pour reprendre les termes de Pierre Nihoul, la mission de l'autorité administrative en question ne peut être générale, mais doit avoir trait à un marché ou à un domaine particulier⁵⁰. Il faut, deuxièmement, que la compétence exécutive attribuée soit spécifique, c'est-à-dire de portée limitée et que son objet soit circonscrit par le législateur. Il faut, troisièmement, que soient prévus un contrôle juridictionnel et un contrôle parlementaire sur l'autorité à qui des pouvoirs sont confiés, même si ce contrôle parlementaire n'est pas sanctionné par la responsabilité politique des dirigeants des autorités concernées⁵¹. Il faut que ce contrôle parlementaire ait une consistance minimale, la Cour ayant par exemple jugé que la nomination et la décharge des membres du Comité de sécurité de l'information – l'autorité concernée dans l'espèce – par la Chambre des représentants et l'obligation de publication annuelle sur internet d'un rapport sommaire de l'accomplissement des missions de ce comité ne suffisaient pas à établir l'existence d'un tel contrôle parlementaire⁵². Enfin, même si cela ne ressort pas expressément du considérant de principe cité ci-dessus, les attributions de pouvoirs au profit d'autorités non gouvernementales ne peuvent normalement pas non plus porter sur des éléments essentiels de matières réservées à la loi par la Constitution. La section de législation du Conseil d'État a eu l'occasion de le rappeler⁵³,

49. P. NIHOUL, « Le droit dérivé de l'Union européenne, justification d'une législation prétendument inconstitutionnelle ? », in P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (coord.), *Les visages de l'État. Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 615 et 616. Voy. aussi C. JENART et T. CORTHOUT, « De staatsrechtelijke positie van toezichthouders of regulatoren », *Preadviezen 2023*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, La Haye, Boom juridisch, 2023, pp. 169-171.

50. P. NIHOUL, « Le droit dérivé de l'Union européenne, justification d'une législation prétendument inconstitutionnelle ? », in P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (coord.), *Les visages de l'État. Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 615.

51. *Ibid.*, p. 616.

52. C. const., 22 septembre 2022, n° 110/2022, B.38.2. Comp. avec l'appréciation faite par la Cour constitutionnelle du caractère suffisant du contrôle parlementaire pesant sur la CREG, ce contrôle consistant dans la compétence du législateur pour régler les missions et le fonctionnement de la CREG, son rôle d'approbation de son budget et la possibilité pour le Parlement de prendre connaissance du rapport annuel de la CREG (C. const., 18 novembre 2010, n° 130/2010, B.7). Pour une critique du caractère trop peu consistant du contrôle parlementaire ainsi décrit au regard de ce qu'exige la Constitution, voy. M. PÂQUES, « Décentralisation, régulation et contrôle démocratique. L'arrêt 130/2010 en question », in *Liber amicorum Marc Boes*, Bruges, die Keure, 2011, p. 423.

53. Avis n° 58.106/2 du 30 septembre 2015 sur un avant-projet de décret de la Commission communautaire française « modifiant le décret de la Commission communautaire française du 17 mars 1994 portant création de l'Institut bruxellois francophone pour la Formation professionnelle », p. 8 : « b) L'article 3/1, alinéa 4, en projet du décret du 17 mars 1994

tout comme la Cour constitutionnelle⁵⁴. En revanche, parmi ces conditions ressortant de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle pour que des pouvoirs puissent être attribués à des autorités administratives non gouvernementales ne figure pas le maintien d'un contrôle gouvernemental sur l'autorité à qui des pouvoirs sont confiés, même si la présence d'un tel contrôle peut servir à assurer le respect de l'exigence d'un contrôle parlementaire sur celle-ci⁵⁵.

Pour sa part, la section de législation du Conseil d'État a progressivement elle aussi accepté la possibilité que des pouvoirs soient confiés à des autorités non gouvernementales, en dépit de l'absence d'une base constitutionnelle pour ce faire, mais elle ne l'a fait qu'à titre d'exception et de manière conditionnelle. Ces conditions sont proches de celles retenues par la Cour constitutionnelle, mais elles ne sont pas identiques.

Plus précisément, selon la section de législation, il faut que la portée des pouvoirs attribués à une autorité non gouvernementale reste limitée et qu'un certain degré de contrôle gouvernemental soit maintenu sur les décisions des autorités auxquelles des pouvoirs sont accordés⁵⁶. Au niveau communautaire et régional, cette dernière exigence peut aussi, aux yeux de la section de législation, se prévaloir d'un argument de texte, dans la mesure où l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles exige du législateur décentralisé qu'il règle lui-même « le contrôle » s'exerçant sur les services décentralisés ou les établissements qu'il crée, ce qui permet de supposer qu'un tel contrôle doit normalement exister⁵⁷. En termes d'intensité, le contrôle gouvernemental pesant sur l'autorité publique attributaire de pouvoirs doit être de nature à garantir que le ministre compétent puisse toujours être tenu responsable devant le Parlement des décisions prises par l'autorité publique en question, conformément au principe de responsabilité

(article 8 de l'avant-projet) charge Bruxelles Formation d'organiser un service de médiation accessible aux usagers ; dès lors que le législateur doit déterminer les règles de base liées à l'organisation et au fonctionnement d'un organisme d'intérêt public, il ne peut laisser aux seuls soins d'un organisme d'intérêt public la tâche de régler une question de structure aussi importante que celle-là ».

54. C. const. 9 décembre 2021, n° 177/2021, B.73.2 ; C. const., 22 septembre 2022, n° 110/2022, B.37.1. Voy. aussi C. const., 14 mai 2020, n° 67/2020, B.41.2.

55. C. const., 11 juin 2015, n° 86/2015, B.22.4 et B.22.5.

56. J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2019, p. 512 et les avis cités.

57. Voy. par exemple l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° 49.336/3 du 22 mars 2011 sur un avant-projet de décret flamand « houdende de wijziging van de wet van 10 maart 1925 op de electriciteitsvoorziening, het decreet van 20 december 1996 tot regeling van het recht op minimumlevering van elektriciteit, gas en water en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de omzetting van de richtlijn 2009/72/EG en de richtlijn 2009/73/EG », pp. 4-6.

ministérielle de l'article 101 de la Constitution⁵⁸. De manière générale, plus la marge d'appréciation confiée à l'autorité non gouvernementale est importante, plus important doit être le contrôle politique pesant sur ses décisions⁵⁹.

De manière plus spécifique, en ce qui concerne les attributions d'un pouvoir réglementaire à une autorité non gouvernementale, la section de législation du Conseil d'État les admet aussi, à titre exceptionnel, mais seulement si les attributions en cause sont de portée limitée et que la matière est d'une technicité telle qu'il peut être considéré que les autorités qui doivent appliquer la réglementation concernée sont également les mieux placées pour l'élaborer⁶⁰. Il faut, en outre, que les règlements adoptés par ces autorités fassent « l'objet d'une décision prise par le pouvoir exécutif sur proposition de l'organisme, ou à tout le moins d'une approbation par le pouvoir exécutif et, ce faisant, d'une publication au *Moniteur belge* »⁶¹. Selon la section de législation, de tels mécanismes permettent ici encore que la responsabilité du règlement concerné soit endossée par une autorité qui est responsable politiquement devant les chambres législatives. Une exception à cette obligation d'approbation gouvernementale est certes envisageable, mais seulement « pour l'adoption de mesures éminemment techniques et n'intervenant que dans des cas où le pouvoir réglementaire ne suppose pas l'exercice d'un véritable pouvoir d'appréciation impliquant des choix en opportunité, parce que, par exemple, le droit européen détermine déjà

58. J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2019, pp. 512 et 513 et les avis cités.

59. C. JENART, M. DE GROOT et B. STEEN, « Alles stroomt: hoe bevoegdheden en taken kunnen worden overgedragen aan en binnen het bestuur », in S. DE SOMER (dir.), *Bestuursorganisatierecht*, Bruges, die Keure, 2020, pp. 143 et 144.

60. Avis n° 42.387/VR du 27 mars 2007 sur un avant-projet devenu la loi du 15 mai 2007 « portant assentiment à l'accord de coopération entre l'Autorité fédérale, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif à la mise en œuvre de certaines dispositions du Protocole de Kyoto, conclu à Bruxelles, le 19 février 2007 », p. 9 ; avis n° 63.288/4 du 30 avril 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 19 juillet 2018 « relative à l'accessibilité des sites internet et des applications mobiles des organismes du secteur public », p. 6 ; avis n° 73.240/4 du 24 avril 2023 sur un avant-projet de loi « portant modification de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques », p. 9. Voy. aussi les différents avis cités par J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2019, p. 79, ainsi que E. SLAUTSKY, « Principe de légalité et attributions de pouvoirs à des autorités indépendantes : une relation équivoque », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 601.

61. Avis n° 75.019/4 du 19 février 2024 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne « relatif au transport de dioxyde de carbone par canalisations », p. 24. Voy. aussi l'avis n° 75.620/4 du 22 avril 2024 sur un avant-projet de loi « créant l'Agence fédérale de Régulation du Transport et modifiant le Code ferroviaire et la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses », p. 8.

l'intégralité, ou presque, de la réglementation concernée »⁶². Même dans ce cas, toutefois, il faut que les organismes concernés restent soumis tant à un contrôle juridictionnel qu'à un contrôle politique⁶³.

Si, nonobstant l'absence de base constitutionnelle le permettant, la Cour constitutionnelle et la section de législation du Conseil d'État admettent donc désormais que le législateur attribue des pouvoirs à des autorités non gouvernementales, les conditions qui entourent de telles attributions de pouvoirs ne sont pas parfaitement claires. La terminologie utilisée varie et des zones d'ombre subsistent en effet. Par exemple, pour être admissible, une attribution de pouvoirs à une telle autorité doit-elle à la fois revêtir un caractère limité ou spécifique et intervenir dans un domaine technique, ou ces conditions sont-elles alternatives, ce qui permettrait de confier des pouvoirs discrétionnaires à des autorités non gouvernementales lorsque la mise en œuvre de ces pouvoirs revêt une certaine complexité sur le plan technique⁶⁴ ? Jan Velaers considère, quant à lui, que, si la jurisprudence de la Cour constitutionnelle devait autoriser l'attribution de pouvoirs discrétionnaires (*politieke beleidskeuzes*) à des autorités administratives indépendantes, elle serait à son avis contestable⁶⁵. Une autre zone d'ombre tient à la nature exacte et l'intensité du contrôle politique devant s'exercer sur des autorités non gouvernementales à qui des pouvoirs sont confiés⁶⁶. À cet égard, alors que la section du contentieux du Conseil d'État semble s'aligner sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle⁶⁷, il arrive que la section de législation du Conseil d'État s'écarte de cette jurisprudence en ce qui concerne la nécessité du maintien d'un contrôle gouvernemental en cas d'attribution de pouvoirs à des autorités non gouvernementales, spécialement si ce pouvoir est réglementaire ou suppose l'exercice d'un

62. Avis n° 75.019/4 du 19 février 2024 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne « relatif au transport de dioxyde de carbone par canalisations », p. 25 ; avis n° 75.620/4 du 22 avril 2024 sur un avant-projet de loi « créant l'Agence fédérale de Régulation du Transport et modifiant le Code ferroviaire et la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses », p. 9.

63. Avis n° 66.870/3 du 30 janvier 2020 sur un projet d'arrêté royal « complétant l'arrêté royal du 30 novembre 2011 portant prescriptions de sûreté des installations nucléaires pour ce qui concerne la conception des réacteurs existants, leur protection contre les phénomènes naturels et diverses dispositions annexes », p. 14.

64. C. JENART, M. DE GROOT et B. STEEN, « Alles stroomt: hoe bevoegdheden en taken kunnen worden overgedragen aan en binnen het bestuur », in S. DE SOMER (dir.), *Bestuursorganisatierecht*, Bruges, die Keure, 2020, pp. 129-131.

65. J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2019, p. 515.

66. C. JENART, M. DE GROOT et B. STEEN, « Alles stroomt: hoe bevoegdheden en taken kunnen worden overgedragen aan en binnen het bestuur », in S. DE SOMER (dir.), *Bestuursorganisatierecht*, Bruges, die Keure, 2020, p. 133.

67. C.E., 28 octobre 2015, n° 232.743, s.a. *TNT Airways* ; C.E., 18 janvier 2016, n° 233.497, s.a. *TNT Airways* ; C.E., 13 mai 2016, n° 234.735, s.a. *Brussels Airlines*.

pouvoir d'appréciation. L'existence d'un tel contrôle gouvernemental reste en effet une exigence de principe aux yeux de la section de législation⁶⁸, tandis que la Cour constitutionnelle y voit plutôt une modalité que peut revêtir le contrôle politique devant peser sur l'autorité attributaire de pouvoirs, sans, donc, que cette modalité soit la forme que devrait, en règle, revêtir ce contrôle politique. Il en résulte une appréhension différente de la place que peuvent occuper les autorités administratives indépendantes dans l'équilibre des pouvoirs en Belgique, la position de la section de législation nous semblant les arrimer plus fermement dans l'orbite du pouvoir exécutif que celle de la Cour constitutionnelle. En outre, la position de la Cour constitutionnelle nous paraît plus aisément conciliable avec les attributions de pouvoirs au profit d'autorités administratives indépendantes que celle de la section de législation du Conseil d'État, dans la mesure où, par définition, c'est l'absence de contrôle gouvernemental hiérarchique ou de tutelle qui caractérise ces autorités.

Les incertitudes et les hésitations subsistent donc, avec pour résultat que le cadre juridique entourant les attributions de pouvoirs à des autorités non gouvernementales et, en particulier, à des autorités administratives indépendantes n'est pas entièrement fixé. Ces incertitudes découlent sans doute au moins en partie du fait que ce cadre juridique a été construit de manière jurisprudentielle et progressive, sous l'influence notamment du droit européen, et dans un contexte où la Constitution n'est guère diserte quant aux conditions entourant de telles attributions de pouvoirs. À cela s'ajoute qu'une partie de la doctrine belge la plus éminente continue encore et toujours à se montrer fort réticente vis-à-vis des attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes. Michel Pâques en appelle, par exemple, à un « examen très critique » des pouvoirs des autorités administratives indépendantes, « tant l'idéologie discrète qui les sous-tend est à l'opposé de nos principes constitutionnels »⁶⁹. Il estime en effet que « le pouvoir hiérarchique ou de tutelle est [...] une exigence constitutionnelle belge pour qu'un ministre puisse toujours expliquer et justifier devant le parlement ce qui a eu lieu dans le plus sombre bureau du pouvoir » et que, par voie de conséquence, l'autorité administrative indépendante « pose problème

68. Outre les avis cités ci-dessus, voy. P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 156. La section de législation ne semble cependant pas entièrement constante sur ce point. Voy. par exemple l'avis n° 66.870/3 du 30 janvier 2020 sur un projet d'arrêté royal « complétant l'arrêté royal du 30 novembre 2011 portant prescriptions de sûreté des installations nucléaires pour ce qui concerne la conception des réacteurs existants, leur protection contre les phénomènes naturels et diverses dispositions annexes », p. 14. Cet avis s'aligne plus fidèlement que d'autres avis cités ci-dessus sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

69. M. PÂQUES, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, p. 557.

en droit belge »⁷⁰. Dès lors, eu égard à ces critiques persistantes et aux principes constitutionnels évoqués à l'entame de ce paragraphe, on peut rejoindre Hugues Dumont lorsqu'il écrit que les normes attribuant des pouvoirs à des autorités administratives indépendantes en Belgique peuvent être analysées comme étant un exemple de cas dans lequel « la conformité de la norme à la Constitution demeure vivement contestée ou au moins fort contestable malgré un brevet juridictionnel de constitutionnalité »⁷¹.

§ 4. Les attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes, un régime ou un système juridique alternatif, apte à faire pression sur le système constitutionnel de l'État et, le cas échéant, à le subvertir ?

Enfin, pour envisager la mesure dans laquelle les attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes constituent un exemple de para-légalité, il faut encore se demander si de telles attributions de pouvoirs constituent « soit un principe, soit un régime, soit un système juridique alternatif, non seulement contraire à une composante cardinale ou à l'ensemble du système "constitutionnel" de l'État [...], mais aussi apte à faire pression sur celui-ci et, le cas échéant, à le subvertir »⁷². En l'espèce, la multiplication en droit belge des attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes, principalement depuis les années 1990, est indéniable, en dépit des objections de constitutionnalité qui ont pu leur être opposées et dont la portée a, elle-même, été progressivement atténuée par la jurisprudence. Ces autorités administratives indépendantes font donc, avec leur rationalité propre et le décalage qui existe entre celle-ci et la « raison juridique » du système constitutionnel belge, désormais partie intégrante du droit belge et du panorama de nos institutions, de sorte que la satisfaction de cette troisième condition n'est guère douteuse.

70. M. PÂQUES, « Entre géométrie et finesse : le droit administratif réducteur et créateur d'incertitude », *Ann. Dr. Louvain*, 2019, p. 261.

71. H. DUMONT, « La para-légalité, un instrument de connaissance pour expliquer la mutation de certaines illégalités en sources formelles du droit », in I. HACHEZ et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, Limal, Bruxelles, Anthemis, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2012, p. 672.

72. *Ibid.*, p. 643.

Dès lors, au terme de cet examen en trois temps, il nous paraît que la caractérisation des attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes comme un exemple de para-légalité constitue une approche fructueuse et stimulante pour comprendre ce phénomène. Il nous semble néanmoins que, dans le contexte belge, plus qu'un mouvement social en faveur de telles attributions de pouvoirs, c'est principalement l'inclinaison du droit européen en faveur de cette figure juridique qui a contribué à l'émergence des autorités indépendantes en Belgique, en dépit des réticences nombreuses qui s'y sont exprimées. L'insistance de l'Union européenne sur la création de telles institutions traduit à la fois une préférence idéologique de sa part pour cette forme d'intervention publique et le besoin pour les institutions européennes de s'appuyer sur des relais nationaux en mesure de faire prévaloir les intérêts européens sur d'éventuels intérêts nationaux contradictoires lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre les politiques publiques européennes au sein des États membres⁷³. Même si, à nouveau, il faut garder à l'esprit que la Belgique, en tant qu'État membre, participe au processus décisionnel européen et n'est dès lors pas étrangère aux choix posés à ce niveau, ces autorités administratives indépendantes peuvent donc utilement être conceptualisées comme constituant un produit d'importation en Belgique⁷⁴, dont l'émergence chez nous est principalement liée à l'impératif de mise en œuvre du droit européen plutôt qu'à une adhésion franche vis-à-vis de cette figure institutionnelle. En cela, les attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes se distinguent d'autres instances de para-légalité, comme les lois dites du pacte scolaire ou du pacte culturel ou les conventions collectives de travail, dont l'immixtion dans le droit belge résulte davantage de la force de la pression exercée par l'existence d'un consensus entre acteurs sociaux puissants en Belgique quant à la légitimité des normes para-légales en question⁷⁵.

73. E. SLAUTSKY, *L'organisation administrative nationale face au droit européen du marché intérieur*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 274-284.

74. De manière proche mais néanmoins distincte, P. Nihoul voit dans les autorités administratives indépendantes « un autre phénomène en provenance d'abord des pays anglo-saxons ensuite de France » (P. NIHOUL, *Éléments de droit public de l'économie*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 45).

75. H. DUMONT, « Droit public, droit négocié et para-légalité », in Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1996, p. 6.

Section 2. Retour sur une question classique : la primauté du droit européen sur la Constitution belge

Outre ce qu'en apporte l'analyse à l'aune du concept de para-légalité, le cas des attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes nous semble aussi fournir un matériau fertile pour revenir à un deuxième thème à l'étude duquel Hugues Dumont a fait d'importantes contributions. Il s'agit de la question des rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit belge et, plus spécialement, la question de la primauté du droit de l'Union européenne sur la Constitution, telle que celle-ci est envisagée, en particulier, du point de vue du droit belge. Les attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes posent, en effet, on l'a vu, d'importantes questions de compatibilité avec la Constitution, en même temps qu'elles sont fréquemment prescrites par le droit européen. Elles sont donc un des champs dans lesquels des tensions existent entre les exigences du droit européen et le cadre constitutionnel belge⁷⁶. On examine ci-dessous comment ces tensions sont appréhendées par les plus hautes juridictions belges et la section de législation du Conseil d'État, en vue de documenter, voire d'affiner encore la compréhension qu'on peut avoir de la perspective du droit belge sur cette question de la primauté. Analyser cette perspective nationale est crucial si l'on accepte que la question de la primauté entre la Constitution et le droit européen ne peut pleinement se comprendre qu'en tenant compte à la fois du point de vue du droit européen – dont la prétention à la primauté absolue est bien connue depuis les arrêts *Costa c. ENEL* et *Internationale Handelsgesellschaft*⁷⁷ – et de celui des droits constitutionnels nationaux⁷⁸.

76. S. DE SOMER, *Autonomous Public Bodies and the Law. A European Perspective*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, pp. 225-230 ; C. JENART et T. CORTHOUT, « De staatsrechtelijke positie van toezichthouders of regulatoren », *Preadviezen 2023*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, La Haye, Boom juridisch, 2023, pp. 171-174.

77. C.J., 15 juillet 1964, aff. 6-64, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.* ; C.J., 17 décembre 1970, aff. 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

78. H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, *Droit constitutionnel*, t. I, *L'État*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 256-274.

§ 1. De la hiérarchie entre la Constitution et le droit de l'Union européenne : d'une perspective générale à l'analyse d'un cas particulier

De nombreux travaux ont été consacrés par la doctrine à la question des rapports entre droit européen et Constitution ; celle-ci constitue notamment un passage obligé des différents traités et précis de droit constitutionnel belge⁷⁹. Sur un plan général, l'image associée par la doctrine belge et internationale à l'attitude des juridictions belges dans leur rapport avec le droit européen est celle d'une europhilie marquée⁸⁰. Les juges belges relèvent ainsi plutôt de la catégorie des « juges européens » identifiée par Tobias Nowak et Monika Glavina⁸¹. Ils s'inscrivent globalement dans une logique qui met l'accent davantage sur la mise en œuvre efficace du droit européen que sur le maintien de l'intégrité du cadre constitutionnel belge⁸². Parmi les marqueurs de cette attitude favorable vis-à-vis du droit de l'Union européenne figurent la large reconnaissance par les plus hautes juridictions belges du principe de primauté du droit européen sur le droit interne, même constitutionnel – Hugues Dumont a d'ailleurs été jusqu'à voir dans la jurisprudence des juridictions belges suprêmes sur ce point une figure de « traduction servile de la primauté revendiquée par le droit européen dans le droit constitutionnel »⁸³, en tout cas s'agissant de la jurisprudence de la Cour de cassation⁸⁴ – et le nombre comparativement élevé de questions préjudicielles posées par les juridictions belges à la Cour de justice, en ce compris par la Cour constitutionnelle⁸⁵.

79. Voy. par exemple Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 276-284 et les références citées.

80. W. VERRIJDT, « Het Grondwettelijk Hof als EU-rechter », in N. CARIAT et J. NOWAK (dir.), *Le droit de l'Union européenne et le juge belge / Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 279.

81. T. NOWAK et M. GLAVINA, « National courts as regulatory agencies and the application of EU law », *Journal of European Integration*, 2020, pp. 747-749.

82. P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, « The Belgian Constitution: The Efficacy Approach to European and Global Governance », in A. ALBI et S. BARDUTZKY (dir.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, Dordrecht, Springer, 2019, pp. 1225-1270 ; H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, *Droit constitutionnel*, t. I, *L'État*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 400.

83. H. DUMONT, « La traduction, ciment du "pacte constitutionnel européen" », *R.B.D.C.*, 2010, p. 31.

84. H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, *Droit constitutionnel*, t. I, *L'État*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 394.

85. W. VERRIJDT, « Het Grondwettelijk Hof als EU-rechter », in N. CARIAT et J. NOWAK (dir.), *Le droit de l'Union européenne et le juge belge / Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 275 ; A. ALEN et W. VERRIJDT, « Le dialogue

Certes, les rapports des plus hautes instances juridiques belges au droit de l'Union européenne ne sont pas uniformes et les travaux doctrinaux qui exposent la position des juridictions suprêmes sur la question de la primauté mettent en évidence les variations qui existent entre elles : notamment, on le sait, la primauté du droit européen sur la Constitution est acceptée en des termes plus larges par la Cour de cassation que par la Cour constitutionnelle, par exemple, tandis que la position du Conseil d'État semble se rapprocher plutôt de celle de la Cour de cassation, même si des nuances s'observent entre la section du contentieux administratif et la section de législation de la haute instance, cette dernière ayant l'avantage d'intervenir en amont d'un éventuel conflit de normes et étant, dès lors, en mesure de tenter d'en prévenir la réalisation. On ne refait pas ici le travail d'inventaire des positions respectives des juridictions suprêmes sur ce thème, celui-ci ayant déjà été proposé par d'autres à plusieurs reprises⁸⁶. Rappelons seulement que, alors que la Cour de cassation a proclamé en termes généraux la primauté du droit international et européen ayant effet direct sur la Constitution⁸⁷, la Cour constitutionnelle se reconnaît compétente pour contrôler la constitutionnalité des normes législatives d'assentiment à des traités⁸⁸, étant néanmoins entendu que les normes d'assentiment aux traités européens, notamment, ont été soustraites à son contrôle préjudiciel par le législateur spécial en 2003⁸⁹. Par ailleurs, en 2016, la Cour a jugé que la primauté sur la Constitution belge du droit européen dérivé et des normes législatives qui transposent ce droit, primauté qu'elle fonde sur l'article 34 de la Constitution, n'est pas absolue. En particulier, la Cour a jugé que⁹⁰ :

préjudiciel de la Cour constitutionnelle belge avec la Cour de justice de l'Union européenne », in P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (coord.), *Les visages de l'État. Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 33-74.

86. S. SOTTIAUX, « Het Stabiliteitsverdragarrest in het licht van de rechtspraak van de hoogste Belgische rechtscolleges », *T.B.P.*, 2017, pp. 305-309 ; H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, *Droit constitutionnel*, t. I, *L'État*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 392-404.

87. Cass., 9 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1745 ; Cass., 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1802.

88. Cour d'arbitrage, 16 octobre 1991, n° 26/91 ; Cour d'arbitrage, 3 février 1994, n° 12/94.

89. Art. 26, § 1^{er} bis, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

90. C. const., 28 avril 2016, n° 62/2016, B.8.7. Sur cette décision, voy. par exemple P. DERMINE, « La discipline budgétaire européenne à l'aune de la Constitution belge », *J.T.*, 2016, pp. 471 et 472 ; M. EL BERHOUMI et al., « La Cour constitutionnelle face au Pacte budgétaire européen : un arrêt sans intérêt ? », *J.T.*, 2017, pp. 565-582 ; P. GÉRARD et W. VERRIJDT, « Belgian Constitutional Court Adopts National Identity Discourse – Belgian Constitutional Court. No. 62/2016, 28 April 2016 », *EuConst*, 2017, pp. 182-205 ; G. ROSOUX, « L'ambivalence ou la double vocation de l'identité nationale – Réflexions au

« En vertu de [l'article 34 de la Constitution], l'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public. Il est vrai que ces institutions peuvent ensuite décider de manière autonome comment elles exercent les pouvoirs qui leur sont attribués, mais l'article 34 de la Constitution ne peut être réputé conférer un blanc-seing généralisé, ni au législateur, lorsqu'il donne son assentiment au traité, ni aux institutions concernées, lorsqu'elles exercent les compétences qui leur ont été attribuées. L'article 34 de la Constitution n'autorise en aucun cas qu'il soit porté une atteinte discriminatoire à l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit ».

La Cour constitutionnelle pose, par cette décision, l'existence de limites à la primauté du droit européen dérivé en Belgique⁹¹.

Nonobstant les différences de principe entre les positionnements des plus hautes juridictions belges qui viennent d'être évoquées sur cette question de la primauté du droit européen sur la Constitution, les auteurs mettent souvent aussi en évidence que, en pratique, les différences ne sont pas très significatives. Notamment, la Cour constitutionnelle n'a jamais, à ce jour, ni annulé une norme d'assentiment à un traité⁹², ni conclu à l'inconstitutionnalité d'une norme de droit européen dérivé, par l'intermédiaire d'une appréciation qu'elle aurait faite de la conformité d'une norme législative mettant en œuvre cette dernière par rapport à ses normes de référence. En d'autres termes, pour reprendre l'image employée par Sébastien Van Drooghenbroeck, jusqu'ici, la Cour constitutionnelle belge « aboie », mais ne mord pas⁹³, tandis que, pour Jan Velaers, d'une part, la « Cour constitutionnelle affirme la primauté de la Constitution en principe », mais, « d'autre part, elle n'ose pas l'appliquer »⁹⁴.

départ de l'arrêt n° 62/2016 de la Cour constitutionnelle belge », *C.D.E.*, 2019, pp. 91-148. Voy. aussi les contributions du numéro spécial du *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht* consacré à cet arrêt (n° 6/2017).

91. S. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour constitutionnelle et la primauté du droit international. L'héritage Le Ski sous bénéfice d'inventaire », *J.T.*, 2021, p. 622.

92. Au contentieux de la suspension, voy. cependant C. const., 8 décembre 2022, n° 163/2022. L'arrêt d'annulation rendu dans cette affaire ne suit cependant pas le raisonnement tenu au stade de la suspension (C. const., 3 mars 2023, n° 36/2023). Le traité concerné ne concernait par ailleurs pas l'Union européenne.

93. S. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour constitutionnelle et la primauté du droit international. L'héritage Le Ski sous bénéfice d'inventaire », *J.T.*, 2021, pp. 621 et 622.

94. J. VELAERS, « La hiérarchie des normes et l'arrêt Franco-Suisse Le Ski », *J.T.*, 2021, p. 601.

Ces analyses du positionnement des juridictions suprêmes belges sur la question des rapports entre droit européen et droit constitutionnel se situent à un niveau élevé de généralité, soit un niveau plutôt *macro*. À partir de l'exemple des attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes et des tensions entre le droit européen et le cadre constitutionnel que ces attributions induisent, ce que l'on voudrait faire, à présent, c'est changer de perspective et envisager la question à un niveau *micro*, en vérifiant, dans un cas et dans un champ particulier, jusqu'à quel point et sous quelle forme les plus hautes juridictions belges, ainsi que la section de législation du Conseil d'État, reconnaissent en pratique la primauté du droit européen sur la Constitution et, plus largement, comment ces instances appréhendent de manière plus spécifique et concrète les interactions entre droit européen et exigences constitutionnelles. À cet égard, on croit pouvoir soutenir que, lorsqu'elles ont eu à se pencher sur les exigences européennes d'attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes, les plus hautes juridictions belges et la section de législation du Conseil d'État ont eu des attitudes et des stratégies qui peuvent être regroupées au sein de quatre catégories différentes, même si ces catégories ne sont sans doute pas entièrement étanches les unes vis-à-vis des autres et que l'exercice de classification ici proposé revêt un caractère partiellement exploratoire.

§ 2. Première attitude : passer sous silence les exigences du cadre constitutionnel belge

Une première attitude a consisté, pour les juridictions suprêmes belges et la section de législation du Conseil d'État, à intervenir pour prévenir ou sanctionner les atteintes portées par l'exécutif ou le législateur fédéral ou régional à l'indépendance ou aux pouvoirs d'autorités administratives indépendantes tels que ceux-ci sont définis par le droit de l'Union européenne, au nom du respect et de la bonne exécution du droit européen, mais sans référence aux possibles discordances entre ce que prévoit ce droit et le cadre constitutionnel⁹⁵.

Par exemple, la Cour constitutionnelle a annulé, par un arrêt du 25 mai 2016 rendu à la suite d'un recours en annulation introduit devant elle par la CWaPE, une disposition décrétable wallonne prévoyant que

95. Voy. not. Cass., 13 décembre 2018, C.15.0405.F/1 ; section de législation du Conseil d'État, avis n° 66.747/4 du 18 décembre 2019 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne « modifiant le décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité », p. 22 ; C. const., 31 mai 2011, n° 97/2011, B.8 à B.10 ; C. const., 25 mai 2016, n° 71/2016, B.10.3 à B.12 ; C. const., 14 janvier 2021, n° 5/2021, B.12.1 à B.12.6.

les « charges de pension des agents sous statut public du gestionnaire de réseau ou de sa filiale (ou sous-filiale) constituent des coûts non gérables », au motif que cette intervention du législateur dans l'exercice par la CWaPE de sa compétence tarifaire était contraire à l'indépendance du régulateur telle que garantie par le droit européen⁹⁶. Or, la compétence tarifaire de la CWaPE est une compétence de type réglementaire, qui implique de surcroît, à l'intérieur du cadre législatif européen et belge, une large marge d'appréciation⁹⁷. Il s'agit donc d'un type de pouvoir qui pourrait poser question du point de vue du droit constitutionnel dès lors que la CWaPE n'est pas soumise à un contrôle de tutelle dans l'exercice de cette compétence, sauf à supposer par exemple que le caractère « technique » de la matière puisse en l'espèce justifier à la fois l'ampleur du pouvoir octroyé à la CWaPE et qu'un tel contrôle gouvernemental ne soit pas organisé sur ses décisions. À tout le moins, l'intervention du législateur pour baliser davantage la marge d'appréciation de la CWaPE en matière tarifaire aurait pu paraître bienvenue du point de vue du droit constitutionnel. De même, en 2018, la Cour de cassation a jugé, à la lumière notamment du droit européen applicable, que les compétences réglementaires attribuées à la CWaPE en matière tarifaire excluaient celles de toute autre autorité publique, de sorte que ces autres autorités et, notamment, le Gouvernement, ne pouvaient plus interférer dans ces compétences tarifaires du régulateur, mais sans que la Cour n'envisage non plus explicitement le cadre constitutionnel applicable dans son raisonnement⁹⁸.

Dans ce type de décisions ou d'avis, la compatibilité par rapport à la Constitution des pouvoirs devant être reconnus sur la base du droit européen aux autorités administratives indépendantes concernées n'est donc ni discutée, ni même explicitement évoquée à l'appui des interventions législatives ou réglementaires réduisant les pouvoirs du régulateur. Les juridictions en cause ou la section de législation du Conseil d'État se contentent d'examiner l'étendue des pouvoirs et de l'indépendance qui, au regard du droit européen dérivé applicable dans l'espèce, doit être reconnue à l'autorité en question, et soit interprètent

96. C. const., 25 mai 2016, n° 71/2016.

97. Marie Beudels fait la démonstration de ce caractère discrétionnaire de la compétence tarifaire des régulateurs de l'énergie en rapport avec le régulateur bruxellois, Brugel. Elle montre en effet comment ce régulateur cherche à trouver un équilibre entre contraintes techniques liées au bon fonctionnement du réseau de distribution d'électricité, justice sociale et transition énergétique lorsqu'il exerce sa compétence tarifaire, qui est comparable à celle de la CWaPE (M. BEUDELS, « Les tarifs de réseau de distribution d'électricité en Région de Bruxelles-Capitale. Retour sur dix ans de compétence tarifaire », in M. BEUDELS et L. DE BRUCKER (dir.), *Energierecht in Brussel : quelles alternatives aux énergies fossiles ?*, Bruxelles, Intersentia, 2024, pp. 325-352).

98. Cass., 13 décembre 2018, C.15.0405.F/1.

les dispositions nationales applicables à la lumière de ces exigences européennes⁹⁹, soit annulent des normes législatives ou réglementaires qui ne les respectent pas ou recommandent qu'elles ne soient pas adoptées¹⁰⁰. Les exigences du cadre constitutionnel belge qui pourraient venir appuyer la compétence du législateur ou de l'exécutif pour intervenir dans les compétences devant appartenir à une autorité indépendante selon le droit européen semblent entièrement passées sous silence, au profit de la bonne mise en œuvre du droit européen, seul cadre de référence apparent. Dans une affaire, c'est même d'office que la Cour constitutionnelle a soulevé la violation du droit européen pour annuler une disposition législative portant atteinte aux attributions de la CREG telles que celles-ci devaient lui être reconnues en application du droit européen, confirmant de la sorte la protection offerte aux attributions du régulateur même face au pouvoir législatif¹⁰¹.

Faute d'être explicité, le raisonnement qui sous-tend cette mise entre parenthèses du cadre constitutionnel belge dans les décisions et avis concernés peut faire l'objet de deux lectures distinctes : il est, en effet, soit possible de considérer que ce silence se justifie par une volonté des instances concernées de respecter le principe de primauté du droit européen et l'impératif de bonne mise en œuvre de celui-ci, d'éventuelles difficultés constitutionnelles apparaissant alors sans pertinence pour le raisonnement à tenir ; soit il est possible de considérer que, implicitement, les pouvoirs devant être reconnus en application du droit européen aux autorités indépendantes concernées dans ces affaires n'excèdent pas ce que permet la Constitution, de sorte qu'aucun problème de compatibilité ne devait être évoqué. Sans trancher ici la question de manière définitive, on relèvera tout de même que, dans ces affaires, c'est principalement l'étendue de la compétence tarifaire des régulateurs belges de l'énergie qui était en cause, soit – on l'a dit – un pouvoir de nature réglementaire et supposant l'exercice d'une importante marge d'appréciation, même si celle-ci est cadrée par les législateurs européen et belge. Dès lors, si la seconde interprétation doit être admise, elle impliquerait qu'un tel pouvoir peut être attribué

99. *Ibid.*

100. Section de législation du Conseil d'État, avis n° 66.747/4 du 18 décembre 2019 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne « modifiant le décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité », p. 22 ; C. const., 25 mai 2016, n° 71/2016, B.10.3 à B.12 ; C. const., 14 janvier 2021, n° 5/2021, B.12.1 à B.12.6.

101. C. const., 31 mai 2011, n° 97/2011. Par cet arrêt, selon Pierre Nihoul, « la Cour admet que le pouvoir de réglementation échappe désormais au Roi et revient exclusivement à l'autorité de régulation en raison d'une directive européenne » (P. NIHOUL, *Éléments de droit public de l'économie*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 62).

à des autorités administratives indépendantes sans qu'un contrôle de tutelle ne soit organisé et sans violation de la Constitution, ce qui n'apparaît guère évident au regard, bien sûr, de la position de la section de législation du Conseil d'État, mais même au regard de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle elle-même, si ce n'est sur la base du seul caractère « technique » de la compétence concernée. On comprend donc que ce soit la première interprétation de ces affaires qui semble retenue par la section de législation du Conseil d'État, celle-ci ayant estimé que, en particulier, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ici évoquée n'était pas conforme aux principes traditionnellement applicables s'agissant de l'attribution d'un pouvoir réglementaire à une autorité administrative autre que le Roi ou le gouvernement, mais que cette jurisprudence pouvait néanmoins se prévaloir, aux yeux de la section de législation du Conseil d'État, de l'exigence de bonne mise en œuvre du droit européen¹⁰².

§ 3. Deuxième attitude : admettre explicitement la primauté du droit européen sur la Constitution

Une deuxième attitude, qui est principalement, mais non exclusivement celle de la section de législation du Conseil d'État, en rapport avec la question de la constitutionnalité des attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes exigées par le droit européen consiste à reconnaître explicitement que de telles attributions de pouvoirs posent des difficultés constitutionnelles dès lors qu'elles impliquent la reconnaissance de pouvoirs discrétionnaires ou réglementaires à des autorités qui ne font pas l'objet d'un contrôle de tutelle de la part du gouvernement, mais que ces difficultés peuvent être levées sur la base de l'article 34 de la Constitution et la reconnaissance du principe de primauté du droit européen dérivé¹⁰³. *A contrario*, la section de législation s'est opposée à l'attribution d'un pouvoir de décision de

102. Avis n° 75.019/4 du 19 février 2024 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne « relatif au transport de dioxyde de carbone par canalisations », p. 25.

103. Avis de la section de législation du Conseil d'État n° 49.336/3 du 22 mars 2011 sur un avant-projet de décret flamand « houdende de wijziging van de wet van 10 maart 1925 op de electriciteitsvoorziening, het decreet van 20 december 1996 tot regeling van het recht op minimumlevering van elektriciteit, gas en water en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de omzetting van de richtlijn 2009/72/EG en de richtlijn 2009/73/EG », pp. 4-6 ; avis de la section de législation du Conseil d'État n° 49.491/3 du 27 avril 2011 sur un avant-projet d'ordonnance « modifiant l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale », p. 7 ; avis de la section de législation du Conseil d'État n° 56.903/4 du 17 décembre 2014 sur un avant-projet de loi « portant modification de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges », pp. 8 et 9.

nature discrétionnaire à une autorité administrative indépendante dans un domaine, celui de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire, dans lequel et pour le motif qu'aucune obligation de droit européen en ce sens n'existait¹⁰⁴. De même, dans un autre cas relatif à la réforme du statut de l'Autorité de protection des données, la section de législation a réaffirmé le caractère traditionnel de l'impossibilité constitutionnelle d'attribuer un pouvoir réglementaire à des autorités administratives indépendantes en dehors des prévisions du droit européen¹⁰⁵. D'autres exemples encore pourraient être évoqués¹⁰⁶. En suivant ce raisonnement, la section de législation du Conseil d'État reste donc attachée à l'interprétation du texte constitutionnel comme faisant obstacle aux attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes, soustraites au contrôle gouvernemental hiérarchique ou de tutelle, tout en admettant néanmoins explicitement aussi la primauté du droit européen sur ces exigences constitutionnelles lorsque ce droit impose de telles attributions de pouvoirs.

Au-delà des avis de la section de législation du Conseil d'État qu'on vient d'évoquer, cette attitude a pu être adoptée par la Cour constitutionnelle également. En particulier, dans son arrêt n° 130/2010 du 18 novembre 2010, la Cour constitutionnelle raisonne elle aussi, au moins en partie et non sans ambiguïtés, en termes de primauté du droit européen dérivé sur la Constitution pour justifier l'attribution d'un pouvoir de contrôle et de sanction à la CREG¹⁰⁷. Il nous semble par ailleurs qu'un raisonnement similaire se retrouve en filigrane d'un arrêt plus

104. Avis n° 70.453/4 du 24 janvier 2022 sur un avant-projet de décret de la Communauté germanophone « modifiant la partie décrétable du Code du développement territorial », pt 1.2.

105. Avis n° 70.956/2 du 7 mars 2022 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données », pp. 9-11. Voy. aussi l'avis n° 69.166/4 donné le 10 juin 2021 sur un avant-projet « portant transposition du code des communications électroniques européen et modification de diverses dispositions en matière de communications électroniques », pp. 9-22.

106. Par exemple : avis n° 69.836/1/V du 29 septembre 2021 sur un avant-projet d'ordonnance « modifiant l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale, l'ordonnance du 1^{er} avril 2004 relative à l'organisation du marché du gaz en Région de Bruxelles-Capitale, concernant des redevances de voiries en matière de gaz et d'électricité et portant modification de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale et l'ordonnance du 12 décembre 1991 créant des fonds budgétaires en vue de la transposition de la directive 2018/2001 et de la directive 2019/944 », pp. 84 et 85 ; avis n° 74.950/4 du 24 janvier 2024 sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 18 décembre 2009 relatif aux communications radioélectriques privées et aux droits d'utilisation des réseaux fixes et des réseaux à ressources partagées » ; avis n° 75.019/4 du 19 février 2024 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne « relatif au transport de dioxyde de carbone par canalisations », pp. 23-26.

107. C. const., 18 novembre 2010, n° 130/2010, B.8.1.

récent de la Cour, puisqu'il date de 2022¹⁰⁸. Dès lors, même si la Cour considère que les conditions mises par sa jurisprudence aux attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes trouvent à s'appliquer que l'on se trouve ou non dans le champ d'application du droit européen¹⁰⁹, elle semble prête à admettre des attributions de pouvoirs ne répondant pas à ces conditions lorsque le droit européen impose de telles attributions.

Envisagé du point de vue de l'attitude des instances concernées par rapport au droit européen, le raisonnement en termes de primauté du droit européen qui vient d'être décrit appelle trois observations principales.

Premièrement, à suivre un raisonnement ainsi explicitement fondé sur le principe de primauté du droit européen, l'attribution de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes dans des conditions qui dépassent ce qu'autorise la Cour constitutionnelle ou la section de législation du Conseil d'État n'est possible que et seulement dans la mesure requise par le droit européen¹¹⁰. Ceci nous paraît témoigner de la persistance d'une réticence forte des instances concernées à s'aligner pleinement sur la vision que se fait le droit européen du rôle des autorités administratives indépendantes, puisque cette stratégie aboutit à accepter un droit « à deux vitesses » en Belgique sur cette question, un droit d'origine constitutionnelle et un autre d'origine européenne. Le besoin de mise en œuvre du droit européen permet certes de justifier une différence de traitement dans la jouissance d'une garantie constitutionnelle fondamentale – celle de voir les décisions prises en Belgique par des autorités responsables devant le Parlement –¹¹¹, mais ce besoin

108. C. const., 22 septembre 2022, n° 110/2022, B.39.

109. C. const., 21 novembre 2021, n° 158/2013, B.14.4 ; C. const., 9 juin 2016, n° 89/2016, B.9.6.4 ; C. const. 9 décembre 2021, n° 177/2021, B.72.

110. Section de législation du Conseil d'État, avis n° 63.202/2 du 26 avril 2018 sur un « avant-projet de loi instituant le comité de sécurité de l'information et modifiant diverses lois concernant la mise en œuvre du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE », p. 11 ; avis n° 69.166/4 du 10 juin 2021 sur un avant-projet de loi « portant transposition du code des communications électroniques européen et modification de diverses dispositions en matière de communications électroniques », pp. 9-20 ; avis n° 75.019/4 du 19 février 2024 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne « relatif au transport de dioxyde de carbone par canalisations », p. 26.

111. W. VERRIJDT, « Het Grondwettelijk Hof als EU-rechter », in N. CARIAT et J. NOWAK (dir.), *Le droit de l'Union européenne et le juge belge / Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 268 ; P. NIHOUL, « Le droit dérivé de l'Union européenne, justification d'une législation prétendument inconstitutionnelle ? », in P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (coord.), *Les visages de l'État. Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 620.

ne permet pas de mettre à mal cette garantie au-delà du champ d'application et des exigences du droit européen. En d'autres termes, la figure de l'autorité administrative indépendante telle qu'elle est promue par l'Union européenne est ici acceptée, certes, mais à reculons, comme un corps étranger qui aurait été greffé sur un système constitutionnel belge¹¹².

Deuxièmement, cette réticence de principe vis-à-vis des attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes n'a, à ce jour, poussé ni la section de législation du Conseil d'État, ni la Cour constitutionnelle, à aller jusqu'à s'opposer au principe de primauté du droit européen, ce qui laisse entendre que les attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes exigées par le droit de l'Union européenne dans une ampleur ou selon des modalités contraires aux exigences de la Constitution ne doivent pas, s'agissant à tout le moins des cas déjà soumis à ces hautes instances, s'analyser comme relevant de l'identité constitutionnelle nationale de la Belgique, au sens où l'entend la Cour constitutionnelle comme constituant une limite à la primauté du droit européen¹¹³. Les principes constitutionnels mis en cause jusqu'à présent ne sont donc pas d'une importance telle, aux yeux des instances qui adoptent un raisonnement fondé sur le principe de primauté du droit européen pour passer outre les exigences constitutionnelles, qu'ils justifient une mise à l'écart des exigences du droit européen au nom du respect de la Constitution. Une telle conclusion, même si elle pourrait évoluer en fonction par exemple des affaires qui seront soumises à la Cour constitutionnelle dans le futur, n'était pas évidente, plusieurs auteurs ayant évoqué cette question des attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes comme un des cas dans lequel le principe de primauté du droit européen pourrait être amené à devoir céder le pas devant les exigences constitutionnelles, au nom du respect de l'identité nationale de la Belgique évoquée dans l'arrêt n° 62/2016 de la Cour constitutionnelle¹¹⁴.

112. Pour une conceptualisation des attributions de pouvoirs à des régulateurs indépendants en matière économique en Belgique à partir de la théorie des greffes juridiques, voy. E. SLAUTSKY, « Independent Economic Regulators in Belgium: Contextualising Local Resistance to a Global Trend in the Light of the Belgian Economic Constitution », *Review of European Administrative Law*, 2021, pp. 37-63.

113. C. const., 28 avril 2016, n° 62/2016, B.8.7.

114. J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, vol. 2, Bruges, die Keure, 2019, p. 515 ; C. JENART et T. CORTHOUT, « De staatsrechtelijke positie van toezichhouders of regulatoren », *Preadviezen 2023*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, La Haye, Boom juridisch, 2023, p. 173. Voy. aussi A. ALEN, « De nationale identiteit – Slotwoord », *T.B.P.*, 2017, p. 367.

Troisièmement, cette stratégie d'appliquer un droit constitutionnel à deux vitesses s'agissant des attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes suppose une grande prudence si l'on veut éviter les appréciations contraires au droit européen, particulièrement dans les cas où une autorité exerce à la fois des missions ou des tâches pour lesquelles l'indépendance est requise par le droit européen et des missions ou des tâches pour lesquelles une telle indépendance n'est pas requise et pour lesquelles un contrôle gouvernemental peut, voire doit donc constitutionnellement être maintenu. Il arrive d'ailleurs que, pour éviter cet écueil et ces difficultés liées à la coexistence d'activités soumises à des régimes juridiques distincts au sein d'une même autorité, la section de législation du Conseil d'État recommande au législateur de ne pas mêler, au sein d'une même autorité, des missions pour lesquelles le droit européen exige l'indépendance et des missions pour lesquelles cette indépendance n'est pas exigée¹¹⁵.

Lorsqu'un tel mélange des genres se produit néanmoins, les difficultés apparaissent.

Par exemple, en 2012, alors que le législateur fédéral revoit le statut de l'Institut belge des postes et des télécommunications (IBPT), une autorité administrative indépendante en charge de la régulation de ces deux secteurs, et qu'il envisage de supprimer tout à fait, la tutelle gouvernementale pesant alors sur certaines décisions de l'IBPT¹¹⁶, la section de législation du Conseil d'État s'y oppose. Elle indique en effet que « la prudence impose que la suppression du contrôle de tutelle à l'égard des décisions de l'IBPT, par l'avant-projet à l'examen, soit limitée aux actes pour l'adoption desquels le droit européen exige une indépendance absolue des autorités réglementaires conformément à l'article 3, paragraphe 3bis, de la directive "cadre" »¹¹⁷. Cette recommandation

115. Avis n° 60.294/3 du 30 novembre 2016 sur un avant-projet de décret flamand « houdende wijziging van het decreet van 20 december 1996 tot regeling van de rol van de lokale adviescommissie in het kader van het recht op minimumlevering van elektriciteit, gas en water en van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de invoering van een regulerend kader voor warmte- of koudnetten », p. 5 ; avis n° 63.544/3 du 21 juin 2018 sur un avant-projet de décret flamand « tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de uitrol van digitale meters en tot wijziging van artikel 7.1.1, 7.1.2, 7.1.5, en 13.2.1 van hetzelfde decreet », p. 5.

116. Voy. l'article 4 de l'avant-projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 2143/1, p. 102. Toutefois, cette tutelle introduite lors d'une réforme de 2003 était, en réalité, restée inopérante, faute que les arrêtés d'exécution de la disposition la mettant en place aient été adoptés (D. STEVENS, *Toezicht in de elektronische-communicatiesector. Constitutionele en institutionele aspecten van de wijzigende rol van de overheid*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 445).

117. Avis n° 50.003/4 du 4 septembre 2011 sur un avant-projet de loi « portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques », p. 22.

est suivie par le législateur¹¹⁸. Par communiqué de presse du 16 octobre 2014, la Commission européenne indique cependant avoir saisi la Cour de justice d'un recours en manquement contre la Belgique, au motif que la tutelle gouvernementale de suspension pesant encore sur certaines décisions de l'IBPT et l'approbation par le Conseil des ministres de la stratégie pluriannuelle de l'IBPT limitent l'indépendance du régulateur de façon excessive au regard des exigences du droit européen¹¹⁹. Selon la Commission européenne, l'indépendance des régulateurs nationaux par rapport au gouvernement vise à garantir l'indépendance des régulateurs dans l'accomplissement de toutes les tâches qui leur sont assignées en vertu du droit national transposant le droit européen¹²⁰. En 2015, sous la pression de cette action de la Commission européenne, le législateur réforme à nouveau le statut de l'IBPT et, cette fois-ci, supprime totalement la tutelle gouvernementale pesant sur les décisions de l'IBPT¹²¹. La section de législation accepte cette suppression dans la mesure où elle est exigée par le droit européen, malgré les réticences qu'elle avait précédemment exprimées¹²².

De manière proche, l'admissibilité au regard du droit européen du statut applicable au Régulateur flamand des services d'utilité publique, régulateur qui, pour rappel, a repris les attributions de la VREG depuis le 1^{er} janvier 2025, a été brièvement débattue devant la Cour constitutionnelle¹²³. Ce statut prévoit l'indépendance du Régulateur dans l'accomplissement des missions pour lesquelles l'indépendance est requise par le droit européen (la régulation des marchés du gaz et de l'électricité), mais le soumet à un contrôle du législateur décentralisé et du Gouvernement flamand pour ses missions pour lesquelles l'indépendance n'est pas requise par le droit européen (régulation et surveillance du secteur

118. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 2143/1, pp. 13 et 14.

119. Commission européenne, *Télécommunications : la Commission poursuit la Belgique devant la Cour de justice de l'UE pour défaut d'indépendance de son régulateur national*, 16 octobre 2014, IP/14/1145.

120. Voy. les références à l'avis motivé de la Commission européenne dans l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° 56.903 du 17 décembre 2014 sur un avant-projet de loi « portant modification de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges », pp. 7-9.

121. Art. 2 de la loi du 16 mars 2015 portant modification de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges (*M.B.*, 7 avril 2015).

122. Avis de la section de législation du Conseil d'État n° 56.903/4 du 17 décembre 2014 sur un avant-projet de loi « portant modification de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges », p. 8.

123. Aff. n° 8288. La Cour a rejeté la demande de suspension introduite dans cette affaire, faute de démonstration par les requérants d'un préjudice grave et difficilement réparable (C. const., 7 novembre 2024, n° 119/2024). Ceux-ci se sont ensuite désistés de leur recours en annulation.

de l'eau, entre autres), notamment au nom du respect des exigences constitutionnelles de responsabilité politique¹²⁴. La question se pose de savoir si l'on peut admettre ce procédé d'une autorité administrative indépendante pour une partie de ses activités, mais pas pour l'autre, ou si ce mélange des genres est de nature à mettre en cause l'indépendance de l'autorité pour l'ensemble de ses attributions, en violation des exigences du droit européen. Pour sa part, dans l'avis rendu sur l'avant-projet de décret, la section de législation du Conseil d'État ne semble en tout cas pas avoir radicalement condamné le procédé¹²⁵.

§ 4. Troisième attitude : réinterpréter le cadre constitutionnel belge à la lumière des exigences du droit européen

Une troisième stratégie que l'on trouve dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle par rapport à la question des attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes au centre de notre étude consiste à gommer, au moins pour partie, le conflit entre le droit européen et le cadre constitutionnel belge, en réinterprétant implicitement ce dernier d'une manière compatible avec ce que prévoit le droit européen et la conception que celui-ci se fait des conditions auxquelles des pouvoirs peuvent être confiés à des autorités administratives indépendantes¹²⁶. Une telle stratégie permet à la juridiction constitutionnelle d'évaluer le plus souvent les attributions législatives de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes prescrites par le droit européen à la lumière des exigences de la Constitution sans que, à la différence de ce qui se produit dans le cas des deux premières attitudes identifiées, le cadre constitutionnel belge soit en tant que tel mis à l'écart. Il y a, en quelque sorte, appropriation par le droit constitutionnel belge et le juge constitutionnel du logiciel européen relatif à l'admissibilité des attributions de pouvoirs à des autorités indépendantes, en vue de permettre la mise en œuvre correcte des instruments de droit européen concernés, conformément au principe de primauté du droit européen. Un tel raisonnement permet également d'évaluer l'admissibilité des attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes que l'on se trouve ou non dans le champ d'application du droit européen à

124. Décret flamand du 19 avril 2024 relatif à l'opérationnalisation d'un Régulateur flamand des services d'utilité publique.

125. Avis n° 74.252/3 du 1^{er} décembre 2023 sur un projet de décret « over de operationalisering van een Vlaamse Nutsregulator », pp. 9-17.

126. C. const., 18 novembre 2010, n° 130/2010, B.5 ; C. const., 21 novembre 2013, n° 158/2013, B.14.4.

des conditions similaires et nous paraît participer d'une européanisation plus profonde de notre cadre constitutionnel qu'un raisonnement qui se fonde uniquement sur le principe de primauté du droit européen. Ce raisonnement risque néanmoins de dénaturer le cadre constitutionnel belge en en réévaluant la portée à la lumière des conceptions qui prévalent dans un système, celui de l'Union européenne, qui présente des différences avec lui sur le plan de ses finalités et de l'équilibre de ses institutions.

Pour illustrer cette idée selon laquelle le cadre constitutionnel belge est interprété par la Cour constitutionnelle à la lumière du droit européen, on peut mettre en évidence que l'acceptation du procédé et les principales limites que la Cour pose désormais à l'attribution de pouvoirs à des autorités indépendantes ont été développées en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹²⁷, et que les conditions mises par la Cour constitutionnelle pour que de telles attributions de pouvoirs soient admissibles rappellent celles envisagées dans la jurisprudence de la Cour de justice. En particulier, l'admissibilité de l'absence de contrôle gouvernemental de tutelle ou hiérarchique sur l'autorité attributaire de pouvoirs, couplée à l'exigence que soient prévus un contrôle juridictionnel et un contrôle parlementaire sur l'autorité indépendante à qui des pouvoirs sont confiés, nous semblent faire écho à des exigences similaires que l'on retrouve dans la jurisprudence européenne¹²⁸. De même, le caractère limité et technique, plutôt que « politique », des pouvoirs devant être reconnus à des autorités indépendantes en vertu du droit européen est également mis en évidence à ce niveau¹²⁹.

127. C.J., 9 mars 2010, C-518/07, *Commission c. Allemagne*. La Cour constitutionnelle se réfère explicitement à cette décision dans sa décision du 21 novembre 2013, n° 158/2013, B.14.4 (référence à l'interprétation européenne du principe démocratique). Selon Michel Pâques aussi, l'interprétation des exigences de la Constitution par la Cour constitutionnelle en rapport avec les autorités administratives indépendantes est « nourrie au droit européen le plus récent, celui qui commande l'indépendance politique du régulateur » (M. PÂQUES, « Décentralisation, régulation et contrôle démocratique. L'arrêt 130/2010 en question », in *Liber amicorum Marc Boes*, Bruges, die Keure, 2011, p. 423).

128. C.J., 9 mars 2010, C-518/07, §§ 42-46. Voy. aussi C. JENART et T. CORTHOUT, « De staatsrechtelijke positie van toezichthouders of regulatoren », *Preadviezen 2023*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, La Haye, Boom juridisch, 2023, p. 171.

129. En rapport avec les régulateurs de l'énergie, l'avocat général Rantos souligne ainsi que « les compétences réservées à l'autorité de régulation relèvent du domaine de l'exécution, sur la base d'une appréciation technique spécialisée de la réalité, et, dans l'exercice de ces compétences, cette autorité est subordonnée à des principes et à des règles établis par un cadre normatif détaillé à l'échelle de l'Union, qui limitent sa marge d'appréciation et l'empêchent de faire des choix de nature politique » (conclusions présentées le 5 septembre 2024 dans l'affaire C-48/23, *Alajärven Sähkö Oy*, § 32). Voy. aussi C.J., 6 mars 2025, C-48/23, *Alajärven Sähkö Oy*, § 37 et C.J., 2 septembre 2021, C-718/18, *Commission c. Allemagne*, § 132.

§ 5. Quatrième attitude : défendre la primauté du cadre constitutionnel sur les exigences du droit européen ?

Les trois types d'attitudes qui précèdent sont analytiquement distinctes les uns des autres mais, à des degrés divers, elles confirment l'image plutôt europhile accolée aux juridictions suprêmes belges. Le quatrième type d'attitude qu'on peut aussi observer pourrait en revanche, quant à elle, nuancer davantage cette image. Il est en effet des cas dans lesquels la Cour constitutionnelle a pris des positions dont la compatibilité avec les exigences du droit européen est incertaine. On en donne ici un premier exemple, à savoir une décision rendue en 2023 en rapport avec le régulateur bruxellois de l'énergie (Commission de régulation pour l'énergie en Région de Bruxelles-Capitale ou Brugel)¹³⁰, qu'on détaille davantage que les autres décisions précédemment évoquées, parce qu'un tel degré de détail constitue une condition pour comprendre la portée de la décision et en quoi elle permet d'illustrer le quatrième type d'attitude que nous souhaitons ici mettre en évidence.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 29 juin 2023 fait suite à un recours introduit par Brugel contre une ordonnance du 17 mars 2022 de la Région de Bruxelles-Capitale¹³¹. Ce recours soutient que l'ordonnance violerait l'indépendance de Brugel et sa compétence exclusive en matière tarifaire, en violation du droit européen et, plus précisément, de la directive 2019/944/UE¹³², lue en combinaison avec les articles 10 et 11 de la Constitution. En particulier, était contesté l'article 12, 2°, de l'ordonnance du 17 mars 2022, qui impose à Brugel d'adopter une méthodologie tarifaire assurant un « taux de rendement suffisamment stable » permettant au gestionnaire du réseau de distribution de faire face à ses obligations à long terme, au motif que cette disposition ferait obstacle à l'adoption par Brugel de certains modèles de régulation tarifaire. Était aussi contesté par Brugel l'article 14, 4°, de l'ordonnance du

130. C. const., 29 juin 2023, n° 105/2023.

131. Ordonnance du 17 mars 2022 modifiant l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale, l'ordonnance du 1^{er} avril 2004 relative à l'organisation du marché du gaz en Région de Bruxelles-Capitale, concernant des redevances de voiries en matière de gaz et d'électricité et portant modification de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale et l'ordonnance du 12 décembre 1991 créant des fonds budgétaires en vue de la transposition de la directive 2018/2001 et de la directive 2019/944 (M.B., 20 avril 2022).

132. Directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE (refonte).

17 mars 2022, qui ne permet pas à Brugel d'exiger des modifications du plan de développement soumis par le gestionnaire du réseau de distribution, ce plan étant *in fine* adopté par le Gouvernement bruxellois.

Nonobstant ces arguments, la Cour constitutionnelle rejette le recours de Brugel. Premièrement, pour la Cour, imposer à Brugel d'adopter une méthodologie tarifaire assurant un « taux de rendement suffisamment stable » au gestionnaire de réseau ne porte pas atteinte à l'indépendance et à la compétence tarifaire de Brugel, dès lors que l'article 57, § 4, point b), ii), de la directive 2019/944/UE prévoit qu'en dépit de l'indépendance fonctionnelle de principe du régulateur, les autorités nationales, notamment le législateur, peuvent toujours fixer des « orientations générales » qui, de manière indirecte, leur permettent d'encadrer les décisions du régulateur quant à la politique à suivre¹³³. Ensuite, selon la Cour encore, l'article 14, 4°, de l'ordonnance du 17 mars 2022 ne viole pas non plus la directive 2019/944/UE, dès lors que cette directive ne requiert pas explicitement que Brugel doive disposer du pouvoir d'exiger des modifications du plan de développement du réseau¹³⁴. La circonstance que ce soit le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale qui soit *in fine* compétent pour adopter ce plan n'est pas non plus jugé comme étant contraire au droit européen par la Cour.

La question tranchée par la Cour constitutionnelle dans cette espèce était loin d'être évidente. Si la compétence du régulateur en ce qui concerne le contrôle des tarifs pratiqués par le gestionnaire de réseau est incontestable en vertu de l'article 59 de la directive 2019/944/UE¹³⁵,

133. C. const., 29 juin 2023, n° 105/2023, B.9.

134. L'article 32, §§ 3 et 4, de la directive (UE) 2019/944 dispose en effet que :

« 3. La mise en place d'un réseau de distribution se fonde sur un plan de développement du réseau transparent que le gestionnaire de réseau de distribution publie au moins tous les deux ans et soumet à l'autorité de régulation. Le plan de développement du réseau offre de la transparence quant aux services de flexibilité à moyen et long termes qui sont nécessaires, et énonce les investissements programmés pour les cinq à dix prochaines années, l'accent étant mis en particulier sur les principales infrastructures de distribution nécessaires pour raccorder les nouvelles capacités de production et les nouvelles charges, y compris les points de recharge des véhicules électriques. Ce plan de développement du réseau inclut également le recours à la participation active de la demande, à l'efficacité énergétique, à des installations de stockage d'énergie ou à d'autres ressources auxquelles le gestionnaire de réseau de distribution doit recourir comme alternatives à l'expansion du réseau.

4. Le gestionnaire de réseau de distribution consulte tous les utilisateurs du réseau concernés ainsi que les gestionnaires de réseau de transport concernés au sujet du plan de développement du réseau. Le gestionnaire de réseau de distribution publie les résultats du processus de consultation ainsi que le plan de développement du réseau et soumet les résultats de la consultation et le plan de développement du réseau à l'autorité de régulation. L'autorité de régulation peut demander que le plan soit modifié ».

135. Cette disposition prévoit en effet notamment que l'autorité de régulation doit être investie de la mission de « fixer ou approuver, selon des critères transparents, les tarifs de transport et de distribution ou leurs méthodes de calcul, ou les deux ».

l'article 57 de la même directive prévoit en effet aussi, comme le relève la Cour, que l'indépendance du régulateur de l'électricité est sans préjudice d'orientations générales édictées par le gouvernement ou le législateur qui ne concernent pas les missions et compétences de régulation dont doit être investi le régulateur¹³⁶, ni, bien sûr, des principes de régulation tarifaire établis dans la législation européenne. Assurément, la limite entre orientations générales autorisées et instructions interdites est notoirement difficile à tracer en pratique¹³⁷. En l'espèce, cependant, la conformité au droit européen du raisonnement tenu par la Cour constitutionnelle pourrait être contestée, dès lors que c'est le cœur de la compétence du régulateur, sa compétence en matière de tarifs, qui était ainsi limitée par le législateur bruxellois. Or, la jurisprudence de la Cour de justice tend à être très protectrice de la compétence tarifaire des régulateurs et insiste sur la nécessité de protéger l'indépendance du régulateur par rapport aux autres autorités publiques si l'on veut assurer la réalisation des objectifs européens¹³⁸. Elle donne, en outre, une interprétation large de cette indépendance¹³⁹. En ce sens, il ne saurait par exemple être admis qu'un législateur adopte « des mesures réglementaires nationales qui comprennent des dispositions détaillées établissant, de manière spécifique, les éléments qui sont à la discrétion de l'autorité de régulation, tels que le niveau des tarifs du réseau électrique ou les méthodes concrètes de leur calcul »¹⁴⁰. Dès lors, sur ce point, la Cour constitutionnelle prend le risque de valider une situation de non-conformité du droit bruxellois par rapport au droit européen.

De même, sur le deuxième grief soulevé par Brugel dans l'affaire, l'interprétation plutôt littérale des exigences de la directive quant aux pouvoirs devant être reconnus par le législateur bruxellois au régulateur s'agissant de la modification ou de l'approbation du plan de développement du gestionnaire de réseau de distribution témoigne aussi d'une lecture plutôt réservée de la Cour constitutionnelle de l'étendue des prérogatives devant, au regard du droit européen, être reconnues au régulateur bruxellois de l'énergie. Or, ici encore, cette réserve contraste avec la jurisprudence européenne, qui adopte souvent une interprétation

136. Voy. aussi le considérant 87 de la directive.

137. Y. MARIQUE, « The Rule-Making Powers of Independent Administrative Agencies ('QUANGOs') », in *Rapports généraux du XVII^{ème} Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 31 ; A. OTTOW et S. LAVRIJSSEN, « Het Europese recht als hoeder van de onafhankelijkheid van nationale toezichhouders », *Tijdschrift voor Toezicht*, 2011, pp. 38-44.

138. Voy. not. C.J., 2 septembre 2021, C-718/18, *Commission c. Allemagne*, §§ 106 et 112.

139. Conclusions de l'avocat général Rantos présentées le 5 septembre 2024 dans l'affaire C-48/23, *Alajärven Sähkö Oy*, § 40.

140. C.J., 6 mars 2025, C-48/23, *Alajärven Sähkö Oy*, § 41.

extensive et téléologique des dispositions des directives définissant les pouvoirs de régulateurs nationaux, plutôt qu'une interprétation littérale¹⁴¹. Dans le même temps, cependant, il faut aussi relever que le droit européen admet que la compétence de définir une politique en matière de sécurité d'approvisionnement ou en ce qui concerne les conditions d'exploitation des ressources énergétiques nationales ne doit pas appartenir au régulateur¹⁴², soit deux volets qui sont intimement liés au développement du réseau d'électricité, ce qui peut renforcer la prétention du Gouvernement bruxellois à garder le pouvoir du dernier mot sur ce point. Il n'en reste pas moins que la Cour constitutionnelle prend ici aussi le risque de ne pas respecter les exigences du droit européen.

Cet arrêt de 2023 concernant Brugel n'est pas le premier dans lequel la Cour a pu avoir une lecture plutôt restrictive de l'indépendance des régulateurs belges de l'énergie¹⁴³. Un arrêt plus récent encore, rendu quant à la compétence tarifaire de la CWaPE cette fois-ci, montre par ailleurs lui aussi la volonté de la Cour constitutionnelle de ne pas consacrer une conception de l'indépendance tarifaire du régulateur qui l'immuniserait de toute interférence du législateur¹⁴⁴. L'attitude de la Cour constitutionnelle dans les espèces relatives à Brugel et à la CWaPE est d'autant plus remarquable que la Cour ne pose de question préjudicielle à la Cour de justice pour l'interroger quant à l'interprétation à donner aux instruments européens dont elle examine l'éventuelle violation dans aucune de ces deux affaires. Certes, dans l'affaire concernant Brugel, il n'apparaît pas de l'arrêt que les parties auraient demandé qu'une telle question préjudicielle soit posée et la Cour a dès lors soit considéré que le doute sur l'interprétation à donner au droit européen applicable dans l'affaire n'était pas suffisant que pour l'obliger, en tant que juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours, à poser d'office une telle question préjudicielle, conformément à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, soit qu'une autre des exceptions à cette obligation de poser une question préjudicielle pouvait trouver à s'appliquer en l'espèce¹⁴⁵. En revanche, dans l'arrêt relatif

141. S. LAVRIJSEN et A. OTTOW, « The Legality of Independent Regulatory Authorities », in L. BESSELINK, F. PENNINGS et S. PRECHAL (dir.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Diegem, Kluwer Law International, 2011, p. 88.

142. Conclusions de l'avocat général Rantos présentées le 5 septembre 2024 dans l'affaire C-48/23, *Alajärven Sähkö Oy*, §§ 54 et 55.

143. C. const., 7 août 2013, n° 117/2013. Sur cet arrêt, voy. L. DE DEYNE, « Lijvig arrest van het Grondwettelijk Hof versterkt onafhankelijkheid van CREG slechts matig », *M.E.R.*, 2014, pp. 3-24.

144. C. const., 22 février 2024, n° 26/2024.

145. La Cour constitutionnelle synthétise ses obligations en la matière de la manière suivante (C. const., 11 octobre 2018, n° 136/2018, B.18) : « L'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne habilite la Cour de justice à statuer, à titre

à la compétence tarifaire de la CWaPE, cette dernière demandait, bel et bien à la Cour constitutionnelle de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, ce que celle-ci s'est toutefois refusé à faire en des termes explicites, renvoyant aux exceptions admises par la Cour de justice à l'obligation de poser une telle question¹⁴⁶. Ces absences de question préjudicielle ont permis, dans ces affaires, à la Cour constitutionnelle de rester seule maîtresse de son raisonnement dans les deux cas. Ces différents éléments – la lecture plutôt restrictive de l'exigence d'indépendance du régulateur et l'absence de question préjudicielle posée à la Cour de justice – pourraient tendre à montrer que, au nom, peut-être, d'une certaine conception qu'elle se fait de ce que la Constitution belge impose¹⁴⁷, la Cour constitutionnelle a voulu préserver les prérogatives des institutions représentatives face au régulateur indépendant sur des questions – le contrôle des tarifs du gestionnaire du réseau de distribution et le contrôle du plan de développement du réseau – qui, sous des dehors parfois techniques, ont des implications sociales et économiques importantes et dont le règlement suppose de nombreux choix d'opportunité. On l'a déjà évoqué¹⁴⁸. Il n'en reste pas moins que la conformité de ce choix par rapport au droit européen n'est pas hors de tout doute, de sorte qu'on peut se demander si cette jurisprudence n'est pas un exemple de désobéissance cachée de la Cour

préjudiciel, aussi bien sur l'interprétation des traités et des actes des institutions de l'Union européenne que sur la validité de ces actes. En vertu du troisième alinéa de cette disposition, une juridiction nationale est tenue de saisir la Cour de justice lorsque ses décisions – comme celles de la Cour constitutionnelle – ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne. En cas de doute sur l'interprétation ou la validité d'une disposition du droit de l'Union européenne importante pour la solution d'un litige pendant devant une telle juridiction nationale, cette juridiction doit, même d'office, poser une question préjudicielle à la Cour de justice ». Par exception, néanmoins, toujours selon la Cour (C. const., 12 janvier 2023, n° 1/2023, B.21) : « Ce renvoi n'est toutefois pas nécessaire lorsque cette juridiction a constaté que la question soulevée n'est pas pertinente, que la disposition du droit de l'Union en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour de justice ou que l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable (C.J.C.E., 6 octobre 1982, C-283/81, *CILFIT*, ECLI:EU:C:1982:335, point 21 ; grande chambre, 6 octobre 2021, C-561/19, *Conorzio Italian Management et Catania Multiservizi SpA*, ECLI:EU:C:2021:799, point 33). À la lumière de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ces motifs doivent ressortir à suffisance de la motivation de l'arrêt par lequel la juridiction refuse de poser la question préjudicielle (*ibid.*, point 51) ».

146. C. const., 22 février 2024, n° 26/2024, B.15.3.

147. Voy. aussi l'argumentation en ce sens développée par Sibelga dans l'affaire relative à Brugel (C. const., 29 juin 2023, n° 105/2023, A.3.4.3) et par le Gouvernement wallon dans l'affaire relative à la CWaPE (C. const., 22 février 2024, n° 26/2024, A.3 et A.7.1).

148. Voy. *supra*, note de bas de page n° 97. Voy. ég. M. PÂQUES, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2024, pp. 559 et 560 (« un pouvoir discrétionnaire important est omniprésent dans l'action de régulation et la décision du régulateur procède le plus souvent d'un choix politique même quand elle est en apparence technique, économique ou scientifique, ce que les meilleurs observateurs reconnaissent »).

constitutionnelle par rapport aux exigences du droit européen, dans un cas où les solutions du droit européen, selon la Cour, mettent en danger des principes constitutionnels importants. Si cette jurisprudence doit s'analyser de la sorte, ce ne serait pas le premier cas de désobéissance « cachée » de la Cour constitutionnelle¹⁴⁹.

En conclusion, les différentes attitudes et stratégies développées par les juridictions suprêmes belges et la section de législation du Conseil d'État pour gérer les tensions qui existent entre Constitution belge et droit européen sur la question des attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes montrent bien que les appréciations d'ensemble qu'il est possible de formuler sur le caractère plus ou moins « europhile » des instances concernées gagnent à être complétées et affinées par des analyses plus spécifiques. L'analyse d'un cas d'étude comme celui qui est ici le nôtre permet de mettre en évidence les évolutions dans la jurisprudence d'une même juridiction, la variété des raisonnements tenus et les éventuels atermoiements face à ces conflits potentiels ou avérés entre exigences constitutionnelles et bonne mise en œuvre du droit européen. La position des juridictions suprêmes est loin d'être monolithique ou uniforme dans le détail des raisonnements tenus. Un tel constat n'est sans doute guère surprenant, si l'on accepte de considérer que, certes, chaque cas est différent et que juger est un art, mais aussi que les juridictions sont guidées tant par leur souci d'appliquer le droit que par des considérations plus stratégiques¹⁵⁰, dont le poids peut varier notamment selon les juridictions concernées, l'évolution de leur composition ou le moment et le contexte où elles sont amenées à statuer. À titre d'exemple, sur une question connexe à celle qui nous occupe, plusieurs travaux au croisement du droit et de la science politique se sont intéressés à la propension variable des différents juges nationaux à user du renvoi préjudiciel à la Cour de justice, mettant en évidence, au rang des facteurs extra-juridiques explicatifs, et à côté d'autres facteurs contextuels comme l'ampleur de la participation d'un État au marché commun européen¹⁵¹, la familiarité des juges par rapport au droit européen, leur volonté d'accroître leurs prérogatives à l'égard du législateur et du pouvoir exécutif ou encore leur crainte

149. P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, « The Belgian Constitution: The Efficacy Approach to European and Global Governance », in A. ALBI et S. BARDUTZKY (dir.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, Dordrecht, Springer, 2019, p. 1233.

150. W. VERRIJDT, « Het Grondwettelijk Hof als EU-rechter », in N. CARIAT et J. NOWAK (dir.), *Le droit de l'Union européenne et le juge belge / Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 281.

151. A. DYEYRE et N. LAMPACH, « The origins of regional integration: Untangling the effect of trade on judicial cooperation », *Int'l Rev. L. & Econ.*, 2018, pp. 122-133.

de voir leurs décisions ou leur statut mis à mal par une réaction négative des institutions représentatives¹⁵². La réticence des juges à voir des équilibres constitutionnels internes mis en cause par le droit européen a aussi pu être citée comme facteur justifiant que les juridictions ne saisissent pas la Cour de justice d'une question préjudicielle¹⁵³.

Il n'en reste pas moins que, au-delà des explications qu'il est possible d'apporter aux différences observables dans la jurisprudence des juridictions suprêmes belges sur cette question des attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes, il est aussi possible de poser l'hypothèse que ces différences seraient moindres si la Constitution belge contenait une disposition dédiée à la question plus large des attributions de pouvoirs à des autorités non gouvernementales ou à la question, connexe en l'espèce, des rapports entre l'ordre juridique interne et le droit européen. C'est en effet faute de telles dispositions spécifiques que les plus hautes instances belges sont amenées à raisonner sur la base des principes et à développer elles-mêmes des solutions *ad hoc* pour articuler les exigences contradictoires du droit constitutionnel et du droit européen auxquelles elles sont confrontées, ce qu'elles font souvent avec un certain pragmatisme¹⁵⁴. Dans ce contexte, néanmoins, une intervention du pouvoir constituant sur cette question des attributions de pouvoirs à des autorités non gouvernementales permettrait de clarifier la place que doivent prendre les autorités administratives indépendantes dans le panorama de nos institutions. Une telle intervention est d'ailleurs appelée de ses vœux par le dédicataire de ces lignes depuis longtemps, tout comme, d'ailleurs, par un nombre important d'autres spécialistes de la question. On l'a dit¹⁵⁵. La probabilité qu'une telle révision constitutionnelle intervienne est néanmoins fonction de la volonté d'un nombre suffisant de formations politiques, eu égard aux exigences de majorités qualifiées nécessaires pour toute révision constitutionnelle, de se saisir de la question. Or, si elles ont le mérite du pragmatisme, les solutions apportées, en pratique, par nos juridictions suprêmes pour permettre l'intégration conditionnelle des autorités administratives indépendantes en droit belge même sans disposition constitutionnelle relative à ces autorités, n'ont-elles pas aussi pour effet de rendre la saillance politique de cette question encore

152. N. LAMPACH et A. DYEVRE, « Choosing for Europe: judicial incentives and legal integration in the European Union », *European Journal of Law and Economics*, 2020, pp. 65-86.

153. J. KROMMENDIJK, *National Courts and Preliminary References to the Court of Justice*, Cheltenham, Edward Elgar, 2021, pp. 158-163.

154. C. JENART et T. CORTHOUT, « De staatsrechtelijke positie van toezichthouders of reguleratoren », *Preadviezen 2023*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, La Haye, Boom juridisch, 2023, p. 193.

155. Voy. *supra*, note de bas de page n° 39.

moins importante qu'elle ne l'est déjà intrinsèquement du fait de sa technicité apparente et, ce faisant, de diminuer encore la probabilité d'une révision constitutionnelle sur ce point ? La question est en tout cas ouverte, même si la déclaration de révision de la Constitution publiée au *Moniteur belge* le 27 mai 2024 prévoit une nouvelle fois l'ouverture à révision du « titre III de la Constitution, en vue d'y insérer un article nouveau relatif à la décentralisation par service ». Partant, même si les espoirs doivent rester mesurés, une consécration constitutionnelle de l'autorité administrative indépendante et des attributions de pouvoirs à de telles autorités pourrait intervenir lors de la législature consécutive aux élections du 9 juin 2024.

Conclusion

Les attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes sont un des traits caractéristiques de l'organisation de l'État contemporain. En Belgique, de telles attributions de pouvoirs sont fortement liées au processus d'intégration européenne : l'Union européenne exige en effet de manière fréquente que des attributions soient confiées à des autorités indépendantes dans des secteurs comme celui de l'énergie, des communications électroniques ou de la protection des données personnelles. En guise d'hommage à Hugues Dumont et en nous appuyant sur ses travaux, nous avons souhaité revenir sur ces attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes sous deux angles distincts : celui de la para-légalité et celui des relations entre l'ordre juridique belge et le droit de l'Union européenne. Premièrement, une analyse de ces attributions de pouvoirs sous l'angle du concept de para-légalité permet d'affiner notre compréhension de ce phénomène qui se déroule largement dans les marges du texte constitutionnel, même si les attributions de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes présentent des différences par rapport à d'autres cas de para-légalité, spécialement en ce qu'elles nous paraissent trouver un appui moins fort dans la société ou les élites belges que les autres cas sur lesquels Hugues Dumont s'est penché. Deuxièmement, l'étude de la manière dont les juridictions suprêmes belges et la section de législation du Conseil d'État appréhendent les tensions entre les exigences constitutionnelles limitant les possibilités d'attribution de pouvoirs à des autorités administratives indépendantes et les obligations découlant du droit de l'Union européenne de procéder à de telles attributions permet d'affiner, au-delà des appréciations d'ensemble qu'il est possible de formuler sur ce point, notre compréhension des stratégies adoptées

par ces acteurs du droit belge face à un conflit entre droit européen et Constitution. Ces stratégies ne sont pas uniformes et peuvent aller de l'acceptation inconditionnelle de la primauté du droit de l'Union européenne à une acceptation beaucoup plus mesurée de cette primauté, voire à un refus, en pratique, d'accepter celle-ci. Qu'il nous soit enfin permis d'émettre le souhait de poursuivre le dialogue académique avec Hugues Dumont en vue de soumettre notamment à la discussion les enseignements qu'on pense avoir pu tirer ici de notre cas d'étude.

2. Par la loi spéciale du 6 janvier 2014², les Régions ont reçu la compétence pour les tarifs de distribution d'électricité.³ Il s'agissait à l'époque d'un défi pour la petite Région de Bruxelles-Capitale et l'incertitude planait quant à la façon dont la Région allait se saisir de cette compétence. Ainsi, Pascal Boucquey et Raphaël Lefere concluaient, la même année, leur chapitre sur le droit de l'énergie dans l'ouvrage visant à faire le bilan des 25 années de droit bruxellois en se demandant comment la Région de Bruxelles-Capitale allait exercer cette compétence : « [A]ura-t-elle une attitude innovatrice, ou attentiste ? S'écartera-t-elle radicalement de l'expérience acquise au niveau fédéral, ou la prolongera-t-elle pour l'essentiel, tout en l'adaptant à ses spécificités propres ? ».⁴ Autrement dit, est-ce que la Région de Bruxelles-Capitale sera en mesure de s'adapter à ses spécificités et de prendre ses distances, d'une part, avec l'expérience fédérale et, d'autre part, avec les décisions qui seront prises par les autres Régions ? Il faut dire que, de par sa taille, sa sociologie et ses contraintes techniques différentes des autres Régions, il existait, à l'époque, des arguments justifiant un exercice de l'autonomie tarifaire nouvellement acquise.

3. C'est à cette question que le présent chapitre vise à répondre. Il a pour objectif de revenir sur ces dix premières années de compétence tarifaire en Région de Bruxelles-Capitale en vue de déterminer dans quelle mesure celle-ci s'est éloignée de l'expérience tarifaire fédérale et des chemins pris par les Régions flamande et wallonne. Nous tenterons à cet égard d'établir que si le législateur bruxellois, lorsqu'il a adopté le cadre législatif relatif à la procédure d'établissement des tarifs de réseau de distribution, a fait preuve d'un mimétisme évident par rapport au cadre fédéral applicable lors de la sixième réforme de l'État, le régulateur bruxellois, BRUGEL, qui dispose de la compétence tarifaire⁵, s'est écarté tant de l'expérience fédérale que de celle des autres Régions, pour garantir le rôle des tarifs de réseau dans la transition énergétique, tout en s'adaptant aux contraintes techniques spécifiques à la Région de Bruxelles-Capitale et en assurant la protection des consommateurs d'électricité, en ce compris les consommateurs vulnérables. Ce dernier enjeu est crucial dans le contexte bruxellois où plus de 25% des consommateurs énergétiques sont en situation de précarité énergétique.⁶ Il ne constitue

² Loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la sixième réforme de l'État, *M.B.*, 31 janvier 2014.

³ Voir à cet égard, Q. PEIFFER, « La régionalisation des tarifs de distribution d'énergie », *R.D.I.R.*, 2014, n° 4, pp. 403-416.

⁴ P. BOUCQUEY et R. LEFERE, « Le droit bruxellois de l'énergie », in P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et D. YERNAULT (dir.), *Le droit bruxellois. Un bilan après 25 ans d'application (1989-2014)*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 1065.

⁵ Art. 59, § 1, a), de la directive électricité.

⁶ Ce qui signifie que ces ménages ont des difficultés à satisfaire leurs besoins élémentaires en énergie. FONDATION ROI BAUDOUIN, *Baromètre de la précarité énergétique. Analyse et interprétation des résultats 2021*, 2023, p. 32, disponible sur <https://media.kbs-frb.be/fr/media/10490/Barom%C3%A8tre%20Pr%C3%A9carit%C3%A9%20Energ%C3%A9tique%202023%20DEF>.

cependant pas à proprement parler un des objectifs visés par l'exercice de la compétence tarifaire, d'autres outils, notamment le tarif social, existant. Nous verrons néanmoins que BRUGEL cherche à s'assurer que les consommateurs, en particulier vulnérables, ne portent pas le poids de la transition énergétique.

4. Dans ce cadre, nous commencerons notre analyse par une présentation des tarifs de réseau et des différentes fonctions qu'ils remplissent (II). Ceux-ci renvoient en effet à une multiplicité de notions – tarifs de distribution, tarifs de transport, etc. – qui sont pourtant réunies dans un seul document : la facture finale du consommateur vis-à-vis de son fournisseur. Nous présenterons ensuite le cadre législatif bruxellois des tarifs de réseau (III) et soulignerons en quoi le législateur bruxellois, là où il est autorisé à intervenir par le cadre européen, s'est, dans une grande mesure, contenté de reproduire ce qui était alors en vigueur au niveau fédéral. Enfin, avant de conclure, nous présenterons les positions novatrices prises par BRUGEL sur plusieurs questions tarifaires, à savoir les tarifs de réseau applicables au *prosumer*, les nouvelles structures tarifaires bruxelloises, et les tarifs de réseau pour les volumes partagés (IV).

II. LES TARIFS DE RÉSEAU : DÉFINITION ET FONCTIONS

5. Les tarifs de réseau ne sont pas une réalité unique. Une distinction est en effet faite entre les tarifs de transport, les tarifs de distribution, les tarifs de raccordement au réseau, les tarifs d'utilisation ou de gestion du réseau et les tarifs liés aux obligations de service public des gestionnaires de réseau. Dans tous ces cas, les tarifs servent un objectif, à savoir la rémunération des gestionnaires de réseau pour leurs services, par la couverture des coûts et l'octroi d'une marge bénéficiaire (A). Par ailleurs, même si les tarifs de réseau renvoient à différentes réalités, l'ensemble de ces tarifs sont pourtant facturés en une fois au consommateur final. Ceci est le résultat de l'application de ce qu'on appelle la cascade tarifaire (B). Nous verrons dans la suite de cette contribution que les nouveautés tarifaires intervenues en vue de favoriser la transition énergétique et présentées dans la quatrième partie de cette contribution sont à même de remettre en cause ce principe de cascade tarifaire ou, à tout le moins, ses fondements.

A. LES TARIFS DE RÉSEAU, RÉMUNÉRATION DES GESTIONNAIRES DE RÉSEAU

6. L'ordonnance électricité⁷ établit que les tarifs de distribution sont la rémunération due⁸ pour le raccordement au réseau, c'est-à-dire la connexion physique au réseau de distribution⁹, et l'accès au réseau de distribution¹⁰, à savoir l'utilisation même du réseau, sous forme d'injection ou de prélèvement¹¹, et que ces tarifs, la méthodologie tarifaire qui leur est sous-jacente ainsi que tout document utile à leur justification doivent être publiquement accessibles.¹² Cet article fait écho à la disposition européenne relative à l'accès de tiers au réseau d'électricité; dès lors que le marché de l'électricité a été libéralisé et que toute personne a, en principe, droit à accéder au et à utiliser le réseau électrique, cet accès doit se faire sur la base de tarifs publiés et applicables de façon non discriminatoire.¹³ L'idée est ici de s'assurer que le gestionnaire de réseau, qui dispose d'un monopole légal et naturel sur sa partie du réseau d'électricité, n'abuse pas de ce monopole pour en tirer des bénéfices déraisonnables et/ou pour adopter certains comportements discriminatoires en matière d'accès au réseau.¹⁴

7. Les tarifs de réseau sont donc la rémunération à laquelle les gestionnaires de réseau ont droit pour remplir les différentes missions qui leur incombent et qui visent à assurer l'acheminement de l'électricité aux utilisateurs finals. Il existe donc des tarifs de réseau de transport, qui portent sur les services rendus par le gestionnaire de réseau de transport, Elia, et des tarifs de réseau de distribution, qui sont eux relatifs aux missions du gestionnaire de réseau de distribution.

⁷ Ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 17 novembre 2001 (ci-après l'«ordonnance électricité»).

⁸ La question de savoir qui est débiteur de cette rémunération n'est pas aisée et est analysée aux paragraphes 9 et suivants de la présente contribution.

⁹ Voir art. 1.2, § 2, 74°, du règlement technique pour la gestion du réseau de distribution d'électricité en Région de Bruxelles-Capitale et l'accès à celui-ci, établi sur la base de l'article 9ter, alinéa 1^{er}, de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale et approuvé le 21 février 2024 par BRUGEL (ci-après le «règlement technique bruxellois»).

¹⁰ Art. 9quater, § 1^{er}, al. 1^{er}, de l'ordonnance électricité.

¹¹ Voir art. 1.2, § 2, 1°, du règlement technique bruxellois. Sur la distinction entre raccordement et accès au réseau, voir également I.-S. BROUHNS et G. POSSOZ, «L'intégration de l'énergie verte dans les réseaux de distribution et de transport d'électricité», *Amén.-Env.*, 2018, n° 4, p. 99.

¹² Art. 9quater, § 5, de l'ordonnance électricité.

¹³ Art. 6, § 1, de la directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE (refonte) (ci-après la «directive électricité»).

¹⁴ D. VERHOEVEN, «Régulation des tarifs de transport et de distribution d'électricité et de gaz naturel : éléments juridiques d'un jeu de quilles politico-économique», in R. BORN et D. RENDERS (dir.), *Actualités du droit de l'énergie*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 285; C. DECLERCQ, «La régulation tarifaire», in R. BORN et D. RENDERS (dir.), *Actualités du droit de l'énergie*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 236; P. BOUCQUEY et X. TATON, «Conclusions générales : les fonctions de la tarification dans les industries de réseau», *R.D.I.R.*, 2014, n° 2, pp. 223-232.

Parmi ces tarifs, une distinction est faite entre les tarifs relatifs à l'installation d'un nouveau raccordement, les tarifs d'utilisation du réseau à proprement parler et les tarifs relatifs aux obligations de service public des gestionnaires de réseau comme la gestion de l'éclairage public communal au niveau de la distribution. Certains tarifs sont par ailleurs propres à chaque type de gestionnaire de réseau. Ainsi, Elia, le gestionnaire du réseau de transport, facture des tarifs relatifs à la gestion des déséquilibres¹⁵ et SIBELGA, le gestionnaire du réseau de distribution bruxellois, des tarifs pour les activités de mesure et comptage¹⁶, chacune des missions propres au gestionnaire respectivement du réseau de transport et de distribution. Dans la suite de cette contribution, nous analyserons principalement les tarifs d'utilisation du réseau de distribution, mais il est utile de garder en tête la multiplicité des réalités qui se cachent derrière la notion de tarifs de réseau.

B. LA CASCADE TARIFAIRE

8. La cascade tarifaire, également appelée cascade de facturation ou système de facturation unique¹⁷, a été définie par la Cour constitutionnelle comme suit :

«B.11. Selon le système dit “de la cascade tarifaire”, le gestionnaire du réseau de transport facture ses tarifs au gestionnaire du réseau de distribution. Celui-ci facture à son tour au fournisseur ses propres tarifs, qui comprennent les coûts liés à l'utilisation du réseau de transport. Le fournisseur fait de même en adressant au client final une facture qui comprend l'ensemble des coûts qu'implique la fourniture d'énergie, à savoir la valeur de l'énergie consommée, les tarifs liés à l'utilisation des réseaux de transport et de distribution, les taxes et prélèvements. Le client final reçoit donc une facture unique, malgré l'intervention de plusieurs acteurs dans le processus de fourniture d'énergie».¹⁸

9. Si, de prime abord, la cascade tarifaire ne semble concerner que la facturation, c'est la question de savoir qui est débiteur des tarifs de réseau qui est en jeu et, par voie de conséquence, qui porte le risque d'impayé : est-ce le client final, utilisateur du réseau de distribution ou le fournisseur qui est débiteur des tarifs de réseau ? Autrement dit, est-ce que le fournisseur est lui-même débiteur des tarifs de réseau vis-à-vis du gestionnaire de réseau de distribution ou

¹⁵ CREG, Arrêté fixant la méthodologie tarifaire pour le réseau de transport d'électricité et pour les réseaux d'électricité ayant une fonction de transport pour la période régulatoire 2024-2027, 30 juin 2022, p. 31.

¹⁶ Voir notamment BRUGEL, Décision 20240319-264, Méthodologie tarifaire applicable au gestionnaire de réseau de distribution d'électricité et de gaz actif en Région bruxelloise pour la période 2025-2029 – Partie 2 – Structure tarifaire et conditions d'application, 19 mars 2024, p. 9.

¹⁷ P. BOUCQUEY, « Remous judiciaires autour de la cascade tarifaire », *R.D.I.R.*, 2016, n° 4, p. 362, note sous Bruxelles, 18^e ch., 28 avril 2016, R.G. n°s 2015/AR/104 et 2015/AR/106.

¹⁸ C.C., arrêt n° 183/2019 du 20 novembre 2019, B.11.

est-ce qu'il ne fait qu'agir comme « instance de recouvrement, au nom et pour le compte »¹⁹ du gestionnaire de réseau de distribution ? C'est la question que les fournisseurs ont posée à la Cour constitutionnelle²⁰ et avant ça aux Cours d'appel de Liège²¹ et de Bruxelles²², en espérant faire peser le risque d'impayé sur le gestionnaire de réseau de distribution. Dans tous ces cas, les demandes des fournisseurs ont été rejetées. Dans le cas le plus récent, la Cour constitutionnelle a estimé que la cascade tarifaire faisait partie du modèle de marché mis en place en Belgique à la suite de la libéralisation du secteur de l'énergie²³ et que « l'obligation pour le fournisseur de reverser au gestionnaire de réseau de distribution la totalité des sommes dues pour l'utilisation du réseau, y compris les montants non recouverts auprès des clients finals, est la conséquence logique du fait qu'il est le débiteur direct de ces sommes vis-à-vis du gestionnaire de réseau ». ²⁴

10. La question de savoir qui est débiteur des tarifs de réseau nous semble en réalité intrinsèquement liée à la question de savoir qui détient l'accès au réseau de distribution. En effet, une distinction est généralement faite entre le raccordement au réseau et l'accès au réseau. Le premier renvoie à la connexion physique entre l'utilisateur du réseau de distribution et le réseau de distribution²⁵ et le second, à l'utilisation à proprement parler du réseau, à savoir le prélèvement ou l'injection d'électricité sur le réseau.²⁶ En considérant que le fournisseur porte le risque d'impayé, il est en réalité décidé que c'est le fournisseur qui détient l'accès au réseau de distribution et non les utilisateurs du réseau de distribution. Ainsi, les juridictions en question ont notamment fait référence au fait que le contrat d'accès est conclu entre le gestionnaire de réseau de distribution et le fournisseur et non entre le gestionnaire de réseau de distribution et l'utilisateur de réseau.²⁷

11. Dans un contexte de transition énergétique et de rôle de plus en plus important du consommateur énergétique, qui devient acteur du secteur

¹⁹ *Ibid.*, B.3.

²⁰ *Ibid.* Les fournisseurs ont ici attaqué l'inscription du système de la cascade tarifaire dans le décret wallon relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité (*M.B.*, 31 janvier 2017). La Région wallonne est la seule à avoir inscrit ce principe dans une disposition légale.

²¹ Liège, 22 mars 2016, R.G. n° 2015/126/94, *R.D.I.R.*, 2016, n° 2, p. 203.

²² Bruxelles, 18^e ch., 28 avril 2016, R.G. n°s 2015/AR/104 et 2015/AR/106, *R.D.I.R.*, 2016, n° 4, p. 356.

²³ C.C., arrêt n° 183/2019 du 20 novembre 2019, B.6.

²⁴ *Ibid.*, B.16.

²⁵ Art. 1.2, § 2, 74°, du règlement technique bruxellois.

²⁶ Art. 1.2, § 2, 1°, du règlement technique bruxellois. Sur cette distinction, voir I.-S. BROUHNS et G. POSSOZ, « L'intégration de l'énergie verte dans les réseaux de distribution et de transport d'électricité », *op. cit.*, p. 99 ; et S. VANHOVE, « Tariefcascade eindigt in koude douche voor energieleveranciers », *R.W.*, 2019, vol. 83, n° 37, p. 1458.

²⁷ C.C., arrêt n° 183/2019 du 20 novembre 2019, B.10 et Bruxelles, 28 avril 2016, *R.D.I.R.*, 2016, n° 4, p. 356, § 14.

énergétique, plusieurs arguments existent néanmoins pour défendre que cette vision du secteur énergétique suivant laquelle le fournisseur est la personne qui a accès au et donc utilise le réseau d'électricité, et est dès lors débiteur des tarifs de réseau, n'est pas ou du moins plus exacte en ce qui concerne les questions tarifaires. En effet, les derniers règlement et directive électricité semblent indiquer – et cela nous semble conforme aux termes employés dans ces législations – que c'est l'utilisateur du réseau qui utilise le réseau, pour prélever ou injecter de l'électricité et qui doit, à ce titre, être soumis à des redevances d'accès au réseau.²⁸ Dans le même sens, la Cour constitutionnelle a, dans un arrêt n° 5/2021 du 14 janvier 2021 portant sur l'introduction d'un système de compensation permettant aux *prosumers* flamands de payer des tarifs de réseau de distribution et de transport uniquement sur leur consommation nette d'électricité²⁹, indiqué que «chaque consommation entraîne l'utilisation du réseau de transport, même si toutes les composantes de cette consommation n'ont pas circulé sur le réseau de transport»³⁰ et ainsi considéré que le législateur flamand n'était pas compétent pour exonérer le client final des tarifs de réseau de transport.³¹ Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle semble adopter une vision suivant laquelle c'est l'utilisation faite par le client final du réseau d'électricité, que ce soit de transport ou de distribution, qui justifie les tarifs de réseau. Autrement dit, les tarifs de réseau se rapporteraient à l'utilisation, donc l'accès, au réseau par le client final et non par le fournisseur. Notons que cette vision n'empêche aucunement le système de facturation unique, mais s'inscrit plutôt dans le sens défendu à l'époque par les fournisseurs, à savoir que ce sont les clients finals qui ont accès au réseau et sont dès lors débiteurs des tarifs de réseau vis-à-vis des gestionnaires de réseau et que les fournisseurs n'interviennent que pour récolter ces montants.

III. UN LÉGISLATEUR BRUXELLOIS INSPIRÉ PAR L'EXPÉRIENCE FÉDÉRALE

12. Au regard du droit européen, le régulateur a en principe pour mission de «fixer ou approuver, selon des critères transparents, les tarifs de transport et de distribution ou leurs méthodes de calcul, ou les deux».³² Le législateur peut, pour

²⁸ Voir l'article 15, § 2, sous e), de la directive électricité qui indique que les clients actifs doivent être «soumis à des redevances d'accès au réseau qui reflètent les coûts, qui soient transparentes et non discriminatoires et qui comptabilisent séparément l'électricité injectée dans le réseau et l'électricité consommée à partir du réseau», et l'article 18, § 7, du règlement électricité qui indique que «[l]es tarifs de distribution reflètent les coûts, en tenant compte de l'utilisation du réseau de distribution par les utilisateurs du réseau, y compris les clients actifs».

²⁹ Sur le système de compensation, voir n° 25 de la présente contribution.

³⁰ C.C., arrêt n° 5/2021 du 14 janvier 2021, B.9.8.

³¹ *Ibid.*

³² Art. 59, § 1, a), de la directive électricité.

sa part, adopter des orientations générales relatives soit à la procédure d'adoption des tarifs, soit au contenu à proprement parler des décisions tarifaires. Ainsi, de façon similaire au législateur fédéral avant lui, le législateur bruxellois a encadré la procédure d'établissement des tarifs de réseau de distribution, notamment pour prévoir une procédure par défaut en cas d'absence d'accord entre le régulateur et le gestionnaire de réseau de distribution quant à la procédure d'adoption des tarifs de réseau (A). Au niveau du fond, le législateur a, ici aussi en suivant l'exemple fédéral, établi une série de lignes directrices tarifaires qui ne peuvent néanmoins pas mettre en péril l'indépendance du régulateur, même si la distinction entre une orientation générale, autorisée, et une instruction au régulateur, interdite, est parfois difficile à tracer (B)

A. LA PROCÉDURE D'ÉTABLISSEMENT DES TARIFS DE RÉSEAU

13. À Bruxelles, comme au fédéral et dans les autres Régions, le régulateur, BRUGEL, adopte la méthodologie tarifaire et approuve les tarifs proposés par le gestionnaire de réseau de distribution, SIBELGA. Cette méthodologie tarifaire et les tarifs adoptés sur cette base sont applicables durant l'ensemble de la période tarifaire, aussi appelée période régulatoire, dont la durée est fixée dans la méthodologie tarifaire.³³ Depuis 2014, les périodes tarifaires bruxelloises ont toujours été de cinq ans. Les décisions de BRUGEL en matière tarifaire, donc tant les méthodologies tarifaires que les décisions tarifaires, sont attaquables devant la Cour des marchés, anciennement la 18^e chambre de la Cour d'appel de Bruxelles.³⁴

14. La première étape de la procédure d'établissement des tarifs consiste en l'adoption, par BRUGEL, de sa méthodologie tarifaire. À cet égard, l'ordonnance électricité établit le contenu minimal de la méthodologie tarifaire, à savoir : les catégories de coûts couverts par les tarifs, les formules d'évolution de ces coûts, les règles d'allocation des coûts aux catégories d'utilisateur de réseau, la structure tarifaire générale et les composants tarifaires.³⁵ En d'autres termes, la méthodologie tarifaire doit tout d'abord permettre d'identifier les coûts qui seront couverts par les tarifs, constituant le budget du gestionnaire de réseau de distribution, également appelé le revenu autorisé, et ensuite déterminer comment ces coûts seront alloués aux différents utilisateurs du réseau de distribution, ce qui constitue la structure des tarifs³⁶. Si c'est le régulateur qui est compétent

³³ Art. 9*quinquies*, 3°, de l'ordonnance électricité.

³⁴ Art. 30*undecies*, § 1^{er}, de l'ordonnance électricité.

³⁵ Art. 9*quater*, § 2 de l'ordonnance électricité.

³⁶ La suite de cette contribution et les questions analysées portent principalement sur la structure tarifaire. Par souci de place et de cohérence, la question du revenu autorisé ne sera pas ana-

pour établir cette méthodologie tarifaire, la place du gestionnaire de réseau dans l'établissement de la méthodologie tarifaire est soulignée dans l'ordonnance électricité. En effet, la procédure d'établissement de la méthodologie tarifaire doit, en principe, faire l'objet d'un accord explicite entre BRUGEL et SIBELGA.³⁷ À défaut, l'ordonnance établit une procédure de concertation minimale.³⁸ Une fois adoptée, cette méthodologie tarifaire ne pourra, en principe, pas être modifiée durant la période tarifaire, sauf si BRUGEL motive une application immédiate d'une modification de la méthodologie tarifaire, au regard de circonstances exceptionnelles et après concertation avec le gestionnaire de réseau de distribution.³⁹

15. La deuxième étape de la procédure d'établissement des tarifs de réseau consiste en l'approbation, par BRUGEL, de la proposition tarifaire établie par SIBELGA sur la base de la méthodologie tarifaire. Si cette procédure d'approbation fait en principe l'objet d'un accord entre BRUGEL et SIBELGA, l'ordonnance organise une procédure par défaut.⁴⁰ Cette procédure par défaut prévoit notamment l'établissement de tarifs provisoires par BRUGEL pour le cas où il existe encore des divergences d'opinions entre BRUGEL et SIBELGA au moment où les tarifs devaient en principe entrer en vigueur⁴¹, la possibilité pour le gestionnaire de réseau de distribution de soumettre une proposition tarifaire actualisée en cas de nouveaux services ou d'adaptation des services existants⁴² ou même de demander une révision de la proposition tarifaire en cas de circonstances exceptionnelles.⁴³

16. Une simple comparaison entre les dispositions bruxelloises et les dispositions fédérales qui étaient applicables en matière de tarifs de distribution⁴⁴ avant le transfert de compétence et qui existent toujours en matière de tarifs de transport⁴⁵ permet rapidement d'établir le mimétisme dont a fait preuve le

lysée dans la suite de la contribution. Notons néanmoins que la Région de Bruxelles-Capitale a récemment décidé de changer de direction par rapport au modèle historique de *Cost+* et d'adopter un modèle dit de *Revenue cap*. BRUGEL, Décision 20231128-250, Méthodologies tarifaires applicables au gestionnaire de réseau de distribution d'électricité et de gaz actif en Région bruxelloise pour la période 2025-2029 – Partie 1 – Modèle de régulation et cadre régulateur, 28 novembre 2023; sur la distinction entre ces différents modèles, voir notamment C. DECLERCQ, « La régulation tarifaire », *op. cit.*, p. 261.

³⁷ Art. 9^{quater}, § 3, de l'ordonnance électricité.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Art. 9^{quater}, § 7, de l'ordonnance électricité.

⁴⁰ Art. 9^{sexies}, § 3, de l'ordonnance électricité.

⁴¹ Art. 9^{sexies}, § 3, 6°, de l'ordonnance électricité.

⁴² Art. 9^{sexies}, § 3, 7°, de l'ordonnance électricité. Voir n° 37 et suivants de la présente contribution pour une utilisation de cette faculté.

⁴³ Art. 9^{sexies}, § 3, 8°, de l'ordonnance électricité.

⁴⁴ Art. 12^{bis} de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, *M.B.* 11 mai 1999 (ci-après la « loi électricité »).

⁴⁵ Art. 12 de la loi électricité.

législateur bruxellois. En effet, les procédures sont sensiblement identiques et le législateur bruxellois n'est pas intervenu, durant les dix dernières années, pour modifier cette procédure. La Région de Bruxelles-Capitale s'est donc, concernant la procédure d'adoption des tarifs de distribution, largement inspirée de l'expérience acquise au niveau fédéral.

B. LES LIGNES DIRECTRICES DU LÉGISLATEUR BRUXELLOIS

17. Un constat similaire peut être posé concernant les lignes directrices tarifaires adoptées par le législateur bruxellois. Il a en effet, de façon similaire au législateur fédéral avant lui, adopté une série de lignes directrices que le régulateur doit respecter dans l'exercice de sa compétence tarifaire. Les tarifs doivent notamment être non discriminatoires et proportionnés et ils doivent permettre au gestionnaire de réseau de recouvrer l'ensemble des coûts nécessaires ou efficaces pour lui permettre de remplir ses obligations.⁴⁶ Certaines lignes directrices sont cependant spécifiques à la Région de Bruxelles-Capitale. Ainsi, depuis 2022, ces tarifs doivent en outre favoriser la transition énergétique⁴⁷ et le partage d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables.⁴⁸

18. Pour comprendre l'origine de ces lignes directrices, il faut garder en tête que, avant l'adoption du «troisième paquet énergie» en 2009, le régulateur ne disposait pas de la compétence exclusive en matière de tarifs.⁴⁹ En Belgique, la question tarifaire était réglée par arrêté royal et le régulateur ne disposait que d'une compétence d'initiative.⁵⁰ Depuis 2009, cette compétence est du ressort exclusif du régulateur qui ne peut, dans l'exercice de cette mission, ni solliciter ni accepter aucune instruction d'entité publique ou privée.⁵¹ Ces entités, et particulièrement les parlements et gouvernements, peuvent néanmoins édicter des «orientations générales».⁵² L'établissement de la limite entre de telles orientations générales, admises, et des instructions de la part du législateur ou de l'exécutif, exclues, a

⁴⁶ Art. 9quinquies, 2° et 6°, de l'ordonnance électricité. Voir également en ce sens art. 18, § 1, du règlement 2019/943 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 sur le marché intérieur de l'électricité (refonte) (ci-après le «règlement électricité»).

⁴⁷ Art. 9quinquies, 7°, de l'ordonnance électricité.

⁴⁸ Art. 9quinquies, 22°, de l'ordonnance électricité. Voir n° 35 et suivants de la présente contribution pour une analyse détaillée de cette question.

⁴⁹ C.C., arrêt n° 97/2011 du 31 mai 2011, B.9.5. D. VERHOEVEN, «Régulation des tarifs de transport et de distribution d'électricité et de gaz naturel : éléments juridiques d'un jeu de quilles politico-économique», *op. cit.*, p. 292.

⁵⁰ Voir art. 12octies, § 8, de la loi électricité dans sa version applicable du 26 juin 2008 au 11 janvier 2012.

⁵¹ Art. 57, § 4, sous b), ii), de la directive électricité.

⁵² *Ibid.*

fait couler beaucoup d'encre en Belgique et ailleurs, tant du côté des juridictions compétentes que du côté des analyses doctrinales de ces décisions.⁵³

19. Sans analyser en détail cette vaste jurisprudence, notons qu'il a, par exemple, été décidé par la Cour constitutionnelle que la qualification législative du coût des pensions des agents sous statut public du gestionnaire de réseau comme étant un coût dit non gérable – c'est-à-dire un coût sur lequel le gestionnaire de réseau n'a pas de contrôle et quant auquel aucune mesure incitant à l'efficacité ne peut être appliquée – portait atteinte à l'indépendance du régulateur en matière tarifaire.⁵⁴ De même, la Cour des marchés a estimé que le contenu du règlement technique, adopté par arrêté royal ou ministériel, ne pouvait lier le régulateur dans sa compétence tarifaire.⁵⁵ Plus récemment, la Cour constitutionnelle a indiqué qu'une disposition législative suivant laquelle la méthodologie tarifaire bruxelloise devait assurer «la rémunération normale et équitable des capitaux investis dans les actifs régulés» et «un taux de rendement suffisamment stable permettant d'assurer que le gestionnaire du réseau de distribution puisse faire face à ses obligations sur le long terme»⁵⁶, faisait écho à d'autres dispositions européennes⁵⁷ et ne restreignait pas indûment la compétence de BRUGEL en matière tarifaire dès lors que celui-ci restait libre de déterminer quel rendement s'avère approprié.⁵⁸ Autrement dit, dès lors que cette disposition ne fait qu'inciter l'autorité de régulation à tenir compte d'un objectif de viabilité, fiabilité et durabilité du marché de l'énergie sans toucher directement à sa compétence exclusive en matière tarifaire, elle constitue une orientation générale autorisée par la directive électricité.⁵⁹

20. Si la Belgique et ses Régions ont mis du temps à intégrer l'indépendance des régulateurs et leur compétence exclusive en matière tarifaire⁶⁰, ces dernières semblent avoir maintenant été globalement acceptées. Il n'empêche que les

⁵³ Voir notamment D. VERHOEVEN, «Régulation des tarifs de transport et de distribution d'électricité et de gaz naturel : éléments juridiques d'un jeu de quilles politico-économique», *op. cit.*; S. DE SOMER, «Politieke sturing inzake de tariefmethodologie opgesteld door energieregulators : hoeveel ruimte laat het EU-recht ?», *T.B.P.*, 2016, vol. 2016, n° 9, pp. 496-503; E. SLAUTSKY, *L'organisation administrative nationale face au droit européen du marché intérieur*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 260.

⁵⁴ C.C., arrêt n° 71/2016 du 25 mai 2016, B. 11.

⁵⁵ Bruxelles, 22 novembre 2017, *M.E.R.*, 2018, n° 1, pp. 19-22, note C. DEGREEF, «De regulator als meest van de tarieven». Voir également en ce sens Cass., 13 décembre 2018, R.G. n° C.15.0405.F, *M.E.R.*, 2019, pp. 182-183.

⁵⁶ Art. 9quinquies, 9°, de l'ordonnance électricité.

⁵⁷ C.C., arrêt n° 105/2023 du 26 juin 2023, B.9.2.

⁵⁸ *Ibid.*, B.9.2.

⁵⁹ *Ibid.*, B. 8.1, B.8.2 et B.8.3. Ce principe a par ailleurs été rappelé dans C.C., arrêt n° 26/2024, 22 février 2024, B.10.3.

⁶⁰ E. SLAUTSKY, «Independent Economic Regulators in Belgium: Contextualising Local Resistance to a Global Trend in the Light of the Belgian Economic Constitution», *Review of European Law*, 2021, vol. 14, n° 1, pp. 37-63. Voir également C.J.U.E., arrêt *Commission c. Royaume de Belgique* du 29 octobre 2009, C-474/08, où la Cour de justice estime que la

limites de cette indépendance sont encore régulièrement discutées. Ainsi, la ministre flamande de l'Énergie a, à plusieurs reprises, critiqué des décisions du régulateur flamand et même attaqué certaines décisions en justice, comme ce fut le cas pour l'introduction du tarif capacitaire flamand.⁶¹ De même, face aux critiques faites par SIBELGA quant à sa proposition de méthodologie tarifaire 2025-2029, BRUGEL a tenu à rappeler qu'il estimait que les orientations générales données par le législateur dans l'ordonnance électricité « poursuivent un ensemble d'objectifs différents », qu'il allait « veille[r] à les concilier raisonnablement » mais que « ces lignes directrices ne seront pas nécessairement toutes poursuivies avec la même intensité, ni entièrement réalisées ».⁶²

21. Il est intéressant de noter, à cet égard, que, alors que BRUGEL vise ici explicitement à asseoir son indépendance par rapport à ces lignes directrices, dans d'autres cas, comme l'adoption de tarifs avantageux au partage d'énergie⁶³, BRUGEL semble presque se déresponsabiliser en utilisant les lignes directrices législatives. En effet, ces tarifs spécifiques au partage constituent une modification de la décision tarifaire en cours de période tarifaire, ce qui est en principe interdit. L'article 9sexies, § 3, 6°, de l'ordonnance électricité prévoit néanmoins que, « en cas de passage à de nouveaux services et/ou d'adaptation de services existants, le gestionnaire du réseau de distribution peut soumettre une proposition tarifaire actualisée à l'approbation de BRUGEL dans la période régulatoire ».⁶⁴ Or, en 2022, le législateur a ajouté une nouvelle ligne directrice suivant laquelle « la structure tarifaire favorise [...] le partage d'électricité issue de sources d'énergie renouvelables ».⁶⁵ Dans sa décision d'approbation, BRUGEL revient sur cette nouvelle ligne directrice tarifaire et estime qu'« il appartient à SIBELGA d'introduire une proposition tarifaire actualisée

Belgique n'a pas respecté la compétence du régulateur en matière tarifaire, sous la deuxième directive électricité.

⁶¹ Voir notamment D. BLEUS et D. SELLESLAGH, « Demir haalt bakzeil in strijd tegen capaciteits-tarief », *De Tijd*, 2 mars 2023, disponible sur <https://www.tijd.be/netto/analyse/energie/demir-haalt-bakzeil-in-strijd-tegen-capaciteitstarief/10450775.html> (Consulté le 20 février 2024).

⁶² BRUGEL, Rapport de motivation et de positionnement relatif à la mise en place de nouvelles méthodologies tarifaires applicables au gestionnaire de réseau de distribution bruxellois d'électricité et de gaz pour la période 2025-2029, 28 novembre 2023, p. 13.

⁶³ Voir n° 35 et suivants de la présente contribution.

⁶⁴ Art. 9sexies, § 3, 6°, de l'ordonnance électricité, cité par BRUGEL, Décision 20220823-205 relative aux modifications tarifaires au cours de la période 2022-2024 et portant principalement sur les tarifs de distribution applicables pour le partage d'énergie, 23 août 2022, p. 4.

⁶⁵ Art. 9quinquies, 22°, de l'ordonnance électricité, inséré par l'ordonnance du 17 mars 2022 modifiant l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale, l'ordonnance du 1^{er} avril 2004 relative à l'organisation du marché du gaz en Région de Bruxelles-Capitale, concernant des redevances de voiries en matière de gaz et d'électricité et portant modification de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale et l'ordonnance du 12 décembre 1991 créant des fonds budgétaires en vue de la transposition de la directive 2018/2001 et de la directive 2019/944, *M.B.*, 20 avril 2022.

tenant compte des nouvelles contraintes légales». ⁶⁶ BRUGEL semble donc ici considérer que ces lignes directrices sont des contraintes légales auxquelles il devrait se soumettre. Ce rapport instrumental aux orientations générales du législateur ne nous semble néanmoins n'être que la preuve de l'indépendance du régulateur bruxellois.

IV. LA POLITIQUE TARIFAIRE DU RÉGULATEUR BRUXELLOIS : ENTRE TRANSITION ÉNERGÉTIQUE, PROTECTION DU CONSOMMATEUR ET CONTRAINTES TECHNIQUES

22. Si le législateur bruxellois est largement resté dans le sillon tracé par le législateur fédéral, le régulateur bruxellois, BRUGEL, a rapidement innové dans l'exercice de ses compétences tarifaires et s'est écarté très tôt des positions prises jusqu'alors par le régulateur fédéral, la CREG, en matière tarifaire. De même, il ne s'est pas contenté de copier ce qui était fait par ses voisins flamand et wallon, la VREG et la CWaPE. Cette volonté de BRUGEL de développer une politique tarifaire spécifique vise à répondre aux besoins du réseau de distribution bruxellois et de la population de la Région de Bruxelles-Capitale. Cette politique tarifaire se caractérise par la recherche constante d'un équilibre entre (i) un objectif d'utiliser les tarifs pour favoriser la transition énergétique, tout (ii) en s'assurant du traitement juste et équitable des consommateurs énergétiques bruxellois pour éviter qu'ils ne portent injustement les prix de la transition énergétique et (iii) en tenant compte des contraintes techniques du réseau bruxellois, notamment des types de compteurs installés chez les clients finals. ⁶⁷

23. Dans la suite de cette section, nous analyserons trois nouveautés tarifaires décidées par le régulateur bruxellois au cours de ces dix premières années de compétence tarifaire ⁶⁸ et qui sont représentatives de cette recherche d'équilibre, à savoir : la fin du principe de compensation pour le *prosumer* (A), l'adoption de

⁶⁶ BRUGEL, Décision 20220823-205 relative aux modifications tarifaires au cours de la période 2022-2024 et portant principalement sur les tarifs de distribution applicables pour le partage d'énergie, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁷ S'il est difficile d'obtenir des informations récentes quant aux types de compteurs installés à Bruxelles, les informations de SIBELGA nous permettent d'établir qu'environ 60% des utilisateurs du réseau bruxellois disposent d'un compteur mécanique « normal », c'est-à-dire mono-horaire, 35% disposent d'un compteur mécanisme bihoraire et 5% d'un compteur intelligent.

⁶⁸ À savoir dans le cadre des méthodologies tarifaires 2015-2019, 2020-2024 et 2025-2029, voir BRUGEL, Décision 20140901-16 relative à la méthodologie tarifaire, 1 septembre 2014, disponible sur <https://www.brugel.brussels/publication/document/decisions/2014/fr/decision-16.pdf>; BRUGEL, Méthodologie 2020-2024 – partie 4 – Méthodologie – Électricité, 7 mars 2019; BRUGEL, Décision 20240319-264, Méthodologie tarifaire applicable au gestionnaire de réseau

nouvelles structures tarifaires (B), et l'adoption de tarifs spécifiques au partage d'énergie (C).

A. LA FIN DE LA COMPENSATION POUR LE *PROSUMER*

24. Contrairement au consommateur traditionnel, le *prosumer* – typiquement le consommateur qui dispose de panneaux photovoltaïques – prélève de l'énergie du réseau électrique, mais y injecte également son surplus d'énergie, c'est-à-dire l'électricité produite par ses installations mais non consommée. L'apparition de ces consommateurs a mené les régulateurs à devoir décider si et dans quelle mesure les *prosumers* allaient payer des tarifs d'utilisation de réseau. Allaient-ils payer pour l'ensemble de l'électricité consommée du réseau ou seulement pour la différence entre leur prélèvement et leur injection ?⁶⁹ En Flandre et Wallonie où étaient installés des compteurs «qui tournent à l'envers», c'est-à-dire qui n'affichent que la différence entre la quantité d'énergie prélevée du réseau et celle injectée, la réponse à cette question était simple : seule la consommation nette était connue de sorte que ce fut la base tarifaire initialement adoptée. C'est seulement dans un second temps, lorsque les régulateurs flamand et wallon ont voulu faire payer des tarifs au *prosumer* pour l'ensemble de l'énergie consommée du réseau, que cette contrainte technique s'est avérée être un problème. Ceci a mené à l'adoption du tarif dit *prosumer* qui porte sur une estimation de la quantité d'électricité injectée dans le réseau de distribution – sur la base de la puissance de production de l'installation photovoltaïque, une estimation des heures d'ensoleillement sur une année et une estimation du taux d'autoconsommation – et dont la légalité a, en vain, été remise en cause.⁷⁰

25. En Région de Bruxelles-Capitale, des compteurs bidirectionnels, calculant séparément les flux prélevés du réseau et ceux injectés dans le réseau, ont été installés, de sorte que les deux options, une tarification sur la base de la consommation nette ou sur la base de la consommation brute, étaient

de distribution d'électricité et de gaz actif en Région bruxelloise pour la période 2025-2029 – Partie 2 – Structure tarifaire et conditions d'application, *op. cit.*

⁶⁹ Nous n'envisagerons pas dans cette contribution la question des tarifs d'injection, payés pour la quantité d'énergie injectée dans le réseau. Notons simplement que de tels tarifs ont été prévus par BRUGEL dès sa première méthodologie mais que ces tarifs sont actuellement nuls. Voir BRUGEL, Décision 20140901-16 relative à la méthodologie tarifaire, *op. cit.*, p. 5; BRUGEL, Méthodologie 2020-2024 – partie 4 – Méthodologie – Électricité, *op. cit.*, p. 39; BRUGEL, Décision 20240319-264, Méthodologie tarifaire applicable au gestionnaire de réseau de distribution d'électricité et de gaz actif en Région bruxelloise pour la période 2025-2029 – Partie 2 – Structure tarifaire et conditions d'application, *op. cit.*, p. 35.

⁷⁰ Bruxelles, 18^e ch., 22 novembre 2017, R.G. n° 2016/AR/1602, *M.E.R.*, 2018, p. 19 et Cass., 13 décembre 2018, R.G. n° C.15.0405.F, *M.E.R.*, 2019, n° 3, p. 182. Pour une analyse de ces décisions et une comparaison des modèles flamand et wallon, voir B. LEYMAN, L. DE DEYNE et D. VAN OVERLOOP, « Investeringszekerheid prosumenten vs. tariefbevoegdheid energieregulator : wie wint het pleit ? », *M.E.R.*, 2019, n° 3, pp. 183-191.

possibles. Avant la régionalisation de la compétence tarifaire, un système dit de compensation était appliqué et arrivait à un résultat similaire au compteur qui tourne à l'envers : les *prosumers* ne payaient de tarifs de réseau que sur la différence entre la quantité d'énergie prélevée du réseau et celle injectée, l'une étant compensée par l'autre. Un tel système était indubitablement très favorable aux *prosumers* qui pouvaient même ne payer aucun tarif d'utilisation de réseau en cas d'injection supérieure ou égale à la consommation. La compensation était une des raisons qui pouvait inciter les consommateurs bruxellois à investir dans une installation photovoltaïque.

26. Cependant, dès sa première méthodologie tarifaire, adoptée le 1^{er} septembre 2014 pour la période régulatoire 2015-2019, BRUGEL a entendu mettre fin au système de compensation.⁷¹ Cette suppression a été attaquée, en vain, par les représentants des *prosumers* devant l'ancêtre de la Cour des marchés, la 18^e chambre de la Cour d'appel de Bruxelles, qui a estimé, en 2018, que :

«la nouvelle méthodologie non seulement n'est pas discriminatoire mais, à l'inverse, met fin à la discrimination qui existait auparavant vis-à-vis des "prosumers" par rapport aux frais du réseau de distribution, puisque les "prosumers" ne contribuaient à ces frais qu'en raison de la quantité nette d'énergie prélevée (après compensation), alors même qu'ils avaient utilisé le réseau pour toutes les quantités brutes prélevées».⁷²

En effet, alors que le *prosumer* utilise le réseau à la fois pour injecter *et* pour prélever, la compensation lui permettait de payer des tarifs d'utilisation de réseau largement inférieurs à ceux payés par le consommateur traditionnel qui lui n'utilise le réseau que pour y prélever de l'énergie. La Cour estime donc que ceci constitue une discrimination, à laquelle BRUGEL ne fait que mettre fin. Si la Région de Bruxelles-Capitale a rapidement entériné le principe d'un système de tarification sur la base de la quantité d'énergie réellement prélevée du réseau de distribution pour les *prosumers*, il a cependant fallu attendre novembre 2021 pour que la fin de la compensation soit effectivement implémentée.⁷³

27. La fin du système de compensation en Région de Bruxelles-Capitale et sa légitimation par la Cour d'appel de Bruxelles est une étape dans l'évolution de la

⁷¹ BRUGEL, Décision 20140901-16 relative à la méthodologie tarifaire, *op. cit.*, p. 26, suivant laquelle « [l]orsqu'ils font intervenir l'énergie active prélevée, les tarifs visés au point 4.3 sont fonction de l'énergie active brute prélevée de façon à inclure l'ensemble des kWh effectivement prélevés par les utilisateurs de réseau ».

⁷² Bruxelles, 18^e ch., 25 janvier 2018, R.G. n° 2014/AR/2225, § 29, disponible sur www.brugel.brussels/publication/document/notype/2018/fr/Jurisprudence_TPCV.pdf.

⁷³ Voir BRUGEL, « Fin du principe de la compensation », disponible sur <https://www.brugel.brussels/themes/energies-renouvelables-11/fin-du-principe-de-la-compensation-472> (Consulté le 5 mars 2024).

signification du principe de réfectivité de coûts que doivent respecter les tarifs.⁷⁴ En Belgique, ce principe a historiquement été défini comme étant la relation entre les tarifs et les coûts réellement supportés par le gestionnaire de réseau.⁷⁵ Dans cette conception, les tarifs doivent se rapporter aux coûts supportés par le gestionnaire, tout en lui permettant une marge bénéficiaire raisonnable, mais en l'empêchant d'abuser de sa situation monopolistique pour réaliser des profits exceptionnels.⁷⁶ Cette conception est traduite à l'article 18.1 du règlement électricité suivant lequel « [l]es redevances d'accès aux réseaux appliquées par les gestionnaires de réseau, y compris les redevances de raccordement aux réseaux, les redevances d'utilisation des réseaux et, le cas échéant, les redevances de renforcement connexe des réseaux, [...] reflètent les coûts effectivement engagés dans la mesure où ils correspondent à ceux d'un gestionnaire de réseau efficace ».⁷⁷ Dans une deuxième acception, le principe de réfectivité de coût renvoie à la relation entre les tarifs payés par un utilisateur de réseau et les coûts que cet utilisateur a générés pour le réseau. Les tarifs doivent, dans la mesure du possible, être appliqués aux personnes qui ont été à l'origine des coûts pour le gestionnaire de réseau. En 2015, la Cour des marchés avait estimé qu'une telle conception n'était pas traduite en droit.⁷⁸ Néanmoins, en 2018, la Cour des marchés reconnaît implicitement cette deuxième acception lorsqu'elle estime que le fait que le *prosumer* ne paie de tarifs de réseau que pour sa consommation nette alors qu'il l'a utilisé pour toutes les quantités brutes prélevées constitue une discrimination.⁷⁹ Dans un second temps, cette interprétation a également été consacrée dans le règlement électricité qui indique à présent, concernant les tarifs de réseau de distribution, que ceux-ci « reflètent les coûts, en tenant compte de l'utilisation du réseau de distribution par les utilisateurs du réseau, y compris les clients actifs ».⁸⁰ Il s'agit ici clairement d'une traduction juridique de la seconde acception du principe de réfectivité de coût. Cependant, il n'est ici nullement question d'individualiser tous les coûts de réseaux ou de supprimer toute forme de socialisation. En effet, comme souligné à l'époque par la Cour des marchés, la structure du réseau d'électricité est telle que certains coûts de réseau ne peuvent

⁷⁴ W. GELDHOF et C. DEGREEF, « Nettarieven voor elektriciteit en gas : beginselen en rechtskader », *R.D.I.R.*, 2014, n° 2, p. 165.

⁷⁵ D. VERHOEVEN, « Où, à force de réflexion, l'on parvient à circonscrire la règle de réfectivité des coûts par les tarifs de transport d'électricité », *R.D.I.R.*, 2015, n° 3, p. 351.

⁷⁶ Voir Bruxelles, 18^e ch., 25 mars 2015, R.G. n° 2013/AR/1274, § 92, *R.D.I.R.*, 2015, n° 3, p. 345.

⁷⁷ Art. 18, § 1, du règlement électricité.

⁷⁸ Bruxelles, 18^e ch., 25 mars 2015, R.G. n° 2013/AR/1274, § 93, *R.D.I.R.*, 2015, n° 3, p. 345, note D. VERHOEVEN, « "Kostenreflectiviteit" van de tarieven voor het gebruik van energienetten : en bindend begrip voor de vaststelling van het tarifaire budget van de netbeheerder, niet voor de toewijzing ervan aan de netgebruikers ».

⁷⁹ Voir également Bruxelles, 22 novembre 2017, R.G. n° 2016/AR/1602, *M.E.R.*, 2018, p. 19, § 29, où la Cour estime que le tarif dit *prosumer* adopté par le régulateur flamand, ne viole pas le principe de non-discrimination dès lors qu'il vise à assurer que les *prosumers* paient des tarifs en fonction de leur utilisation réelle du réseau. Voir, en ce sens, C. DEGREEF, « De regulator als meester van de tarieven », *M.E.R.*, 2018, n° 1, p. 23.

⁸⁰ Art. 18, § 1, du règlement électricité.

être individualisés.⁸¹ Dans un contexte de transition énergétique, le principe de réfectivité de coût vise plutôt à faire en sorte que les utilisateurs de réseaux qui ont un comportement de consommation ou de production générateur de coûts supplémentaires pour le réseau paient plus de tarifs de réseau que ceux qui n'adoptent pas un tel comportement. La question se pose néanmoins de savoir si et dans quelle mesure la Cour des marchés (ou la Cour d'appel de Liège pour les décisions de la CWaPE) utiliserait le principe de réfectivité de coût dans sa seconde acception pour sanctionner des méthodologies tarifaires trop favorables à la production renouvelable comme le principe de compensation ou les tarifs favorables au partage d'énergie (voy. *infra*).

28. En réalité, au-delà de la discrimination soulignée en 2018 par la Cour des marchés, la compensation avait pour conséquence de faire peser le poids de la transition énergétique sur des acteurs qui n'en bénéficient pas. Le *prosumer* a en effet un double coût pour le réseau, pour son injection et son prélèvement, mais ne payait que pour la différence entre les deux. Ceci constitue un manque à gagner pour le gestionnaire de réseau de distribution qui supporte quoi qu'il arrive ses coûts ordinaires de gestion de réseau, voire des coûts additionnels liés à la production décentralisée. Ces coûts sont en principe récupérés par les tarifs de réseau. Il en ressort que les utilisateurs de réseau qui ne disposaient pas de panneaux photovoltaïques et ne profitaient donc pas du principe de compensation allaient devoir payer plus de tarifs de réseau pour compenser ce manque à gagner du gestionnaire de réseau de distribution. Les consommateurs plus vulnérables sont par ailleurs plus susceptibles de ne pas être en mesure d'investir dans une installation photovoltaïque et donc, lorsqu'ils ne bénéficient pas du tarif social, de devoir supporter ce coût additionnel. La fin du système de compensation constitue donc un rééquilibrage entre l'objectif de favoriser la transition énergétique et l'ambition de protéger le consommateur bruxellois dans cette entreprise.

B. LES NOUVELLES STRUCTURES TARIFAIRES FAVORISANT LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE

29. Dès la méthodologie tarifaire 2020-2024, BRUGEL estime que les tarifs d'utilisation de réseau de distribution ont un rôle à jouer dans la transition énergétique.⁸² À ce titre, le régulateur bruxellois reconnaît que la structure tarifaire, c'est-à-dire la façon dont l'ensemble des coûts du gestionnaire de réseau

⁸¹ Bruxelles, 18^e ch., 25 mars 2015, R.G. n° 2013/AR/1274, § 94, *R.D.I.R.*, 2015, n° 3, p. 345. Voir également W. GELDHOF et C. DEGREEF, « Nettareven voor elektriciteit en gas : beginselen en rechtskader », *op. cit.*, pp. 166-167.

⁸² BRUGEL, Méthodologie 2020-2024 – Partie 3 – Motivations de la méthodologie – Électricité, 7 mars 2019, p. 64.

de distribution sont alloués aux utilisateurs de réseau, peut aider à limiter les effets négatifs de la transition énergétique pour le réseau. C'est que le réseau n'est pas indifférent aux effets de la transition énergétique. Cette transition se caractérise notamment par l'électrification de certains usages reposant actuellement sur les énergies fossiles comme le transport ou le chauffage, notamment via le déploiement de véhicules électriques ou de pompes à chaleur, et par l'augmentation de la production renouvelable et décentralisée d'électricité.⁸³ Ces deux évolutions ont un impact pour le réseau. En effet, l'électrification du chauffage et des véhicules électriques peuvent augmenter la pointe de puissance sur le réseau, exprimée en watts. Si la quantité d'appareils en marche augmente au moment où il y a déjà une pointe de puissance – autrement dit, si les ménages chargent leur véhicule électrique à 18h, au moment où les lumières, le four, le boiler, etc., sont déjà en marche – ce pic de puissance sera plus haut et peut mener, à terme, à une saturation du réseau de distribution d'électricité qui n'a pas toujours été conçu pour intégrer de tels niveaux de puissance. Si une telle saturation est atteinte, il convient de renforcer le réseau, ce qui implique des coûts supplémentaires pour le gestionnaire de réseau de distribution et donc, via les tarifs de réseau, pour les consommateurs. Pour limiter ce risque de saturation, il est donc essentiel de faire en sorte qu'il soit fait usage de ces nouveaux appareils électriques à d'autres moments de la journée. D'autre part, la production renouvelable décentralisée, c'est-à-dire principalement le photovoltaïque, ne produit, naturellement, que lorsqu'il y a du soleil. Or, c'est aussi, de manière générale, une période où les consommateurs résidentiels ne consomment que peu d'électricité dans leur résidence. Il est cependant essentiel pour le réseau de distribution d'intégrer cette production photovoltaïque, si possible le plus proche possible du lieu de production, et donc de faire en sorte que la production photovoltaïque résidentielle soit consommée directement par les consommateurs avoisinants.

30. Pour intégrer ces deux considérations techniques, la littérature économique⁸⁴ propose de nouvelles structures tarifaires qui visent essentiellement à inciter les consommateurs à consommer moins – ou à tout le moins ne pas consommer plus – durant la période de pointe, c'est-à-dire en soirée, et à déplacer leur consommation soit vers les périodes de production

⁸³ Voir notamment la contribution de Thomas HAZARD et Agnès PIESSEVAUX (Chapitre 3) concernant les panneaux solaires, la contribution de Laurens DE BRUCKER (Chapitre 4) concernant les éoliennes, la contribution de Maja REYNEBEAU (Chapitre 5) concernant les réseaux de chaleur, la contribution de Guillian BACLIN et Wouter VANDORPE (Chapitre 6) concernant l'électromobilité, la contribution de Julie ANCIAUX et Quentin PEIFFER (Chapitre 8) concernant les communautés d'énergie et la contribution de Tim VERMEIR (Chapitre 9) concernant le partage d'énergie.

⁸⁴ Voir notamment T. SCHITTEKATTE *et al.*, «Electricity Retail Rate Design in a Decarbonizing Economy: An Analysis of Time-of-Use and Critical Peak Pricing», 2022, disponible sur <https://ceepr.mit.edu/wp-content/uploads/2022/10/2022-015.pdf>.

solaire, généralement entre 11h et 16h, soit vers les périodes creuses, à savoir la nuit. Une première structure tarifaire, les tarifs dits capacitaires, vise à limiter la pointe individuelle de puissance. Ce type de tarifs ne porte en effet non plus sur la consommation d'électricité, exprimée en kWh, mais sur la puissance maximale de consommation, exprimée en kW.⁸⁵ L'objectif est ainsi d'inciter les consommateurs à ne pas utiliser en même temps trop d'appareils électriques à forte puissance. Les structures tarifaires dites de *time-of-use*, où la hauteur des tarifs d'utilisation de réseau dépend du moment où l'électricité est consommée, constituent un second type de structure tarifaire proposé pour favoriser la transition énergétique. Contrairement au tarif capacitaire, cette structure n'est pas complètement inédite en Belgique puisque le tarif heures pleines/heures creuses, plus communément appelé tarif jour/nuit, où les tarifs sont plus bas la nuit et le week-end, existe depuis longtemps, du moins pour les utilisateurs de réseaux disposant d'un compteur bihoraire, soit environ 35% des clients finals en Région de Bruxelles-Capitale.⁸⁶ Dans le cadre de la transition énergétique, les structures tarifaires de *time-of-use* à mettre en place seraient néanmoins plus granulaires, avec plus de périodes au sein d'une journée, notamment pour intégrer le fait que les panneaux photovoltaïques produisent en journée et que cette énergie doit être consommée, ou même une saisonnalité, pour intégrer le fait qu'il y a plus de soleil en été qu'en hiver. En synthèse, ces deux structures tarifaires visent, d'une part, à étaler la consommation dans le temps et à aligner cette consommation avec les moments de production, d'autre part.

31. Ces deux options – un tarif volumétrique, c'est-à-dire basé sur l'énergie consommée, multi-plages et un tarif capacitaire – ont été envisagées par BRUGEL dès sa méthodologie tarifaire pour la période 2020-2024. Plus précisément, le régulateur bruxellois a d'abord, dans ladite méthodologie tarifaire, évoqué la possibilité d'introduire un tarif *time-of-use* multi-plages, mais a rapidement reporté cette possibilité, étant donné le faible taux de déploiement des compteurs intelligents.⁸⁷ En effet, seuls ces compteurs sont capables d'enregistrer les données de consommation en fonction de leur période de consommation.⁸⁸ Les compteurs traditionnels ne font que calculer l'ensemble de la consommation du ménage connecté à ce compteur sans possibilité ni de communiquer cette information à distance ni d'établir à quel moment une consommation a eu lieu, sauf pour

⁸⁵ Un tel tarif est d'application en Flandre depuis le 1^{er} janvier 2023.

⁸⁶ Voir *supra*, note 67.

⁸⁷ BRUGEL, Méthodologie 2020-2024 – Partie 3 – Motivations de la méthodologie – Électricité, *op. cit.*, p. 69.

⁸⁸ L'ordonnance électricité définit par ailleurs le compteur intelligent comme le « compteur électronique qui est capable de mesurer l'électricité injectée dans le réseau ou l'électricité prélevée depuis le réseau en fournissant davantage d'informations qu'un compteur classique, et qui est capable de transmettre et recevoir des données en utilisant une forme de communication électronique » (art. 2, 21^{ter}, de l'ordonnance électricité).

les compteurs bihoraires qui distinguent les consommations entre les heures creuses – à savoir la nuit et les week-ends – et les heures pleines, sans plus de détail. BRUGEL a finalement entériné l'adoption d'un tel tarif multi-plages dans la méthodologie tarifaire 2025-2029, avec prise d'effet à partir de 2028, estimant que le déploiement des compteurs intelligents sera à ce moment-là suffisant.⁸⁹ La structure adoptée par BRUGEL est cependant quelque peu étonnante puisqu'elle ne comprend que trois plages horaires, les heures creuses entre 22h et 7h, les heures pleines entre 7h et 17h et les heures de pointe entre 17h et 22h. L'objectif de BRUGEL est donc d'inciter le consommateur à consommer en dehors des heures de pointe. En revanche, cette structure ne prend aucunement en compte l'intégration de l'électricité solaire puisqu'aucune heure solaire, c'est-à-dire une période tarifaire spécifique pour le début de l'après-midi, n'est adoptée par BRUGEL. Ceci peut s'expliquer par le fait que les risques de congestion sont actuellement assez limités en Région de Bruxelles-Capitale⁹⁰, mais constitue néanmoins une occasion manquée pour le régulateur bruxellois. En effet, en Région de Bruxelles-Capitale, le potentiel renouvelable est assez limité. L'éolien n'est pas souvent une option étant donné la taille du territoire bruxellois.⁹¹ Restent donc les toitures bruxelloises et le photovoltaïque. La valorisation de ces toitures pour y produire de l'électricité renouvelable est un des objectifs du plan bruxellois Air-Énergie-Climat qui prévoit notamment de doubler la production photovoltaïque en Région de Bruxelles-Capitale d'ici 2030.⁹² La quantité de panneaux photovoltaïques en Région de Bruxelles-Capitale a donc vocation à augmenter rapidement. Cette augmentation semble cependant quelque peu ignorée par le régulateur bruxellois qui se concentre uniquement sur un objectif de limitation de la pointe de puissance alors que d'autres considérations techniques seront également en jeu à plus long terme. BRUGEL a néanmoins peut-être tenté de garder une simplicité au niveau de la structure tarifaire et donc un nombre limité de tranches horaires sur une journée.

32. Dans la méthodologie 2020-2024, BRUGEL aborde ensuite l'introduction d'un tarif capacitaire. Le régulateur bruxellois aurait dû arriver à la même conclusion que pour le tarif *time-of-use* multi-plages, à savoir que le faible déploiement des compteurs intelligents empêche l'adoption d'une telle structure.

⁸⁹ BRUGEL, Décision 20240319-264, Méthodologie tarifaire applicable au gestionnaire de réseau de distribution d'électricité et de gaz actif en Région bruxelloise pour la période 2025-2029 – Partie 2 – Structure tarifaire et conditions d'application, *op. cit.*, pp. 27-28.

⁹⁰ Voir notamment la contribution de Valeriya LAUWERS et Xheni ZENELI (Chapitre 11) concernant le gestionnaire de réseau de distribution.

⁹¹ Voir notamment la contribution de Laurens DE BRUCKER (Chapitre 4) concernant les éoliennes.

⁹² Plan régional Air-Climat-Énergie de la Région de Bruxelles Capitale adopté le 27 avril 2023, p. 104, disponible sur https://document.environnement.brussels/opac_css/elecfile/PACE_FR.pdf.

En effet, les compteurs traditionnels ne mesurent pas non plus la puissance de charge et un tarif appliqué à la puissance consommée dépend de l'accès à cette information. BRUGEL a décidé de passer outre cette difficulté en imposant un tarif non pas sur la capacité utilisée, c'est-à-dire la pointe individuelle de puissance électrique, mais sur la capacité disponible, c'est-à-dire la puissance de raccordement du compteur, mesurée en kVA.⁹³ Un tarif annuel est donc actuellement applicable en Région de Bruxelles-Capitale en fonction de la puissance de raccordement, supérieure ou inférieure à 13 kVA.⁹⁴ Si ce choix ressort tout à fait de la liberté dont dispose le régulateur en matière tarifaire, il est important de souligner qu'il manque en grande partie son objectif⁹⁵. En effet, l'objectif théorique d'un tarif capacitaire est d'inciter les consommateurs à limiter leur pic de puissance individuelle, particulièrement au moment où le réseau est proche de la saturation, et à déplacer leur consommation vers d'autres périodes.⁹⁶ Cet objectif n'est pas rempli avec le tarif capacitaire basé sur la puissance de raccordement. Même si un consommateur change ses habitudes de consommation, sa puissance de raccordement reste la même. Pour changer sa puissance de raccordement, le consommateur final doit faire intervenir le gestionnaire de réseau, et payer pour cette intervention. Ce tarif capacitaire sur la base de la puissance de connexion a néanmoins vocation à évoluer. En effet, dans sa méthodologie 2025-2029, BRUGEL a consacré le passage, à partir de 2028, vers un tarif dit de souscription capacitaire.⁹⁷ Le principe est le même que le tarif capacitaire traditionnel, à savoir que le client final paie des tarifs en fonction de sa puissance utilisée, exprimée en kW. Ce tarif ne peut donc s'appliquer qu'aux clients finals qui disposent d'un compteur intelligent capable de mesurer cette information. La différence est que le client final peut choisir le niveau de puissance dont il estime avoir besoin, sur la base de tranches capacitaires qui seront établies par le gestionnaire de réseau. Au lieu de payer en fonction de la puissance effectivement utilisée, cette limite capacitaire contractée sera intégrée au disjoncteur du compteur intelligent qui empêchera physiquement le client d'aller au-delà de la limite contractée.⁹⁸ Cette structure a l'avantage d'arriver cette fois-ci à l'objectif des tarifs capacitaires, c'est-à-dire

⁹³ BRUGEL, Méthodologie 2020-2024 – Partie 4 – Méthodologie – Électricité, *op. cit.*, p. 35.

⁹⁴ BRUGEL, Méthodologie 2020-2024 – Partie 3 – Motivations de la méthodologie – Électricité, *op. cit.*, p. 70.

⁹⁵ Sauf dans la mesure où cette tarification incite un utilisateur de véhicule électrique à installer une borne de recharge à puissance limitée pour éviter le tarif le plus haut.

⁹⁶ BRUGEL, Méthodologie 2020-2024 – Partie 3 – Motivations de la méthodologie – Électricité, *op. cit.*, p. 66; BRUGEL, Rapport de motivation et de positionnement relatif à la mise en place de nouvelles méthodologies tarifaires applicables au gestionnaire de réseau de distribution bruxellois d'électricité et de gaz pour la période 2025-2029 – Partie 2 – *Tariff Design*, 19 mars 2024, p. 53.

⁹⁷ BRUGEL, Décision 20240319-264, Méthodologie tarifaire applicable au gestionnaire de réseau de distribution d'électricité et de gaz actif en Région bruxelloise pour la période 2025-2029 – Partie 2 – Structure tarifaire et conditions d'application, *op. cit.*, p. 27.

⁹⁸ *Ibid.*

limiter la pointe de puissance individuelle, tout en faisant en sorte que le client final n'ait pas de mauvaise surprise au niveau de sa facture, à part peut-être celle d'avoir son disjoncteur qui se déclenche quand il souhaitera mettre en marche trop d'appareils simultanément. En revanche, pour les utilisateurs ne disposant pas d'un compteur intelligent en 2028, le principe du tarif capacitaire basé sur la puissance de raccordement est maintenu, même s'il n'incite aucunement le consommateur à adapter sa consommation.⁹⁹

33. Il ressort de ces quelques paragraphes que BRUGEL veut utiliser les tarifs de réseaux comme outils favorisant la transition énergétique et plus précisément, pour inciter les consommateurs à consommer différemment de sorte que les nouveaux usages électriques et la production renouvelable décentralisée, deux caractéristiques de la transition énergétique en cours, puissent se déployer en limitant les risques pour le réseau de distribution bruxellois. Néanmoins, BRUGEL a également dû s'accommoder d'autres considérations. Premièrement, les structures tarifaires envisagées dépendent de l'accès aux données nécessaires. Or, les compteurs traditionnels actuellement majoritaires en Région de Bruxelles-Capitale ne permettent ni d'avoir accès aux données relatives à la puissance utilisée par l'utilisateur de réseau ni de savoir à quel moment une consommation a eu lieu. C'est le gestionnaire de réseau de distribution, SIBELGA, qui est chargé d'installer des compteurs intelligents, sur la base des instructions données par le législateur bruxellois à cet égard.¹⁰⁰ Autrement dit, l'instauration de structures tarifaires qui reposent sur l'accès à ces données dépend de l'installation de compteurs intelligents sur laquelle BRUGEL n'a que peu d'impact. Il en ressort également que seuls les utilisateurs de réseau équipés de tels compteurs pourront être soumis à la nouvelle structure tarifaire d'un tarif *time-of-use* à trois plages horaires doublée d'une souscription capacitaire. Pour les autres utilisateurs de réseau, le régulateur bruxellois doit avoir recours à des pis-aller comme le tarif capacitaire basé sur la puissance de raccordement qui manquent leur cible de facilitation de la transition énergétique.

34. Deuxièmement, la question de la protection du consommateur bruxellois est indéniablement une considération prise en compte par BRUGEL. Le choix d'une souscription capacitaire permet d'éviter que le consommateur qui n'a pas conscience de la puissance de ses appareils n'ait une mauvaise surprise au moment de la facture. Par ailleurs, le choix d'un tarif proportionnel à trois plages, qui n'inclut pas d'heures dites solaires, c'est-à-dire un tarif plus bas au moment de la production solaire, peut se justifier par une volonté de simplicité pour le consommateur électrique.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 26.

¹⁰⁰ Voir art. 26octies de l'ordonnance électricité.

C. LES TARIFS DE RÉSEAU POUR LE PARTAGE D'ÉNERGIE

35. Le partage d'énergie peut avoir lieu dans le cadre d'un échange de pair-à-pair, au sein d'un même immeuble ou d'une communauté d'énergie.¹⁰¹ Pour toutes ces opérations, il est fait usage du réseau électrique. Il est donc logique que ces opérations entraînent le paiement de tarifs de réseau de distribution. Cependant, un des objectifs du partage d'énergie est de permettre aux consommateurs d'acheter de l'énergie à un prix plus avantageux que celui offert par un fournisseur commercial. Si les tarifs de réseau s'appliquent aux opérations de partage, cet avantage, en comparaison avec les fournisseurs commerciaux, s'amenuise quelque peu. L'ordonnance du 17 mars 2022¹⁰² qui a créé le cadre juridique relatif au partage d'électricité, a néanmoins inséré une nouvelle ligne directrice tarifaire dans l'ordonnance électricité suivant laquelle « [l]a structure des tarifs favorise notamment le partage d'électricité issue de sources d'énergie renouvelables ».¹⁰³ À la suite de ces modifications légales, SIBELGA a introduit une proposition tarifaire actualisée afin d'introduire des tarifs de réseaux spécifiques aux opérations de partage, qui a été approuvée par BRUGEL.¹⁰⁴

36. Dans cette proposition tarifaire actualisée, SIBELGA propose, pour la période 2022-2024, d'appliquer pour les volumes partagés des tarifs différents en fonction de la distance, au sens du réseau d'électricité, entre le lieu de production et le lieu de consommation pour l'opération de partage. Plus particulièrement, quatre catégories de partage sont mises en place :

- « – Type A : Les participants sont alimentés par l'électricité produite dans le bâtiment où ils résident ;
- Type B : Les participants sont alimentés par la même cabine de transformation [basse tension] ;
- Type C : Les participants sont alimentés par le même poste "Elia" ;
- Type D : Les participants sont alimentés par différents postes "Elia" ».¹⁰⁵

¹⁰¹ Voir notamment la contribution de Julie ANCIAUX et Quentin PEIFFER (Chapitre 8) concernant les communautés d'énergie et la contribution de Tim VERMEIR (Chapitre 9) concernant le partage d'énergie.

¹⁰² Ordonnance du 17 mars 2022 modifiant l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale, l'ordonnance du 1^{er} avril 2004 relative à l'organisation du marché du gaz en Région de Bruxelles-Capitale, concernant des redevances de voiries en matière de gaz et d'électricité et portant modification de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale et l'ordonnance du 12 décembre 1991 créant des fonds budgétaires en vue de la transposition de la directive 2018/2001 et de la directive 2019/944, *M.B.*, 20 avril 2022.

¹⁰³ Art. 9^{quinquies}, 22°, de l'ordonnance électricité.

¹⁰⁴ BRUGEL, Décision 20220823-205 relative aux modifications tarifaires au cours de la période 2022-2024 et portant principalement sur les tarifs de distribution applicables pour le partage d'énergie, *op. cit.*

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 7.

BRUGEL et SIBELGA décident ainsi de ne refacturer les tarifs de transport que pour la catégorie D, estimant que pour les autres catégories, « [l']énergie partagée ne transit[e] pas par le réseau de transport ».¹⁰⁶ Concernant les tarifs d'utilisation de réseau de distribution, ceux-ci sont de 0 pour la catégorie A et réduits de moitié pour la catégorie B.¹⁰⁷ Les tarifs d'utilisation du réseau de distribution s'appliquent sans modification aux catégories C et D.¹⁰⁸ Le raisonnement est ici que les catégories A et B utilisent respectivement de façon négligeable et à moindre raison le réseau d'électricité, ce qui justifie d'accorder une réduction des tarifs d'utilisation du réseau de distribution.¹⁰⁹ Dans le cadre de la méthodologie tarifaire 2025-2029, BRUGEL propose de garder cet avantage tarifaire.¹¹⁰ Cette décision pose néanmoins question dès lors que BRUGEL indique, dans son rapport de motivation attenant à la méthodologie tarifaire, que cet avantage tarifaire pour le partage présente « le désavantage d'introduire une différenciation tarifaire basée sur l'usage de l'électricité, qui peut être jugée discriminatoire puisque pour deux [utilisateurs de réseau] ayant la même courbe de prélèvement, l'un étant membre d'un partage d'énergie et l'autre ne l'étant pas, le coût d'utilisation du réseau de l'[utilisateur de réseau] membre du partage sera inférieur à celui de l'[utilisateur de réseau] non membre ».¹¹¹ Il est par ailleurs proposé dans ce même rapport de motivation de ne pas maintenir ces tarifs avantageux dans le futur¹¹², contrairement à ce qui est fait dans la méthodologie tarifaire finalement adoptée, donc.

37. Plusieurs remarques peuvent être faites quant au tarif de réseau favorable au partage d'énergie. Premièrement, la position de BRUGEL et SIBELGA quant aux tarifs de transport nous semble en décalage avec celle de la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 5/2021. Pour rappel, la Cour avait estimé que « chaque consommation entraîne l'utilisation du réseau de transport, même si toutes les composantes de cette consommation n'ont pas circulé sur le réseau de transport »¹¹³ pour justifier que le système de compensation flamand, en ce qu'il exonérait les *prosumers* de tarifs de transport, ne respectait pas la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les Régions.¹¹⁴ Or, BRUGEL estime que dès lors que les catégories A à C partagent de l'énergie qui

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 9.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 10.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ BRUGEL, Décision 20240319-264, Méthodologie tarifaire applicable au gestionnaire de réseau de distribution d'électricité et de gaz actif en Région bruxelloise pour la période 2025-2029 – Partie 2 – Structure tarifaire et conditions d'application, *op. cit.*, p. 36.

¹¹¹ BRUGEL, Rapport de motivation et de positionnement relatif à la mise en place de nouvelles méthodologies tarifaires applicables au gestionnaire de réseau de distribution bruxellois d'électricité et de gaz pour la période 2025-2029 – Partie 2 – *Tariff Design*, *op. cit.*, p. 79.

¹¹² *Ibid.*, p. 84.

¹¹³ C.C., arrêt n° 5/2021 du 14 janvier 2021, B.9.8.

¹¹⁴ Voir n° 11 de la présente contribution.

ne transite pas par le réseau de transport, ces catégories doivent être exonérées de tarifs de transport pour les volumes partagés.¹¹⁵ Dans les deux cas, la Cour constitutionnelle et BRUGEL sont en décalage avec la vision traditionnelle de la cascade tarifaire suivant laquelle c'est le fournisseur qui détient l'accès au réseau pour l'utilisateur de réseau et est à ce titre débiteur des tarifs de réseau. Dans la décision tarifaire relative au partage de réseau, il est considéré que les tarifs de réseau sont justifiés par l'usage qui est fait par l'utilisateur de réseau et non par le fournisseur, fournisseur qui n'est par ailleurs en principe nullement impliqué dans les opérations de partage.¹¹⁶ Ces deux institutions ont cependant une vision différente du fonctionnement du réseau d'électricité. Dans un cas, le réseau est vu comme une unité et chaque utilisation de ce réseau, même si elle peut être localisée uniquement sur la partie distribution, entraîne l'usage de l'ensemble du réseau. C'est le point de vue de la Cour constitutionnelle. Dans un autre cas, il est possible de localiser l'utilisation du réseau et de considérer qu'une partie du réseau n'est simplement pas utilisée pour une opération. C'est le point de vue de BRUGEL. La vérité technique est probablement entre les deux puisqu'il est vrai que certaines productions ou consommations sur le réseau de distribution sont tellement infimes au regard de l'ensemble des flux belges que l'impact sur le réseau de transport n'est pas directement visible. Il n'empêche que la fréquence sur le réseau électrique belge, qui est le résultat de l'équilibre constant entre la production et la consommation, est en principe la même pour l'ensemble de la Belgique, de sorte que techniquement parlant, toute utilisation du réseau de distribution peut avoir un impact sur le réseau de transport. Quoi qu'il en soit, en suivant le raisonnement de la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 5/2021, l'avantage tarifaire octroyé pour la partie tarifs de réseau de transport n'est pas en ligne avec la répartition des compétences en matière d'énergie.

38. Deuxièmement, les tarifs de réseau favorables au partage traduisent la deuxième acception du principe de réfectivité des coûts. Pour rappel, ce principe a d'abord renvoyé à l'obligation que les tarifs de réseau soient liés à l'ensemble des coûts réellement supportés par le gestionnaire de réseau de sorte que celui-ci ne peut réaliser de bénéfices déraisonnables. Dans un second temps, ce principe a également fait référence au fait que les tarifs doivent refléter les coûts que l'utilisateur a générés pour le réseau.¹¹⁷ C'est cette seconde acception que les tarifs de réseau favorables au partage d'électricité traduisent. BRUGEL et SIBELGA estiment en effet que les catégories A et B utilisent dans un cas de façon négligeable et l'autre dans une moindre mesure le réseau de distribution

¹¹⁵ BRUGEL, Décision 20220823-205 relative aux modifications tarifaires au cours de la période 2022-2024 et portant principalement sur les tarifs de distribution applicables pour le partage d'énergie, *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁶ Sur la cascade tarifaire, voir n° 8 et suivants de la présente contribution.

¹¹⁷ Voir n° 27 *supra*.

d'électricité, ce qui permet d'éviter des coûts pour ce réseau.¹¹⁸ Autrement dit, la hauteur du tarif est justifiée par l'utilisation du réseau qui est faite par un utilisateur de réseau et qui est considérée par BRUGEL comme étant moindre par rapport à un utilisateur traditionnel. Dès lors qu'une évaluation coût-bénéfice a confirmé que le partage d'énergie pouvait en pratique avoir des avantages pour le réseau de distribution¹¹⁹, cette justification nous semble tout à fait acceptable.

39. Au-delà de ces quelques commentaires, le cas des tarifs de réseau pour le partage d'énergie constitue, une fois encore, un exemple de l'équilibre que le régulateur cherche à trouver entre la facilitation de transition énergétique et d'autres considérations comme la protection du consommateur (vulnérable) bruxellois. Le partage d'énergie vise indéniablement à augmenter la production renouvelable décentralisée. Dès lors que les habitants d'un immeuble à appartement ou d'un même quartier peuvent collectivement investir dans une production photovoltaïque et partager l'énergie produite, la part de renouvelable dans le mix énergétique est vouée à augmenter. Ainsi, les réductions tarifaires applicables aux opérations de partage visent assurément à favoriser la transition énergétique. Le régulateur bruxellois a néanmoins tenu à ne pas répéter le cas de la compensation pour le *prosumer* où le coût de la transition énergétique était reporté sur les consommateurs traditionnels qui n'y participaient pas et n'en bénéficiaient pas non plus.¹²⁰ L'idée n'est en effet pas de totalement exonérer de tarifs les opérations de partage, mais de lier cette exonération à la distance physique entre les participants au partage et donc à l'avantage pour le réseau que cette opération peut rapporter. BRUGEL trouve donc, par le biais de cette différenciation en fonction de la catégorie de partage de A à D, un équilibre entre la promotion de la transition énergétique d'une part, et la protection du consommateur bruxellois d'autre part. Néanmoins, comme souligné par BRUGEL dans le cadre de la préparation de sa méthodologie tarifaire 2025-2029, ces avantages tarifaires peuvent constituer une différence de traitement entre utilisateurs de réseaux ayant une même charge de consommation, mais l'un participant à une opération de partage et l'autre non.¹²¹ Cette différence de traitement pourrait néanmoins selon nous être justifiée par le fait que les utilisateurs de réseau participant à une opération de partage permettent, lorsqu'il y a une proximité physique entre la production et la consommation, d'intégrer l'énergie photovoltaïque au réseau et d'éviter certains coûts,

¹¹⁸ BRUGEL, Décision 20220823-205 relative aux modifications tarifaires au cours de la période 2022-2024 et portant principalement sur les tarifs de distribution applicables pour le partage d'énergie, *op. cit.*, p. 10.

¹¹⁹ BRUGEL, Étude 20231003-45bis coûts-avantages relative aux communautés d'énergie et au partage d'électricité, 3 octobre 2023.

¹²⁰ Voir n° 28 de la présente contribution.

¹²¹ Voir n° 36 de la présente contribution.

notamment de congestion, pour le gestionnaire de réseau de distribution. Dès lors, les tarifs de réseau favorables au partage d'énergie nous semblent justifiables en l'état, à moins qu'il ne soit établi que le partage d'énergie n'est pas en mesure de constituer un avantage pour le réseau, voire constitue même une charge supplémentaire. Dans ce dernier cas, la question de savoir si les tarifs bruxellois favorables au partage constituent une violation du principe de réfectivité de coût pourrait également se poser.

V. CONCLUSION

40. Les tarifs de réseau d'électricité sont une matière dense et en constante évolution, en démontrant les discussions récurrentes relatives aux limites de l'indépendance du régulateur ou l'évolution de la conception des tarifs de réseau comme dus directement par l'utilisateur du réseau et non plus par le fournisseur. La présente contribution n'a aucunement eu pour objectif d'être exhaustive dans le traitement des questions juridiques relatives aux tarifs de réseau d'électricité.

41. Cette contribution a davantage voulu répondre à la question, posée dix ans plus tôt par Pascal Boucquey et Raphaël Lefere, de savoir si la Région de Bruxelles-Capitale ayant fraîchement reçu une compétence pour les tarifs de réseau de distribution d'électricité allait avoir une attitude plutôt innovatrice ou au contraire attentiste dans l'exercice de cette compétence. Il ressort de cette contribution que le législateur bruxellois ne s'est pas réellement écarté du cadre qui était alors applicable au niveau de l'autorité fédérale, si ce n'est en adoptant de nouvelles lignes directrices tarifaires relatives notamment à la transition énergétique et au partage d'énergie. Ainsi, la procédure d'établissement des tarifs de distribution est très similaire à celle qui était applicable à l'époque et qui existe toujours en matière de tarifs de transport. Le régulateur bruxellois, par contre, s'est rapidement écarté tant du modèle fédéral applicable jusqu'à la régionalisation que des voies prises par les autres régions du pays, en innovant au niveau de ses méthodologies tarifaires. BRUGEL a, en effet, une réelle volonté d'utiliser les tarifs de réseau de distribution en vue de la transition énergétique, tout en tenant compte des contraintes techniques du réseau bruxellois et en cherchant à éviter que le coût de cette transition ne repose sur les consommateurs qui ne participent pas à la transition et qui peuvent être des ménages en situation de précarité énergétique.

42. L'équilibre entre transition énergétique et contrainte technique ressort du fait que l'installation de compteurs intelligents, essentiels pour l'application des nouvelles structures tarifaires bruxelloises, n'est pas du ressort de BRUGEL, mais de SIBELGA qui applique les instructions du législateur. Lorsqu'il y aura une réelle volonté politique d'accélérer le déploiement de ces compteurs, cette

difficulté sera probablement levée. L'équilibre entre transition énergétique et protection du consommateur (vulnérable) est plus délicat et constitue un réel enjeu de la transition énergétique. Les considérations liées à la protection des consommateurs sont en principe étrangères à la compétence tarifaire du régulateur, qui a pour mission de s'occuper de tâches techniques. Mais lorsque l'établissement des tarifs touche aux avantages que les *prosumers* ou participants à une opération de partage d'énergie peuvent avoir, ou aux structures tarifaires qui visent à intégrer la production renouvelable décentralisée et les nouveaux usages électriques, cet exercice technique qu'est l'établissement des tarifs a assurément des conséquences sociales. Autrement dit, les décisions tarifaires du régulateur bruxellois vont de plus en plus souvent avoir un impact sur le consommateur énergétique bruxellois qui, dans un cas sur cinq, est en situation de précarité énergétique, tous ne bénéficiant pas nécessairement du tarif social. Ce régulateur va donc être de plus en plus régulièrement amené à faire des arbitrages entre des considérations technico-économiques, et des considérations sociales. S'il ressort déjà de ces dix premières années de compétence tarifaire en Région bruxelloise que l'équilibre entre les considérations techniques et sociales est un enjeu de la transition, il va sans dire que cette question épineuse restera centrale probablement au-delà des dix prochaines années de compétence tarifaire en Région de Bruxelles-Capitale.

L'ORGANISATION FÉDÉRALE BELGE ET L'ENJEU CLIMATIQUE : SORTIR DE L'IMPASSE

Céline Romainville

Professeure à l'UCLouvain

Co-directrice du Centre de recherche sur l'État et la Constitution

Emmanuel Slautsky

Professeur à l'ULB

Centre de droit public et social

Sofia Vandenbosch

Chercheuse à l'Institut Max Planck de droit public comparé
et de droit international

Maître de conférences invitée à l'UCLouvain

Marie Beudels

Doctorante au Centre de droit public et social de l'ULB

Introduction

1. Dans son retentissant arrêt du 9 avril 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme identifie précisément les obligations positives induites de la Convention européenne des droits de l'homme en matière climatique. Elle considère que « le respect effectif des droits protégés par l'article 8 de la Convention » exige de chaque État membre

« qu'il prenne des mesures en vue d'une réduction importante et progressive de ses niveaux d'émission de [gaz à effet de serre (GES)], aux fins d'atteindre la neutralité nette, en principe au cours des trois prochaines décennies ». La Cour précise que « pour que les mesures soient efficaces, les pouvoirs publics sont tenus d'agir en temps utile et de manière appropriée et cohérente »¹.

À partir d'une analyse approfondie à la fois des sciences du climat et du droit pertinent, et tenant compte de l'exigence d'équité intergénérationnelle, la Cour considère que :

« [...] il faut prendre des mesures immédiatement et fixer des objectifs de réduction intermédiaires appropriés pour la période lors de laquelle la neutralité nette devra être atteinte. Ces mesures doivent tout d'abord être intégrées dans un cadre réglementaire contraignant au niveau national, puis être mises en œuvre adéquatement. Les objectifs et les calendriers pertinents doivent faire partie intégrante du cadre réglementaire interne et servir d'assise aux mesures d'atténuation générales et sectorielles »².

La Cour annonce qu'elle évaluera le respect de la Convention par les États en analysant si les autorités publiques de chaque État ont bien tenu compte de la nécessité :

- a) d'adopter des mesures générales précisant le calendrier à respecter pour parvenir à la neutralité carbone ainsi que le budget carbone total restant pour la période en question, ou toute autre méthode équivalente de quantification des futures émissions de GES, conformément à l'objectif primordial correspondant aux engagements nationaux et/ou mondiaux en matière d'atténuation du changement climatique ;
- b) de fixer des objectifs et trajectoires intermédiaires de réduction des émissions de GES (par secteur ou selon d'autres méthodes pertinentes) qui sont considérés comme aptes à permettre, en principe, d'atteindre les objectifs nationaux globaux de réduction des émissions de GES dans les délais fixés par les politiques nationales ;
- c) de fournir des informations montrant si elles se sont dûment conformées aux objectifs pertinents de réduction des émissions de GES ou qu'elles s'y emploient (alinéas a) et b) ci-dessus) ;
- d) d'actualiser les objectifs pertinents de réduction des émissions de GES avec la diligence requise et en se fondant sur les meilleures données disponibles ; et

1. Cour eur. D.H. (gde ch.), 9 avril 2024, *Verein Klimaseniorinnen c. Suisse*, § 545.

2. *Ibid.*, § 549.

e) d'agir en temps utile et de manière appropriée et cohérente dans l'élaboration et la mise en œuvre de la législation et des mesures pertinentes »³.

La Cour identifie également deux garanties procédurales : d'une part, les informations décisives pour faire face au changement climatique doivent être rendues disponibles au public, et en particulier aux personnes susceptibles d'être les plus touchées par ce changement ; d'autre part, indique la Cour, il « convient de mettre en place des procédures permettant la prise en compte dans le processus décisionnel de l'avis de la population, et en particulier des intérêts des personnes qui sont touchées ou risquent d'être touchées par la réglementation et les mesures pertinentes, ou par leur absence »⁴.

2. Une lecture fédérale, de manière générale, et belge, en particulier, de ces obligations positives induites du droit de la Convention, et des obligations européennes et internationales qu'elles recourent, fait immédiatement naître l'interrogation suivante : l'organisation fédérale permet-elle à l'État belge de répondre adéquatement à ces obligations ? Les politiques menées afin de répondre aux défis existentiels qu'engendre le dérèglement climatique s'inscrivent en effet, en Belgique, dans un contexte politique, social et juridique complexe. Elles se déploient dans une architecture institutionnelle de type fédéral principalement conçue pour garantir l'autonomie des entités fédérées. Cette architecture a été élaborée à une époque où le climat n'était pas encore l'enjeu politique majeur que l'on connaît aujourd'hui.

Ni la gravité des menaces environnementales et climatiques pour l'humanité, ni la multiplication des obligations européennes et internationales en matière climatique n'ont, à ce stade, provoqué de remise en question fondamentale de l'architecture fédérale belge. Ni le législateur spécial ni le Constituant ne sont parvenus jusqu'ici à repenser la question décisive des échelles de gouvernance et de la répartition des responsabilités climatiques entre les différents niveaux de pouvoir, questions pourtant incontournables lorsque l'on envisage les réponses à apporter aux dérèglements climatiques⁵. Dès lors, les acteurs qui tentent

3. *Ibid.*, § 550.

4. *Ibid.*

5. Voy. notamment, parmi une littérature très dense : W. NEIL ADGER, « Scales of governance and environmental justice for adaptation and mitigation of climate change », *Journal of International Development*, 2001, vol. 13, n° 7, pp. 921-931 ; M. LANDAUER, S. JUHOLA et J. KLEIN, « The role of scale in integrating climate change adaptation and mitigation in cities », *Journal of Environmental Planning and Management*, 2019, vol. 62, n° 5, pp. 741-765 ; C. TERMEER et al., « Governance Arrangements for Adaptation to Climate Change », *Oxford Research Encyclopedia of Climate Science*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

de façonner des stratégies climatiques et environnementales doivent se frayer un chemin dans un paysage institutionnel marqué par des dynamiques centrifuges et bipolaires complexes. Ainsi, en Belgique, s'intéresser au cadre juridique de la gouvernance climatique – c'est-à-dire s'intéresser aux règles, aux pratiques et aux institutions qui entourent l'élaboration, l'adoption, la mise en œuvre et le contrôle des politiques climatiques⁶ – implique d'abord et avant tout d'étudier les structures, les règles et les principes du fédéralisme, puisqu'ils prédéterminent les décisions en matière climatique.

3. Eu égard à la transversalité des enjeux, la prise en charge des questions climatiques en Belgique requiert une collaboration, une coordination et une coopération étroite entre les différents acteurs du fédéralisme belge. Or, – et c'est un euphémisme – cet impératif n'est pas évident à intégrer dans le fédéralisme belge, un « "fédéralisme de malentendus", où les compétences sont imbriquées, non hiérarchisées et où l'Autorité fédérale n'a pas été investie d'un rôle d'arbitre »⁷. En application de la répartition des compétences actuellement en vigueur, la question climatique est appréhendée à travers de multiples compétences exclusives, dépendant de collectivités différentes⁸. Comme expliqué dans la première partie de cette contribution (section 1), les politiques climatiques constituent une forme de *stress test* qui révèle les failles dans le

6. Voy. l'intervention de Mme Rebecca THISSEN, à l'époque coordinatrice du groupe de travail politique de la Coalition Climat dans le rapport *Énergie, Environnement et Climat* fait au nom de la commission parlementaire chargée de l'évaluation des réformes de l'État depuis 1970, Doc., Ch. repr., 2021-2022, n° 2602/3, p. 41.

7. M. EL BERHOUMI et C. NENNEN, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme », *Amén.*, 2018, p. 61 (notes de bas de pages omises). Pour une objectivation du constat d'échec de la gouvernance climatique belge, voy. G. DELVAUX et M. NÈVE DE MEVERGNIES, « La reconnaissance des compétences concurrentes : une solution aux défaillances de la gouvernance climatique ? », *Ann. dr. Louvain*, 2023, vol. 85, n° 1, pp. 157-178 ainsi que C. ROMAINVILLE, « Le fédéralisme coopératif belge et sa pratique en matière climatique », *R.B.D.C.*, 2022, vol. 1 et 2, pp. 59-101.

8. « Climat, Constitution et répartition des compétences », Rapport du séminaire académique du 22 avril 2018, consultable sur https://climat.be/doc/KlimGov_S1_Rapport_FR.pdf (dernière consultation : mai 2024). Sur les dérogations au principe d'exclusivité des compétences, voy. A. HÉRAUT et A.-S. RENSON, « Fédéralisme et exclusivité des compétences », in C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN (dir.), *Les grands arrêts sur le partage des compétences dans l'État fédéral*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 27-39 et C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN, « Système de répartition des compétences », in M. UYTENDAELE et M. VERDUSSEN (dir.), *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'État*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 831-849. Pour approfondir la question des interactions entre la compétence climatique et le fédéralisme belge, voy. not. M. EL BERHOUMI et C. NENNEN, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme », *op. cit.*, pp. 61-76 ; L. LAVRYSEN, « Le fédéralisme belge et la politique de l'environnement : concertation, coopération et ... agir chacun pour soi dans un contexte européen », *Rev. Dr. ULB*, 2009, n° 1, pp. 121-169 ; G. ROLLAND et C. ROMAINVILLE, « Voyage au cœur de la notion de "loi spéciale". Les propositions de loi spéciale "climat" et la section de législation du Conseil d'État », *A.P.T.*, 2020, n° 2, pp. 296-306 ; C. ROMAINVILLE, « Le fédéralisme coopératif belge et sa pratique en matière



processus décisionnel. Le bilan de la coopération en matière climatique en Belgique dressé dans la deuxième partie de ce texte est effectivement sombre. Il est emblématique d'un *joint-decision trap*, sur lequel nous reviendrons (section 2). Nous examinerons ensuite, dans une troisième partie plus prospective, quelques-unes des pistes d'évolution ou de réforme possibles en réponse à ces difficultés (section 3).

Section 1. Le dérèglement climatique, un enjeu complexe dans les États fédéraux

4. Le dérèglement climatique est un défi complexe et protéiforme (§ 1), dont la prise en compte dans un contexte de type fédéral pose des difficultés spécifiques de coordination et d'articulation entre niveaux de pouvoir. Ce constat pose la question des conditions dans lesquelles les systèmes fédéraux sont en mesure de répondre de manière satisfaisante à l'enjeu climatique (§ 2).

§ 1. Des politiques publiques climatiques aux multiples facettes

5. La faculté d'adopter des mesures climatiques (de mitigation ou d'adaptation⁹) renvoie à une très grande diversité de politiques publiques. Il nous faut sortir de la discipline juridique et prendre connaissance des recommandations émises par les scientifiques du climat pour comprendre quelles mesures sont susceptibles de réduire les émissions de CO₂ et de permettre une adaptation au changement climatique. On réalise alors que l'éventail des compétences concernées est vaste. En effet, les scientifiques appellent à des mesures structurelles et systématiques dans des domaines aussi variés que l'économie, les finances publiques, le commerce (national et international), l'agriculture, l'usage des sols, ou encore les relations Nord-Sud : leurs recommandations débordent ainsi très largement les frontières du droit de l'environnement.

Pour ne prendre qu'un exemple récent, dans le « *2023 State of the Climate Report: Entering Uncharted Territory* », paru le 24 octobre 2023 dans la très prestigieuse revue *BioScience*, un groupe de scientifiques

climatique », *op. cit.*, pp. 59-101 ; F. VANRYKEL, « La politique belge en matière de climat, entre autonomie et coopération. Quelle place pour une vision commune à l'échelle nationale ? », *R.B.D.C.*, 2017, n° 3, p. 225.

9. Voy. *infra*, n° 6 sur la distinction entre ces deux types de mesures.



démontre qu'il n'est pas possible de faire face à la crise écologique sans revoir fondamentalement les systèmes structurant nos sociétés et, en particulier les systèmes économiques (« *life on planet earth is under siege* »). Leur première recommandation concerne la croissance et la surconsommation (« *economic growth, as it is conventionally pursued, is unlikely to allow us to achieve our social, climate, and biodiversity goals* »¹⁰) ; d'autres soulignent l'importance de la justice intergénérationnelle¹¹.

Ces recommandations recourent largement celles émanant d'autres organismes comme les Nations unies. Ainsi, dans son *Emission Gap Report* (EGR) de 2022, le Programme des Nations unies pour l'Environnement conclut non seulement à l'insuffisance et à l'inadéquation des mesures prises jusqu'ici pour faire face aux changements climatiques, mais également à la nécessité de transformations générales, rapides, systémiques de nos sociétés pour atteindre les objectifs de l'Accord de Paris¹². Le *Production Gap Report* (PGR) de 2023 de la même agence conclut, à partir d'une évaluation des plans gouvernementaux relatifs à la production de combustibles fossiles, que « dans l'ensemble, les gouvernements prévoient toujours de produire en 2030 plus du double de la quantité de combustibles fossiles nécessaire pour limiter le réchauffement de la planète à 1,5 °C »¹³. Ce rapport recommande l'adoption de la trajectoire « *low demand* » (IMP-LD) qui est l'un des scénarios analysés par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) dans la perspective d'une limitation à 1,5 degrés du

10. W. J. RIPPLE et al., « The 2023 state of the climate report: Entering uncharted territory », *BioScience*, vol. 73, n° 12, 2023, pp. 841-850.

11. Ces recommandations sont reprises dans une conclusion qui mérite d'être citée ici : « *To address the overexploitation of our planet, we challenge the prevailing notion of endless growth and overconsumption by rich countries and individuals as unsustainable and unjust. Instead, we advocate for reducing resource overconsumption; reducing, reusing, and recycling waste in a more circular economy; and prioritizing human flourishing and sustainability. We emphasize climate justice and fair distribution of the costs and benefits of climate action, particularly for vulnerable communities. We call for a transformation of the global economy to prioritize human well-being and to provide for a more equitable distribution of resources. We also call to stabilize and gradually decrease the human population with gender justice through voluntary family planning and by supporting women's and girls' education and rights, which reduces fertility rates and raises the standard of living. These environmentally conscious and socially equitable strategies necessitate far-reaching and holistic transformations in the long run that could be achieved through gradual but significant steps in the short term* » (ibid., p. 850, références omises).

12. UN Environment Program, *Emissions Gap Report 2022 – The Closing Window. Climate crisis calls for rapid transformation of societies*, octobre 2022, disponible sur <https://www.unep.org/resources/emissions-gap-report-2022> (dernière consultation : mai 2024).

13. UN Environment Program, *Production Gap Report 2023 – Phasing down or phasing up? Top fossil fuel producers plan even more extraction despite climate promises*, novembre 2023, disponible sur https://productiongap.org/wp-content/uploads/2023/11/PGR2023_web_rev.pdf (dernière consultation : mai 2024).

réchauffement climatique. Ce scénario met l'accent sur la réduction de la demande en énergie, ce qui suppose par définition des changements systémiques profonds. Il est considéré comme étant le plus crédible par le Programme des Nations unies pour l'environnement, vu les grandes incertitudes entourant les technologies de captage et de stockage du carbone et d'élimination du dioxyde de carbone. On notera que c'est également le scénario privilégié dans une des analyses les plus récentes des différents scénarios identifiés par le GIEC et publiée dans *Nature*¹⁴. Les auteurs de l'étude confirment qu'une diminution de la demande d'énergie est la piste la plus adéquate pour atteindre l'objectif du 1,5 °C.

6. Conscients des diagnostics et des recommandations établis dans d'autres disciplines, eux-mêmes relayés par des agences et organismes européens et internationaux, nous pouvons, en revenant au droit constitutionnel belge, nous appuyer sur la dichotomie classique entre les approches matérielle et fonctionnelle des politiques climatiques et environnementales¹⁵. Dans sa dimension matérielle, la protection du climat est appréhendée par le contenu des politiques publiques mises en place et concerne un large éventail de matières aussi variées que l'énergie, la qualité de l'eau, du sol et de l'air, la mobilité, l'affectation des sols, l'économie, le logement, l'urbanisme, l'agriculture, ou la consommation – pour n'en citer que quelques-uns¹⁶. La réglementation de ces matières peut tantôt poursuivre un objectif climatique *direct et explicite*, tantôt avoir des effets *indirects ou implicites* sur le climat sans qu'il s'agisse de leur objet ou de leur objectif premier¹⁷.

Dans leur dimension fonctionnelle, les politiques publiques de lutte contre le changement climatique s'analysent au prisme des instruments juridiques qu'elles font naître et mettent en lumière la distinction entre deux grands niveaux de régulation de la question climatique. Le premier s'emploie à fixer des principes et objectifs à atteindre tandis que le second les opérationnalise à travers des secteurs particuliers. À cette fin, les politiques climatiques peuvent s'appuyer : (1) sur les instruments

14. P. ACHAKULWISUT et al., « Global fossil fuel reduction pathways under different climate mitigation strategies and ambitions », *Nature*, 2023, vol. 14, n° 5425, pp. 1-15.

15. Voy. M. EL BERHOUMI, C. ROMAINVILLE et N. BERNARD, « Les sources de la répartition des compétences », in M. EL BERHOUMI et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Principe de la répartition des compétences*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 56-57.

16. F. VANRYKEL, *The illusive simplicity and straightforwardness of carbon taxes: a legal analysis*, Université Saint-Louis Bruxelles et ULiège, 2022, p. 96.

17. Cette distinction est notamment faite par E. SCOTFORD et S. MINAS, « Probing the hidden depths of climate law: Analysing national climate change legislation », *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2019, vol. 28, n° 1, pp. 67-81. Les termes utilisés en anglais sont « "direct" (or "explicit") and "indirect" (or "implicit") climate legislations ».

classiques de la puissance publique (règlementation, subventions, fiscalité, marchés publics) ; (2) sur des mécanismes de marché, visant à intégrer le coût environnemental des émissions de gaz à effet de serre dans le prix des biens ou des services à l'origine de telles émissions ; (3) sur des dispositifs de sensibilisation de la population, d'information et d'auto-régulation des secteurs à l'origine des émissions de gaz à effets de serre ; ou (4) sur une combinaison des trois types de mesures qui viennent d'être évoquées¹⁸.

Outre cette première distinction entre substance et forme, une typologie des mesures climatiques peut aussi être faite sur la base des objectifs qu'elles poursuivent, entre mitigation, adaptation et résilience. La mitigation est une politique visant à « agir sur les causes du changement climatique anthropique par des mesures qui réduisent les émissions de carbone et d'autres gaz à effet de serre (GES) ou qui éliminent le dioxyde de carbone actuellement présent dans l'atmosphère »¹⁹. Elle se compose traditionnellement de trois volets distincts mais intimement liés : la production d'énergies renouvelables, l'efficacité énergétique et la réduction des émissions²⁰. La politique d'adaptation, pour sa part, vise plutôt l'« ajustement des systèmes naturels ou humains en réponse à des *stimuli* climatiques existants ou prévus ou à leurs effets, qui atténue les dommages ou exploite les opportunités bénéfiques »²¹. À ces deux dimensions, traditionnellement présentées comme les piliers des politiques climatiques, s'en ajoutent d'autres, comme la politique de résilience. Cette dernière peut être définie comme « [l]a capacité des systèmes sociaux, économiques et environnementaux à faire face à un événement dangereux, à une tendance ou à une perturbation,

18. I. BARTLE, « Regulatory approaches to climate change mitigation », in D. LEVI-FAUR (dir.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 629-641.

19. A. FENNA, S. JODOIN et J. SETZER, « Climate Governance and Federalism. An Introduction », in S. JODOIN, J. SETZER et A. FENNA (dir.), *Climate change and federal governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 1. Le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat définit la mitigation comme étant « An anthropogenic intervention to reduce the sources or enhance the sinks of greenhouse gases », GIEC, *Annex II – Glossary in Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Group I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Genève, p. 125.

20. C.-H. BORN, I.-S. BROUHN et D. MISONNE, « Le changement climatique en Belgique – Avant-propos », *Amén.*, 2018, n° 4, p. 5.

21. GIEC, *Climate Change 2001: Synthesis Report. A Contribution of Working Groups I, II, III to the Third Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge et New York, Cambridge University Press, p. 365. Traduction libre de : « Adaptation to climate change refers to adjustment in natural or human systems in response to actual or expected climatic stimuli or their effects, which moderates harm or exploits beneficial opportunities. Various types of adaptation can be distinguished, including anticipatory and reactive adaptation, private and public adaptation, and autonomous and planned adaptation ».

en réagissant ou en se réorganisant de manière à préserver leur fonction, leur identité et leur structure essentielles, tout en conservant leur capacité d'adaptation, d'apprentissage et de transformation »²². Les politiques d'adaptation peuvent renforcer la résilience, ou au contraire l'entraver, selon qu'elles se focalisent sur le court terme et des mesures relativement limitées (*incremental adaptation*) ou sur le long terme et des mesures davantage structurelles (*transformative adaptation*)²³.

7. Au regard de la variété des politiques publiques envisagées, des objectifs poursuivis et des instruments susceptibles d'être mobilisés, on comprend aisément que la lutte contre le dérèglement climatique est une question politique complexe sur le plan de la gouvernance publique, notamment parce qu'elle appelle l'adoption de mesures transversales et transfrontalières et suppose un dépassement de la seule sphère de compétence d'un niveau de pouvoir particulier²⁴.

En réalité, le changement climatique constitue un exemple paradigmatique des *Complex Intergovernmental Problems*, définis comme des « *boundary-spanning, irreducible policy problems that unfold within an intergovernmental system* »²⁵. Ils présentent plusieurs caractéristiques qui interagissent entre elles. La première est que l'action d'un niveau de pouvoir isolé ne peut agir de manière déterminante sur les racines profondes du problème en jeu. Les différents niveaux de pouvoir (nationaux ou infra-étatiques) ont seulement la capacité d'agir sur les conséquences du problème sur leur territoire et dans le ressort de leur juridiction. Deuxièmement, la nature des problèmes complexes intergouvernementaux requiert « *high levels of coordination and collaboration among implicated governments. Responding to their consequences cannot be achieved by a single actor in an intergovernmental system* »²⁶. Enfin, troisièmement, ces problèmes constituent un défi pour les normes

22. GIEC, *Annex II – Glossary, op. cit.*, p. 127. Traduction libre de « *The capacity of social, economic and environmental systems to cope with a hazardous event or trend or disturbance, responding or reorganizing in ways that maintain their essential function, identity and structure, while also maintaining the capacity for adaptation, learning and transformation* ».

23. R. W. GATES, W. R. TRAVIS et T. J. WILBANKS, « Transformational adaptation when incremental adaptations to climate change are insufficient », *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2012, vol. 109, n° 19, pp. 7156-7161.

24. J. CANDEL et R. BIESBROEK, « Toward a Processual Understanding of Policy Integration », *Policy Sciences*, 2016, vol. 49, pp. 211-231 ; M. PAQUET et R. SCHERTZER, « COVID-19 as a Complex Intergovernmental Problem », *Canadian Journal of Political Science*, 2020, vol. 53, pp. 343-347.

25. *Ibid.*, p. 343.

26. *Ibid.*, p. 344.

et les procédures organisant les relations entre les différents niveaux de pouvoir compétents²⁷.

En plus d'être un *complex intergovernmental problem*, le changement climatique doit aussi être considéré comme un problème particulièrement pernicieux à prendre en charge, un « *(super) wicked problem* » pour reprendre une terminologie anglaise, en raison de son caractère protéiforme, des incertitudes qui subsistent quant aux solutions à mettre en œuvre et des interdépendances entre la question climatique et d'autres thématiques, comme celles de la biodiversité, de la justice redistributive et intergénérationnelle, ou, de manière plus générale, des questions économiques et sociales²⁸. En outre, la détermination de l'échelle de gouvernance adéquate est susceptible de varier selon les enjeux : si la politique de mitigation appelle nécessairement une coordination à un échelon global, tel n'est pas forcément le cas pour la politique d'adaptation ou de résilience ou même pour des politiques très proches et complémentaires de la politique de mitigation, comme la protection de la biodiversité.

8. Qu'ils soient unitaires ou fédéraux, aucun État n'échappe à cette complexité qui leur impose d'engager une réflexion de *design* institutionnel concernant les modalités de coordination entre les collectivités publiques²⁹. Dans un État fédéral, cette réflexion suppose de prendre en compte les règles organisant la répartition verticale des pouvoirs entre l'Autorité fédérale et les entités fédérées. On décrit ci-après, plus en détail, les atouts et les faiblesses des systèmes fédéraux face à l'enjeu climatique, en vue de nuancer et d'approfondir les évaluations qui viennent d'être brièvement esquissées.

§ 2. Organisation fédérale et défis climatiques

9. La littérature relative à l'*environmental federalism* – ou fédéralisme environnemental – étudie notamment les interactions entre

27. *Ibid.*

28. B. HEAD, *Wicked Problems in Public Policy. Understanding and Responding to Complex Challenges*, Cham, Palgrave MacMillan, 2022, pp. 97-102 ; K. LEVIN et al., « Overcoming the tragedy of super wicked problems: constraining our future selves to ameliorate global climate change », *Policy Sciences*, 2012, pp. 123-152.

29. L. HOOGHE et G. MARKS, « Unraveling the Central State, but How? Types of Multi-level Governance », *American Political Science Review*, 2003, vol. 97, n° 2, p. 204 ; M. REESE, « Distribution of Powers », in E. LEES et E. VIÑUALES (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 680-683. Comme le note un auteur, « *uniform federal standards are a mirage* », voy. R. PERCIVAL, « Environmental Federalism: Historical Roots and Contemporary Models », *Maryland Law Review*, 1995, vol. 4, n° 4, p. 1145.

féderalisme et gouvernance climatique³⁰. Dans une perspective de *Law and Economics*, le fédéralisme environnemental et climatique s'attache ainsi d'abord à déterminer les coûts et les bénéfices découlant de la nature fédérale d'un régime dans l'élaboration et la mise en œuvre d'une politique environnementale performante. Si les résultats qu'obtiennent les États fédéraux ou fortement décentralisés dans la réalisation de leurs politiques climatiques et environnementales varient amplement tant en termes de mitigation que d'adaptation au changement climatique, les études conduites jusqu'ici semblent s'accorder pour considérer qu'ils rencontrent des difficultés supplémentaires par rapport aux États centralisés. Pour Reinhard Steurer, Christoph Clar et Juan Casado-Ascencio, par exemple, si le fédéralisme n'implique ni une course vers le bas (*race-to-the-bottom*) ni une course vers le haut (*race-to-the top*), il participe d'une forme de course d'obstacles multi-niveaux (*multi-level steeplechase*) qui ajoute de la complexité à un défi politique qui n'en manque pourtant pas initialement³¹. Afin de rendre davantage justice à ses potentielles retombées positives, Roger Karapin et ses coauteurs privilégient la métaphore de l'épée à double tranchant pour parler du fédéralisme³².

Évaluer la performance d'une politique environnementale et climatique n'est cependant pas un exercice aisé en ce qu'une telle évaluation exige une hiérarchisation des valeurs et des objectifs poursuivis. Quels critères doit-on retenir ? L'effectivité de la politique menée, le degré d'ambition du régime édicté ou encore, de manière empirique, la qualité de l'environnement et la réduction du niveau d'émission des gaz à effets de serre constaté sur le territoire concerné ? Les politiques environnementales et climatiques sont-elles appréhendées de manière isolée ou en intégrant également des considérations démocratiques, de participation politique, d'équité et de justice ? Vise-t-on l'efficacité ou l'efficience (cette dernière notion impliquant un élément de proportionnalité) ? Les choix à faire sont nombreux.

10. Sans tout à fait s'atteler à ces questions, plusieurs modèles économiques cherchent à définir les « lois » d'une structure de gouvernance climatique efficace dans un régime fédéral. Le modèle théorisé par

30. E. RYAN, « Environmental federalism's tug of war within », in K. ROBBINS (dir.), *The Law and Policy of Environmental Federalism: A comparative analysis*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, pp. 355-418.

31. R. STEURER, C. CLAR et J. CASADO-ASENSIO, « Climate change mitigation in Austria and Switzerland: The pitfalls of federalism in greening decentralized building policies », *Natural Resources Forum*, 2020, vol. 44, p. 100.

32. R. KARAPIN et al., « Federalism as a Double-Edged Sword: the slow energy transition in the United States », *Journal of Environment & Development*, 2020, vol. 29, n° 1, pp. 26-50.

Tiebout, en 1956³³, ou le théorème de la décentralisation (*decentralization theorem*) développé par Oates, dès 1972³⁴, ont par exemple été appliqués aux politiques climatiques et environnementales³⁵. Ces modèles insistent sur les retombées positives du fédéralisme dès lors que la concurrence entre entités fédérées pour attirer les citoyens ou les capitaux leur permet d'accroître l'efficacité des politiques menées³⁶. En outre, comparés aux États unitaires, les États fédéraux seraient susceptibles de mieux s'adapter à la diversité des situations et des enjeux locaux, tant en termes de préférences politiques que de spécificités territoriales³⁷, alors que ces dernières varient en fonction des matières envisagées. Cette flexibilité représenterait une plus-value indéniable³⁸.

Les bénéfices que la gouvernance climatique d'un État peut tirer du fédéralisme ne s'arrêteraient, en outre, pas là. Le fédéralisme permettrait également aux entités les plus ambitieuses d'innover en matière climatique et environnementale et, ainsi, de faire figure de précurseurs. Si les politiques qu'elles mènent se révèlent satisfaisantes, elles pourront alors servir de modèles pour les entités plus réservées (*laboratory federalism*)³⁹. Il peut également arriver que l'Autorité fédérale, en s'appuyant sur l'expérience acquise par ces entités fédérées plus ambitieuses, impose leurs réglementations à l'ensemble des entités fédérées. Ann E. Carlston a observé ce processus aux États-Unis et l'a

33. C. TIEBOUT, « A Pure Theory of Local Expenditures », *Journal of Political Economy*, 1956, vol. 64, n° 5, pp. 416-424.

34. W. OATES, *Fiscal Federalism*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1972 ; W. OATES et R. SCHWAB, « Economic Competition Among Jurisdictions: Efficiency Enhancing or Distortion Inducing? », *Journal of Public Economics*, 1988, vol. 35, n° 3, pp. 333-354 ; W. OATES, « A Reconsideration of Environmental Federalism », in J. LIST, A. DE ZEEUW et K. GRIFFIN (dir.), *Recent advances in Environmental Economics*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2002, pp. 1-32. Cette théorie est parfois également appelée « théorie dite de la concurrence interjuridictionnelle » (*interjurisdictional competition framework*).

35. Voy. R. PERCIVAL, « Environmental Federalism: Historical Roots and Contemporary Models », *op. cit.* ; D. MILLIMET, « Environmental Federalism: A Survey of the Empirical Literature », *Case Western Reserve Law Review*, 2014, vol. 64, n° 4, pp. 1669-1757.

36. Voy. aussi R. GORDON, « An Optimal Taxation Approach to Fiscal Federalism », *The Quarterly Journal of Economics*, 1983, vol. 98, n° 4, pp. 567-586.

37. A. FENNA, S. JODOIN et J. SETZER, « Climate Governance and Federalism. An Introduction », *op. cit.*, p. 4.

38. « One criticism of centralized government is that it is insensitive to varying scale efficiencies from policy to policy », L. HOOGHE et G. MARKS, « Unraveling the Central State, but How? Types of Multi-level Governance », *op. cit.*, p. 235. Voy. également A. CASELLA et B. WEINGAST, « Elements of a Theory of Jurisdictional Change », in B. EICHENGREEN, J. FRIEDEN et J. VON HAGEN (dir.), *Politics and Institutions in an Integrated Europe*, New York et Heidelberg, Springer-Verlag, 1995, pp. 11-41.

39. J. ADLER, « Hothouse Flowers: The Vices and Virtues of Climate Federalism », *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 2008, vol. 7, n° 2, pp. 450-453.

qualifié de « fédéralisme itératif »⁴⁰. Dans les régimes fédéraux, les entités fédérées sont par ailleurs en mesure de combler les carences d'un État fédéral dont le programme politique ou les moyens mis en œuvre ne seraient pas de nature à contribuer à la réduction des émissions de gaz à effet de serre et à s'adapter au changement climatique (*bottom-up approach*)⁴¹. L'exemple de la Californie est souvent épinglé pour illustrer ce phénomène. Cette possibilité, que certains désignent par l'expression « fédéralisme compensatoire » s'applique également dans le sens opposé, en cas de carence des entités fédérées, auxquelles se substituerait alors l'Autorité fédérale (*top-down approach*)⁴². Enfin, et plus généralement, le fédéralisme présente l'incontestable avantage de fournir un cadre préalable organisant les interactions entre niveaux de pouvoirs, ce qui se révèle précieux pour appréhender la lutte contre le dérèglement climatique dont nous avons souligné plus haut le caractère intrinsèquement multi-niveaux⁴³.

11. Les atouts du fédéralisme ne doivent pourtant pas occulter ses inconvénients, qui peuvent fortement relativiser certains des gains présentés. La concurrence entre entités fédérées, notamment, est susceptible de s'avérer moins vertueuse qu'il n'y paraît de prime abord, en raison du risque de *race-to-the-bottom* ou de nivellement par le bas⁴⁴. Une politique ambitieuse conduite au sein d'une entité fédérée pourrait par exemple mener à la délocalisation des personnes, des entreprises ou des faits générateurs visés vers une entité fédérée moins exigeante⁴⁵. De plus, même au sein des États fédéraux, un problème d'échelle peut se présenter : s'il est vrai que les bénéfices d'une politique proactive en matière d'environnement ou d'adaptation se font souvent sentir au niveau local, ceux relatifs au climat sont globaux, ce qui est de nature à encourager certaines entités fédérées à adopter un comportement de passager clandestin (*free rider*), profitant des mesures prises par

40. A. E. CARLSON, « Iterative federalism and climate change », *UCLA Journal of Scholarly Perspectives*, 2008, vol. 4, n° 1, pp. 1-13.

41. J. CORFEE-MORLOT, *California in the greenhouse: Regional climate change policies and the global environment*, Londres, University College London, 2009 ; N. LUTSEY et D. SPERLING, « America's bottom-up climate change mitigation policy », *Energy Policy*, 2008, vol. 6, n° 2, pp. 673-685 ; B. RABE, « Beyond Kyoto: Climate change policy in multi-level governance systems », *Governance*, 2007, vol. 20, n° 3, pp. 423-444.

42. M. DERTHICK, « Compensatory Federalism », in B. RABE (dir.), *Greenhouse Governance: addressing climate change in America*, Washington, D.C., Brookings Institution Press, 2010, pp. 58-72.

43. D. BROWN, « Comparative Climate Change Policy and Federalism: an overview », *Review of Policy Research*, 2012, vol. 29, n° 3, pp. 324 et s.

44. N. WOODS, « An Environmental Race to the Bottom? "No more stringent" laws in the American States », *Publius*, 2021, vol. 51, n° 2, pp. 238-261.

45. J. ADLER, « Hothouse Flowers: The Vices and Virtues of Climate Federalism », *op. cit.*, pp. 450-453.

d'autres sans en subir les coûts⁴⁶. Elles tirent alors parti de leur passivité à un double titre. Non seulement le passager clandestin bénéficie des externalités positives produites par les politiques climatiques ambitieuses menées en dehors de son territoire (par exemple un ralentissement du réchauffement climatique ou des océans moins pollués), mais il se rend également plus attractif pour les entreprises, les capitaux ou les citoyens qui ne peuvent ou ne veulent pas se conformer aux politiques climatiques menées par d'autres, ce qui est potentiellement synonyme de retombées économiques positives pour l'entité fédérée moins ambitieuse⁴⁷ – à tout le moins à court terme. Toujours en termes de rapports d'échelle, des difficultés seront également au rendez-vous dans l'hypothèse où la taille et les frontières des collectivités publiques n'épousent pas celles des enjeux climatiques, c'est-à-dire si la géographie du fédéralisme n'est pas en adéquation avec les réalités territoriales et environnementales⁴⁸.

Souvent, les États fédéraux rencontrent encore une autre difficulté dans la mise en œuvre de politiques climatiques efficaces. Il existe en effet en leur sein un nombre important d'intermédiaires et d'acteurs politiques, ce qui augmente dans le même temps le nombre de blocages et de veto-players potentiels⁴⁹. Par exemple, le principe de participation des entités fédérées aux politiques fédérales (*shared rule*) impose un large consensus et peut donc plus facilement conduire au *statu quo*, voire à un blocage du processus de décision (*joint-decision trap*)⁵⁰.

Enfin, le fédéralisme est susceptible d'induire un *patchwork* de politiques climatiques et environnementales qui nuit à leur lisibilité, leur cohérence et surtout leur efficacité, alors qu'une forme de planification en la matière paraît nécessaire. Pour toutes ces raisons, au risque de

46. L. FOWLER, *Environmental federalism. Old Legacies and New Challenges*, New York, Routledge, 2020.

47. J. ADLER, « Hothouse Flowers: The Vices and Virtues of Climate Federalism », *op. cit.*, pp. 450-453.

48. Voy. D. TARLOCK, « Biodiversity Federalism », *Maryland Law Review*, 1995, vol. 54, n° 4, pp. 1315-1353. Cela fait partie des raisons pour lesquelles certains auteurs mettent en cause l'efficacité des régimes monopolistiques, délimités territorialement et enchâssés (*nested*) et proposent d'y substituer des entités plus flexibles pensées pour être des coalitions volontaires *ad hoc* destinées à financer, sélectionner et bénéficier de biens publics, voy. A. CASELLA et B. WEINGAST, « Elements of a Theory of Jurisdictional Change », *op. cit.*, p. 15.

49. M. DORSCH et C. FLACHSLAND, « A Polycentric Approach to Global Climate Governance », *Global Environmental Politics*, 2017, vol. 17, n° 2, pp. 47-64.

50. P. ECKERSLEY *et al.*, « Climate governance and federalism: the case of Germany », in S. JODOIN, J. SETZER et A. FENNA (dir.), *Climate change and federal governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. 10-11.

tomber dans l'écueil des problèmes liés à l'action collective, un effort supplémentaire de coopération est indispensable au sein des États fédéraux, par comparaison avec les États unitaires.

12. Sur la base des avantages et des inconvénients ainsi identifiés, il devient théoriquement possible de procéder à une répartition des compétences entre l'Autorité fédérale et les entités fédérées qui serait objectivée par des considérations techniques – et non exclusivement politiques. Dès lors, un autre terrain de prédilection des recherches de *Law and Economics* consiste à déterminer le niveau de pouvoir auquel allouer les compétences climatiques et environnementales afin que les politiques menées soient les plus efficaces possible⁵¹. La distribution optimale de l'autorité publique entre les collectivités fédérale et fédérées doit s'envisager sur le plan de la répartition des compétences, des ressources et des responsabilités⁵².

En règle générale, l'Autorité fédérale, en raison de sa taille plus importante, permet d'absorber les externalités tant positives que négatives des politiques menées en matière climatique et environnementale⁵³. De même, les politiques menées au niveau fédéral bénéficient des économies d'échelle et, d'un point de vue économique, favorisent les investisseurs et les entreprises qui ne doivent plus affronter une certaine « balkanisation » des règles juridiques applicables⁵⁴. L'Autorité fédérale résisterait par ailleurs bien mieux aux pressions économiques et politiques que les entités plus locales⁵⁵. Elle présente également l'avantage d'être en mesure d'offrir un niveau de protection du droit à un environnement sain équivalent à l'ensemble de la population, ce qui s'inscrit dans un principe d'égalité dans un espace de libre circulation des personnes⁵⁶. De plus, comme les conséquences des politiques destinées à limiter le réchauffement climatique se font ressentir à l'échelle

51. A. ALESINA et E. SPOLAORE, « On the Number and Size of Nations », *Quarterly Journal of Economics*, 1997, vol. 112, n° 4, pp. 1027-1056 ; G. MARKS et L. HOOGHE, « Optimality and Authority: A Critique of Neo-Classical Theory », *Journal of Common Market Studies*, 2000, vol. 38, n° 5, pp. 795-816.

52. L. HOOGHE et G. MARKS, « Unraveling the Central State, but How? Types of Multi-level Governance », *op. cit.*, p. 204 ; R. PERCIVAL, « Environmental Federalism: Historical Roots and Contemporary Models », *op. cit.*, p. 1141.

53. C'est la raison pour laquelle le niveau fédéral constitue souvent le niveau privilégié pour mener une politique fiscale en permettant une meilleure redistribution des richesses.

54. C'est pourquoi les politiques commerciales ou de sécurité gagnent à être conduites par l'Autorité fédérale, voy. R. PERCIVAL, « Environmental Federalism: Historical Roots and Contemporary Models », *op. cit.*, p. 1178.

55. Voy. C. ROSE, « The Ancient Constitution vs. The Federalist Empire: Anti-Federalism from the Attack on "Monarchism" to Modern Localism », *Northwestern University Law Review*, 1989, vol. 74, n° 1, pp. 84 et s.

56. R. PERCIVAL, « Environmental Federalism: Historical Roots and Contemporary Models », *op. cit.*, p. 1171.

mondiale, il paraît adéquat d'attribuer la compétence de fixer les objectifs de réduction des gaz à effets de serre au niveau de l'Autorité fédérale, voire au-delà si l'on projette l'État dans son contexte international.

En revanche, l'Autorité fédérale est moins performante lorsqu'il s'agit de tenir compte de l'hétérogénéité des écosystèmes puisqu'en principe elle mène une politique uniforme sur l'ensemble du territoire⁵⁷. Ce raisonnement explique pourquoi les compétences relatives à la préservation de la nature, au transport, à l'énergie, à la gestion des ressources naturelles et des déchets, à l'aménagement du territoire ou encore à la qualité de l'eau, de l'air et du sol sont généralement confiées aux entités fédérées, au moins en partie. Cette solution se justifie d'autant plus si l'on garde à l'esprit que les politiques menées dans ces matières ont un impact immédiat au niveau local⁵⁸.

13. Des balises existent donc pour déterminer l'allocation de compétences la plus efficace en matière climatique et environnementale. Les études dont sont issues ces balises, pour utiles qu'elles soient, présentent cependant une faiblesse importante : les prémisses théoriques sur lesquelles elles se fondent ne se vérifient pas toujours empiriquement⁵⁹. Or, comme le souligne Daniel Millimet, « *the debate over environmental federalism cannot be settled using theory alone* »⁶⁰. Dans une perspective davantage descriptive et, le cas échéant, comparative, des recherches plus récentes s'intéressent à l'organisation concrète de la gouvernance climatique et environnementale au sein des États fédéraux⁶¹. De manière générale, elles mettent en évidence la diversité des situations rencontrées dans les différents systèmes étudiés⁶². En effet, si les mesures de nature à endiguer le réchauffement climatique et à s'y adapter sont connues, leur mise en œuvre pratique varie selon les contextes locaux concernés, au point qu'il est difficile, sinon impossible d'identifier des modèles ou des idéaux-types qui permettraient

57. On peut néanmoins imaginer une modélisation des politiques climatiques menées sur la base des spécificités que présentent certaines portions du territoire et qui seraient énoncées à partir de critères généraux et abstraits.

58. L. HOOGHE et G. MARKS, « Unraveling the Central State, but How? Types of Multi-level Governance », *op. cit.*, pp. 235-236 ; A. FENNA, S. JODOIN et J. SETZER, « Climate Governance and Federalism. An Introduction », *op. cit.*, p. 6 ; R. WATTS, « The Distribution of Powers, Responsibilities and Resources in Federations », in A. GRIFFITHS (dir.), *Handbook of federal countries*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2002, pp. 448-471.

59. D. MILLIMET, « Environmental Federalism: A survey of the Empirical Literature », *op. cit.*

60. *Ibid.*, p. 1675.

61. K. ROBBINS (dir.), *The Law and Policy of Environmental Federalism: A comparative analysis*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015 ; S. JODOIN, J. SETZER et A. FENNA (dir.), *Climate change and federal governance*, *op. cit.*

62. A. FENNA, S. JODOIN et J. SETZER, « Climate Governance and Federalism. An Introduction », *op. cit.*

de systématiser l'analyse⁶³. Aussi les modalités de la gouvernance climatique et environnementale varient-elles en fonction des matières visées⁶⁴, des instruments utilisés⁶⁵, ou encore du moment envisagé dans la mise en œuvre des politiques publiques concernées⁶⁶.

14. La comparabilité des États fédéraux constitue donc le talon d'Achille de ce courant de littérature. Le fédéralisme s'adapte par hypothèse aux particularités des États qui l'appliquent. La taille, le nombre et l'hétérogénéité des entités fédérées entrent nécessairement en ligne de compte, de même que les structures du système fédéral. Aussi les solutions juridiques idoines au sein d'un État fédéral ne porteront pas nécessairement les mêmes fruits au sein d'un autre. Par exemple, une répartition similaire des compétences entre l'Autorité fédérale et les entités fédérées n'a pas la même signification selon qu'un État applique un fédéralisme d'exécution (comme la Suisse) ou un fédéralisme dualiste caractérisé par une répartition exclusive des compétences (comme la Belgique). De même, le degré de dévolution, le rôle que les entités fédérées sont amenées à jouer au niveau fédéral (*shared rule*) ou encore l'intensité de la coopération entre collectivités publiques sont des facteurs décisifs à prendre en considération au moment d'évaluer la gouvernance climatique et environnementale.

15. En outre, des éléments étrangers aux structures institutionnelles doivent également être pris en considération pour analyser les liens qui existent entre fédéralisme et politiques climatiques et environnementales. Par exemple, les préférences politiques respectives de l'Autorité fédérale et des entités fédérées relatives à la lutte contre le dérèglement climatique, mais également l'écart-type entre ces préférences, sont déterminants. Il en va de même concernant les disparités qui existent entre les structures économiques des entités fédérées, leurs besoins en énergies fossiles, leurs capacités de développer des sources d'énergie renouvelable, leur exposition aux risques liés au dérèglement

63. R. WATTS, « The Distribution of Powers, Responsibilities and Resources in Federations », *op. cit.*, pp. 448-471.

64. Par exemple la qualité de l'air, l'énergie, la gestion des déchets dangereux, ou la pollution de l'eau.

65. Par exemple la fixation des taux d'émissions de gaz à effet de serre, les instruments fiscaux ou les subsides, l'adoption de réglementations contraignantes ou de quotas d'émission cessible (*cap and trade*).

66. Se trouve-t-on au stade de la recherche scientifique, de la quantification des besoins, de la fixation des principes, ou de l'exécution ? Voy. D. MILLIMET, « Environmental Federalism: A Survey of the Empirical Literature », *op. cit.*, p. 1676.

climatique, le niveau d'expertise sur les questions environnementales, ou encore les dynamiques politiques et culturelles à l'œuvre en leur sein⁶⁷.

16. Enfin, et plus fondamentalement, on ne peut passer sous silence les considérations exprimées par les tenants des approches du *green constitutionalism*, du *green legal theory*⁶⁸, des *Quantitative Ecological Analysis of the Law*⁶⁹, ou encore des approches écologiques du droit et du droit en transition⁷⁰ concernant la nécessité de reconsidérer la perspective méthodologique à partir de laquelle étudier et évaluer les systèmes juridiques et, plus radicalement, de repenser la manière dont s'organise la « fabrique du droit » au prisme des défis environnementaux et climatiques contemporains. Ces différentes approches du droit critiquent radicalement les prémisses sur lesquelles reposent nombre d'études de *Law and Economics* et proposent d'envisager le droit dans ses relations avec les écosystèmes afin de mieux comprendre le rôle et les effets du premier sur les seconds⁷¹. Pour ce faire, elles appellent à déplacer l'analyse au-delà des seuls critères de l'efficacité et du rendement.

17. Les développements qui précèdent mettent donc en évidence les atouts mais aussi les écueils auxquels font face les États fédéraux en termes de gouvernance climatique ; ils permettent également de faire ressortir quelques critères d'évaluation quant à la façon la plus pertinente d'allouer les compétences climatiques entre les différents niveaux de pouvoir, étant entendu que, eu égard au caractère transversal de

67. D. MILLIMET, « Environmental Federalism: A Survey of the Empirical Literature », *op. cit.*, pp. 1670-1672 ; R. PERCIVAL, « Environmental Federalism: Historical Roots and Contemporary Models », *op. cit.*, p. 1179 ; R. STEURER et C. CLAR, « The ambiguity of federalism in climate policymaking: How the political system in Austria hinders mitigation and facilitates adaptation », *Journal of Environmental Policy and Planning*, 2018, vol. 20, n° 2, pp. 252-265.

68. M. O'GONIGLE et L. TAKEDA, « The Liberal Limits of Environmental Law: A Green Legal Critique », *Pace Environmental Law Review*, 2013, vol. 30, n° 3, pp. 1005-1115.

69. F. GAMBINO et M. TASSINARI, « A Quantitative Ecological Analysis of the Law: A New Methodological Approach to Legal Studies on Environmental Matters », *European Energy and Environmental Law Review*, 2023, vol. 32, n° 5, pp. 218-225.

70. A. BAILLEUX, « Penser en juriste la prospérité sans croissance. Les promesses du droit en transition », in V. COQ, H. DEVILLERS et M. CHAMBON (dir.), *Le paradigme de la croissance en droit public*, Paris, LexisNexis, 2022, pp. 211-220.

71. Nous suivons Antoine Bailleux pour considérer que ces approches doivent être distinguées de la « *earth jurisprudence* » (P. BURDON, *Earth Jurisprudence: Private Property and the Environment*, Londres, Routledge, 2014), de la « *wild law* » (C. CULLINAN, *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, 2^e éd, Chelsea Green, White River Junction, 2011) ou de la « *rule of ecological law* » (G. GARVER, « The Rule of Ecological Law: The Legal Complement to Degrowth Economics », *Sustainability*, 2013, vol. 5, n° 1, pp. 316-337). Voy. : A. BAILLEUX, « Penser en juriste la prospérité sans croissance. Les promesses du droit en transition », *op. cit.*, p. 3.

l'enjeu climatique, une collaboration et une concertation entre niveaux de pouvoir sont en toute hypothèse nécessaires ; ces développements invitent par ailleurs à la prudence lorsqu'il s'agit de transposer, à l'échelle nationale, des enseignements issus du droit comparé ou de l'analyse économique du droit. À l'aune de ces réflexions, on se demande ci-après comment le fédéralisme belge permet d'appréhender ce qu'il est permis de considérer comme l'un des plus grands défis du XXI^e siècle.

Section 2. La gouvernance climatique à la belge : un cas paradigmatique du *joint-decision trap*

18. L'architecture fédérale belge est caractérisée par trois principes décisifs : (i) l'exclusivité des compétences, selon laquelle toute matière n'est en principe régie que par un seul et unique législateur, (ii) l'égalité entre l'Autorité fédérale et les entités fédérées, qui se traduit notamment par l'absence de hiérarchie entre les lois, les décrets et les ordonnances, et (iii) l'autonomie des différents partenaires de la fédération, qui implique, pour l'essentiel, une interprétation large des compétences des entités fédérées, par opposition à celles de l'Autorité fédérale. Ces trois principes inscrivent le fédéralisme belge dans un modèle dualiste plutôt que coopératif⁷². Dans un tel modèle, les compétences sont partagées de façon rigide et étanche entre les partenaires de la fédération, ce qui permet leur mise en œuvre autonome.

La transversalité de l'enjeu climatique et la nécessité d'y apporter une approche concertée à l'échelle belge représentent un défi dans un tel système fédéral dualiste. En pratique, la Belgique se trouve actuellement dans une situation institutionnelle où elle ne parvient pas à appréhender les données du problème telles qu'elles sont posées par la lutte contre le dérèglement climatique, en dépit de la multiplication des arènes de concertation existant dans cette matière (§ 1). Dans de nombreux cas, notamment pour l'adoption du plan national intégré en matière d'énergie et de climat (§ 2) ou dans le domaine énergétique (§ 3), les différents niveaux de pouvoir belges peinent à s'accorder ou prennent des décisions qui ne sont pas coordonnées les unes par rapport aux autres ou qui sont susceptibles de produire des effets

72. H. DUMONT, « Préface : sur les liens entre les principes et leur cohérence », in M. EL BERHOUMI et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Principes de la répartition des compétences*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 8.

contradictaires. Il en résulte régulièrement un phénomène dit de *joint-decision trap*⁷³.

§ 1. Des mécanismes de coopération qui manquent leur objectif⁷⁴

19. Selon la section de législation du Conseil d'État, aucun niveau de pouvoir belge n'est, à lui seul, compétent pour prendre en charge l'enjeu climatique. D'après sa lecture, que nous nuancerons ci-dessous,

« [d]ans l'état actuel du droit constitutionnel, le climat (sa politique) *ne constitue pas une matière* qui est expressément attribuée à une ou plusieurs autorités. Il relève – certes pas exclusivement, mais bien en premier lieu – de la compétence des régions en matière d'environnement (article 6, § 1^{er}, II, de la loi spéciale du 8 août 1980 "de réformes institutionnelles" – nommée ci-après : LSRI). La politique menée dans d'autres matières régionales, notamment en ce qui concerne l'énergie et la mobilité, concerne également incontestablement le climat. Dans ces matières, l'autorité fédérale a également conservé un certain nombre de compétences. La politique climatique englobe ainsi un ensemble de domaines répartis entre l'autorité fédérale et les régions. La politique des matières qui relèvent de la compétence des communautés peut également avoir une incidence sur la politique climatique. Par conséquent, dans l'état actuel du droit constitutionnel, "le climat" ou "la politique en matière de changements climatiques" est une *compétence partagée* »⁷⁵.

À l'aune de cette vision de la répartition des compétences, il est logique que l'Autorité fédérale et les régions multiplient, chacune dans leur champ de compétences respectives, les mesures visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre et à améliorer la prise en charge de l'enjeu climatique, en ce compris sur le plan de la gouvernance. Au niveau fédéral, par exemple, une loi du 15 janvier 2024 relative à la gouvernance de la politique climatique fédérale a été adoptée⁷⁶.

73. Cette notion a été théorisée pour la première fois dans F. SCHARPF, « The Joint-Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration », *Public administration*, 1988, vol. 66, n° 3, pp. 239-278.

74. Cette section reprend quelques-unes des lignes de force et des résultats d'une recherche réalisée dans le cadre des travaux sur les formes de coopération menés au sein de la Commission parlementaire chargée de l'évaluation des réformes de l'État depuis 1970. Voy. C. ROMAINVILLE, « Le fédéralisme coopératif belge et sa pratique en matière climatique », *op. cit.*, pp. 59-101.

75. S.L.C.E., avis n° 65.404/AG et n° 65.405/AG du 4 mars 2019, p. 27 (notes de bas de page omises).

76. M.B., 7 février 2024.

Elle entend consolider sur le plan politique le « cycle de gouvernance fédérale pour le suivi de la politique climatique fédérale »⁷⁷. Ainsi, la loi balise l'adoption du Plan fédéral énergie et climat (ci-après PFEC) et organise la procédure de suivi annuel des politiques fédérales ainsi que la concertation entre les administrations des différentes collectivités publiques. La même loi institue un Comité permanent indépendant d'experts scientifiques pour le suivi et l'évaluation de la politique fédérale. Toujours au niveau fédéral, on peut également pointer la création du Centre climatique et du Centre d'évaluation des risques climatiques et environnementaux (CERAC) dont la mission principale est d'informer le Conseil national de sécurité sur les risques climatiques (qui fonctionnera donc comme une sorte d'OCAM du climat)⁷⁸. Se saisissant de la question climatique à partir du prisme de la sécurité publique – et de la compétence fédérale en la matière, nous y reviendrons – cette institution est chargée de préparer la stratégie d'adaptation aux risques climatiques⁷⁹. Au niveau wallon, le décret « climat » du 20 février 2014, modifié pour la dernière fois en 2020, fixe des objectifs régionaux de réduction de gaz à effets de serre aux horizons 2020 et 2050⁸⁰. Des exemples existent également aux niveaux flamand et bruxellois, tels que l'« ordonnance climat » du 17 juin 2021⁸¹ ou le décret de la communauté flamande du 26 janvier 2024 sur l'approche programmatique de l'azote⁸².

20. Les niveaux d'ambition et l'effectivité des politiques climatiques menées par les différents niveaux de pouvoir en Belgique ne sont cependant pas identiques, ce qui correspond à la logique fédérale selon laquelle les entités fédérées sont amenées à poser des choix politiques différents en fonction de leurs préférences et de leurs particularités. Ainsi, dans son arrêt rendu en novembre 2023 dans le cadre de l'« Affaire climat », la cour d'appel de Bruxelles a jugé que la Région wallonne avait, à ce jour, mené une politique climatique conforme à ses obligations internationales telles qu'elles découlent du droit européen des droits fondamentaux, tandis que les mesures prises par la Région

77. Doc., Ch. repr., 2023-2024, n° 3671/1, p. 3.

78. SPF Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement, *Suivi de la mise en œuvre des politiques climatiques fédérales. Rapport de synthèse*, novembre 2023, pp. 144-145, disponible sur <https://climat.be/doc/rapport-de-synthese-gouvernance-2023.pdf> (dernière consultation : mai 2024).

79. *Ibid.*, p. 145.

80. M.B., 10 mars 2014.

81. Voy. l'ordonnance du 17 juin 2021 modifiant l'ordonnance du 2 mai 2013 portant le Code bruxellois de l'Air, du Climat et de la Maîtrise de l'Énergie ainsi que l'ordonnance organique du 23 février 2006 portant les dispositions applicables au budget, à la comptabilité et au contrôle, M.B., 25 juin 2021.

82. M.B., 22 février 2024.

de Bruxelles-Capitale, la Région flamande et l'Autorité fédérale étaient insuffisantes à cet égard⁸³. Les évolutions divergentes entre niveaux de pouvoir dans le domaine climatique sont cependant tempérées par une double contrainte : d'une part, l'action des collectivités belges doit s'inscrire dans un cadre juridique européen étoffé qui balise l'ampleur des efforts que la Belgique doit fournir en termes de réduction des émissions de gaz à effet de serre et de protection de l'environnement et, d'autre part, la taille réduite du territoire belge permet une grande mobilité des entreprises et des capitaux, ce qui génère une situation de concurrence réglementaire potentielle⁸⁴. Au-delà des politiques menées individuellement par les partenaires de la fédération belge, l'enjeu consiste à déterminer si les différents mécanismes de coopération, de responsabilisation et de substitution et la myriade d'institutions compétentes en matière de climat parviennent à assurer une cohérence dans l'action des différents niveaux de pouvoir et à garantir le respect, dans l'ordre juridique belge, des obligations européennes⁸⁵. Or, les résultats n'apparaissent guère satisfaisants de ce point de vue.

21. De nombreux accords de coopération ont, certes, été conclus soit de manière facultative soit sur une base obligatoire. Concernant ces derniers, l'article 92bis, §§ 2 à 4undicies, de la LSRI énumère une série de domaines qui doivent faire l'objet d'un accord de coopération et qui concernent le climat (énergie, politique agricole, normes de produit, etc.) sans que la lutte contre les dérèglements climatiques y figure. La Cour constitutionnelle exige également que les différentes entités concernées coopèrent en matière d'émissions de gaz à effet de serre liées à la navigation aérienne⁸⁶.

Mais, parmi ces accords de coopération obligatoires, certains ont été conclus avec beaucoup de retard. C'est le cas de l'accord de

83. Bruxelles (2^e Ch. repr.), 30 novembre 2023, 2021/AR/1589, 2022/AR/737 et 2022/AR/891.

84. Sur la contrainte européenne en matière d'environnement, voy. L. LAVRYSEN, « Le fédéralisme belge et la politique de l'environnement : concertation, coopération et ... agir chacun pour soi dans un contexte européen », *op. cit.*, p. 168.

85. Pour davantage de précisions, voy. C. ROMAINVILLE, « Le fédéralisme coopératif belge et sa pratique en matière climatique », *op. cit.*

86. C.C., 14 juin 2012, n° 76/2012, B.11.2 ; C.C., 23 juin 2011, n° 33/2011. Voy. l'accord de coopération du 15 novembre 2020 entre l'État fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale modifiant l'accord de coopération du 2 septembre 2013 entre l'État fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif à l'intégration des activités aériennes dans le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté conformément à la directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, M.B., 10 mars 2022.

coopération du 14 novembre 2002 qui vise à mettre le Protocole de Kyoto en œuvre⁸⁷. Alors que ce traité est signé le 11 novembre 1997, l'accord de coopération entre en vigueur le 13 novembre 2003, soit près de six ans plus tard. Second exemple, la décision n° 406/2009/CE⁸⁸ fixe la répartition de l'effort à fournir par les États membres de l'UE pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre afin de respecter les engagements internationaux jusqu'en 2020. Cette décision, adoptée en 2009, impose à la Belgique un objectif de 15 % de réduction des gaz à effet de serre en 2020 par rapport au niveau d'émissions de 2005. Or, la répartition de l'effort climatique nécessaire à son exécution fait seulement l'objet d'un accord politique le 4 novembre 2015. L'accord de coopération censé organiser juridiquement la clé de répartition des réductions des émissions entre les collectivités belges est conclu le 12 février 2018 entre l'État fédéral et les régions concernant la répartition de l'effort climatique couvrant la période 2012-2020⁸⁹. Ce constat d'une difficulté à conclure des accords de coopération en Belgique même lorsque ceux-ci sont obligatoires n'est au demeurant pas propre aux questions climatiques⁹⁰.

22. Ensuite, sur le plan des structures, l'on observe une multiplication des organes de concertation, de coordination et de préparation des décisions en matière climatique et environnementale, qui ne s'explique pas toujours aisément⁹¹. Il n'est pas possible, dans les limites de cette contribution, de rendre compte de la myriade d'organes qui interviennent dans la coopération en matière environnementale et plus

87. Le Protocole de Kyoto, signé par plus de 190 États de la communauté internationale, constitue la première application de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. Pour la première fois de l'histoire, des États s'obligent à réduire leurs émissions de gaz à effet de serre afin de limiter les impacts du changement climatique au moyen d'objectifs de réduction concrets et obligatoires. Le Protocole fixe plusieurs « périodes d'engagement », soit des périodes au cours desquelles des réductions convenues par le Protocole et ses amendements devront être observés par les États-Parties au Protocole :

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

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

89. Accord de coopération du 12 février 2018 entre l'État fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif au partage des objectifs belges climat et énergie pour la période 2013-2020, *M.B.*, 12 juillet 2018.

90. H. DUMONT, M. HARDT et J. RENAUX, « Éléments pour une évaluation du fédéralisme coopératif en Belgique », *R.B.D.C.*, 2022, n°s 1-2, pp. 31 et 41.

91. M. DEKLEERMAKER, « Une histoire belge : La coopération en matière environnementale et climatique et la COP21 », *Fédéralisme Régionalisme*, 2018, vol. 18, p. 16.

largement en matière climatique. Nous nous limiterons donc à pointer les principaux acteurs de la coopération.

Organisé par un accord de coopération du 5 avril 1995⁹², le Comité de coordination de la politique internationale de l'environnement (ci-après CCPIE) est considéré comme l'organe central de la politique environnementale et climatique à l'échelle belge. Composé de représentants des administrations en charge de l'environnement et des affaires extérieures émanant des différentes entités disposant de compétences en la matière, il est chargé de l'organisation de la concertation, de la préparation des mesures politiques et des conférences ministérielles. Il organise également la représentation de la Belgique dans les rencontres internationales relatives aux questions environnementales, c'est-à-dire la définition de la composition des délégations belges, la préparation des positions et la concertation en vue de l'exécution des décisions internationales⁹³.

Au sein de la CCPIE, les questions relatives au climat sont suivies par le Groupe de coordination « Effet de serre »⁹⁴. Il rédige certains documents en rapport avec la politique climatique belge, prépare les décisions dans cette matière et propose à la CCPIE l'organisation de la délégation belge. Ce comité ressort à la fois de la Conférence interministérielle de l'Environnement (CIE) mais aussi de la Conférence interministérielle pour la politique étrangère (CIPE). Le travail de ce comité n'est pas public.

La Commission nationale climat (CNC), composée de représentants politiques de l'État fédéral et des trois régions, a été créée afin d'assurer le respect des engagements pris par la Belgique en matière de réduction des gaz à effet de serre au niveau européen et international. Organisée par l'accord de coopération du 14 novembre 2002 entre l'État fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale, tel que complété par un accord de coopération du 19 février 2007 entre l'Autorité fédérale et les régions, relatif à la mise en œuvre de certaines

92. Accord de coopération du 5 avril 1995 entre l'État fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif à la politique internationale de l'environnement, *M.B.*, 13 novembre 1995.

93. À l'exception des rencontres au sein des organes du Conseil de l'Union européenne, où la Direction générale « Coordination et Affaires européennes » du SPF Affaires étrangères est compétente. Néanmoins, le CCPIE est chargé d'organiser des coordinations *ad hoc* sur des matières techniques, en ce compris les aspects techniques de la mise en œuvre de la législation européenne, relatives à l'environnement, la politique de l'eau, la rénovation rurale et la conservation de la nature, voy. art. 1^{er} de l'Accord de coopération du 5 avril 1995, préc.

94. Il s'agit de l'un des groupes directeurs que compte la CCPIE.

dispositions du protocole de Kyoto⁹⁵, la Commission est chargée de préparer le PFEC, document de nature politique qui doit garantir le caractère coordonné de l'action climatique belge. Les décisions se prennent, au sein de la CNC, à l'unanimité. À défaut, le point est renvoyé à la CIE ou au Comité de concertation⁹⁶.

La CIE, créée par le Comité de concertation, est un organe politique, en principe composé des ministres qui ont l'environnement dans leurs attributions. Lorsque la CIE analyse les questions climatiques, sa composition est élargie pour intégrer les ministres de l'Énergie, des Transports, de la Coopération au développement, de l'Économie et de la Fiscalité⁹⁷. On peut encore mentionner le Groupe de concertation État-Régions pour l'Énergie (CONCERE) qui est issu de l'accord de coopération du 18 novembre 1991 relatif à la coordination des activités liées à l'énergie⁹⁸. Enfin, la Cellule interrégionale de l'environnement (CELINE), créée par l'accord de coopération du 18 mai 1994 entre les trois régions⁹⁹, surveille les émissions, structure les données et travaille de manière générale sur la pollution de l'air.

23. L'énumération de ces différents organes de concertation, de coordination et de coopération amène directement le lecteur à apprécier le goût pour la sophistication à l'œuvre dans le fédéralisme belge. En théorie, cette architecture institutionnelle n'est pas dépourvue de sens. Les organes chargés de la préparation des décisions rassemblent des experts issus des administrations compétentes pour les matières environnementales, climatiques et pour les affaires extérieures des différentes entités

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

96. M. DEKLEERMAKER, « Une histoire belge : la coopération en matière environnementale et climatique et la COP21 », *op. cit.*, p. 7.

97. Art. 1^{er}, § 7, de l'accord de coopération du 14 novembre 2002 sur le climat relatif à l'établissement, l'exécution et le suivi d'un Plan national Climat, ainsi qu'à l'établissement de rapports, dans le cadre de la Convention-cadre des Nations unies sur les Changements climatiques, *M.B.*, 27 juin 2003. Voy. R. MOERENHOUT, « La coopération entre l'État fédéral et les régions ainsi qu'entre les régions en matière d'environnement et d'aménagement du territoire », *Amén.*, 1997, n° spéc., pp. 29-30 et L. LAVRYSEN, « Le fédéralisme belge et la politique de l'environnement : concertation, coopération et... agir chacun pour soi dans un contexte européen », *op. cit.*, pp. 121-169.

98. Accord de coopération du 18 novembre 1991 entre l'État, la Région wallonne, la Région flamande et la Région de Bruxelles-Capitale relatif à la coordination des activités liées à l'énergie, *M.B.*, 26 février 1992.

99. Accord de coopération du 18 mai 1994 entre les Régions bruxelloise, flamande et wallonne en matière de surveillance des émissions atmosphériques et de structuration des données, *M.B.*, 24 juin 1994.

du pays. Leur travail préparatoire est ensuite transmis à des organes politiques, en particulier à la CNC, chargés d'adopter les décisions et de les porter sur la scène européenne ou internationale. *In fine*, c'est donc bien la CNC, un organe politique réunissant des représentants de l'État fédéral et des trois régions, qui détient, *de facto*, les clés de la politique et de la coopération en matière climatique.

En pratique, néanmoins, si les organes de préparation des décisions paraissent fonctionner de manière correcte, force est de constater que le bilan de la CNC reste pour le moins mitigé. De nombreux rapports font état des dysfonctionnements au niveau méthodologique, dans la délibération (parfois inexistante) de cette instance¹⁰⁰, ou encore au regard du principe de responsabilité politique¹⁰¹. Ces critiques sont anciennes. Il y a vingt ans déjà, le *Milieu- en Natuurraad van Vlaanderen* (MINARAAD) considérait, dans un avis relatif à l'organisation de la CNC, que :

« *De Raad heeft bovendien twijfels bij de slagkracht van de Nationale Klimaatcommissie. De Commissie krijgt een groot aantal taken mee (art. 6). Daartegenover staat dat de Commissie "ten minste 2 maal per jaar samen komt" (art. 8). [...] Ook hier blijkt weer een discrepantie tussen mooie doelstellingen enerzijds en de beperkte middelen die men aan de realisatie ervan wil besteden anderzijds* »¹⁰².

Selon Mathias El Berhoumi et Célia Nennen, les difficultés affectant la CNC rejaillissent sur la CIE, dans sa composition spécifique pour les questions climatiques¹⁰³.

24. Au-delà de la programmation politique, le suivi de la mise en œuvre des engagements climatiques auxquels les différentes collectivités ont souscrit est un élément essentiel de la gouvernance climatique. En Belgique, deux dispositifs y participent.

100. SPF Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement, *Analyse du rôle et du fonctionnement de la Commission Nationale Climat*, avril 2013, disponible sur https://climat.be/doc/130426_Evaluation_CNC_web.pdf (dernière consultation : mai 2024).

101. S.L.C.E., avis n° 42.387/VR, 27 mars 2007, p. 8 ; SPF Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement, *Analyse du rôle et du fonctionnement de la Commission nationale Climat*, op. cit. ; Conseil fédéral du développement durable, *Avis sur la gouvernance en matière de politique climatique nationale et la réforme de la Commission nationale Climat*, 25 octobre 2013, disponible sur <https://frdo-cfdd.be/wp-content/uploads/2022/07/2013a12f.pdf> (dernière consultation : mai 2024) ; Doc., Sén., 2016-2017, 253/1 à 253/5.

102. Voy. Doc., Sén., 2016-2017, 253/2, p. 226.

103. M. EL BERHOUMI et C. NENNEN, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme », op. cit., p. 67.

Tout d'abord, lors la sixième réforme de l'État, un mécanisme de responsabilisation a été envisagé¹⁰⁴. Consacré à l'article 65*quater* de la loi spéciale de financement, il consistait à conditionner l'octroi de certains financements aux régions au respect d'une trajectoire pluriannuelle propre à chacune d'entre elles en matière de réduction de gaz à effet de serre dans les secteurs résidentiel et tertiaire. Chaque année, l'écart entre les émissions réelles et les objectifs fixés devait être évalué. Un certain montant provenant de la part fédérale des recettes de la mise aux enchères des quotas d'émission devait être octroyé aux régions qui avaient rempli leur objectif. À l'inverse, les régions qui n'avaient pas atteint leur objectif au cours de l'année précédente étaient privées d'une part des moyens qui leur étaient en principe attribués au profit de l'Autorité fédérale. Resté inefficace faute de mise en œuvre¹⁰⁵, ce mécanisme de responsabilisation fut finalement abrogé en juin 2023¹⁰⁶.

Ensuite, un droit de substitution est conféré à l'Autorité fédérale en cas de manquement d'une entité fédérée à ses obligations en matière climatique. Aussi l'article 169 de la Constitution autorise-t-il le pouvoir législatif et exécutif fédéral à se substituer temporairement aux autorités fédérées afin de garantir le respect des obligations internationales ou supranationales de l'État belge. En matière de changement climatique, les conditions auxquelles doit satisfaire l'Autorité fédérale pour mettre son droit de substitution en œuvre sont énoncées à l'article 16, § 4, de la LSRI. Elles sont légèrement plus souples que le régime général applicable aux autres matières et impliquent notamment que (i) la communauté ou la région concernée ait été mise en demeure trois mois auparavant par un arrêté royal motivé et délibéré en Conseil des ministres, (ii) qu'elle soit impliquée dans l'ensemble de la procédure prévue pour apprécier le respect des obligations internationales ou européennes auxquelles l'État belge a souscrit et (iii) que la décision finalement adoptée par l'instance internationale ou supranationale compétente ait fait l'objet d'une discussion au sein du Comité de concertation¹⁰⁷.

104. Voy. la loi du 6 janvier 2014 relative au mécanisme de responsabilisation climat, *M.B.*, 31 janvier 2014.

105. M. EL BERHOUMI et C. NENNEN, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme », *op. cit.*, pp. 67-69.

106. Loi spéciale du 11 juin 2023 abrogeant l'article 65*quater* et l'annexe de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions, *M.B.*, 15 juin 2023 ; loi du 11 juin 2023 abrogeant la loi du 6 janvier 2014 relative au mécanisme de responsabilisation climat (II), *M.B.*, 15 juin 2023.

107. À l'article 16, § 4, de la LSRI, il est fait spécifiquement référence à l'article 258 du TFUE, qui vise la procédure de recours en manquement initiée par la Commission contre un État membre qui ne respecterait pas ses obligations européennes. Contrairement à la procédure générale de substitution prévue à l'article 16, § 3, de la LSRI qui exige d'attendre que la Cour de justice ait rendu un arrêt condamnant l'État belge (art. 260

S'il a le mérite de ne pas avoir été abrogé, ce mécanisme de substitution n'a cependant jamais été utilisé à ce jour. Il existe plusieurs raisons à cela. Tout d'abord, ce mécanisme est facultatif et la procédure qui organise sa mise en œuvre est particulièrement lourde puisqu'elle conditionne l'exercice du droit de substitution au constat ou à l'allégation d'une violation des obligations internationales ou européennes de la Belgique du fait des manquements d'une région ou d'une communauté. Surtout, il reste politiquement difficile, pour un Gouvernement fédéral composé paritairement de ministres francophones et néerlandophones¹⁰⁸, de mettre en œuvre un mécanisme qui conduirait l'Autorité fédérale à s'immiscer dans les compétences des entités fédérées, sans leur accord. Les ministres fédéraux peuvent être tentés de protéger l'autonomie de « leurs » entités de référence, ou d'éviter de créer un précédent qui pourrait être invoqué par la suite à leur détriment, quitte à admettre que la Belgique puisse ne pas satisfaire à ses engagements climatiques internationaux¹⁰⁹. En somme, les obstacles juridiques et politiques à la mise en œuvre de ce droit de substitution sont de nature à le rendre inefficace en pratique¹¹⁰. Une solution qui contribuerait à améliorer l'effectivité de ce mécanisme consisterait à rendre sa mise en œuvre obligatoire pour le Gouvernement fédéral, lorsque les conditions d'application sont réunies¹¹¹.

§ 2. Premier cas d'étude : l'adoption des plans belges en matière d'énergie et de climat

25. La difficulté à adopter des plans nationaux en matière d'énergie et de climat qui soient pleinement intégrés à l'échelle belge illustre singulièrement le bilan décevant de la coopération en matière climatique telle qu'elle est mise en œuvre par la CNC et, au-delà, par la CIE et le Comité de concertation. Dans cette section, nous revenons sur les données du problème tel qu'il se présente actuellement.

TFUE), l'Autorité fédérale peut se substituer à la (ou les) entité(s) fédérée(s) défaillante(s) dès lors qu'elle(s) n'ont pas réagi à l'avis motivé émis par la Commission, voy. *Doc., Sén., 2012-2013, n° 2232/1*, pp. 172-175. Pour ce qui concerne le droit de substitution en cas de manquement à la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques ou de l'un de ses protocoles, voy. *Doc., Sén., 2012-2013, n° 2232/1*, pp. 168-172.

108. Art. 99 Const.

109. M. EL BERHOUMI et C. NENNEN, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme », *op. cit.*, p. 68.

110. K. REYBROUCK, *Een moderne bevoegdheidsverdeling voor het federale België. Naar een balans tussen dual en coöperatief federalisme*, Anvers, Intersentia, 2023, p. 332.

111. D. SINARDET, « De "joint decision trap" van het Belgische coöperatief federalisme », in C. JENART et al. (dir.), *De Grondwet: een historische en functionele benadering*, Bruges, die Keure, p. 51.

Le 11 novembre 2018, l'Union européenne a adopté le règlement 2018/1999, dit « règlement Gouvernance » qui concrétise son engagement à atteindre les objectifs inscrits dans l'Accord de Paris en vue de contenir l'augmentation de la température moyenne de la planète en-dessous de 2 degrés, voire d'1,5 degrés, par rapport aux niveaux préindustriels¹¹². Ce règlement vise plus spécifiquement à instaurer un « mécanisme de gouvernance [...] [qui] soit ambitieux, fiable, transparent et démocratique »¹¹³. À cette fin, il impose aux États membres de l'Union d'établir un plan national intégré en matière d'énergie et de climat (PNEC) contenant les mesures et objectifs spécifiques qui seront adoptés pour se conformer aux objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Une consultation publique doit être organisée par chaque État membre afin d'assurer la participation des citoyens à la préparation du PNEC. La Commission européenne évalue ensuite régulièrement les progrès accomplis par chaque État membre dans la réalisation de ses objectifs et la mise en œuvre des politiques et mesures reprises dans son PNEC. À ce règlement s'ajoute un autre règlement relatif aux réductions annuelles contraignantes des émissions de gaz à effet de serre par les États membres de 2021 à 2030, qui prévoyait un objectif de réduction des gaz à effet de serre de 35 % d'ici 2030 pour la Belgique par rapport au niveau de 2005¹¹⁴. Cet objectif a entretemps été revu à la hausse par un règlement de 2023¹¹⁵.

Le projet du PFEC 2021-2030 a été approuvé par le Comité de concertation le 19 novembre 2018¹¹⁶. Sa lecture révèle qu'il s'agit davantage d'une compilation des plans des entités fédérées et de l'Autorité fédérale que d'une stratégie cohérente et articulée. Ce plan ne contient par ailleurs pas d'accord quant au *burden-sharing* intra-belge. En d'autres termes, aucune décision n'a été prise pour répartir dans le temps, de

112. Règlement (UE) 2018/1999 du Parlement européen et du Conseil du 11 novembre 2018 sur la gouvernance de l'union de l'énergie et de l'action pour le climat, modifiant les règlements (CE) n° 663/2009 et (CE) n° 715/2009 du Parlement européen et du Conseil, les directives 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE et 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil, les directives 2009/119/CE et (UE) 2015/652 du Conseil et abrogeant le règlement (UE) n° 525/2013 du Parlement européen et du Conseil (ci-après, le « règlement Gouvernance »).

113. Voy. le considérant 16 du règlement Gouvernance, préc.

114. Règlement 2018/842 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 relatif aux réductions annuelles contraignantes des émissions de gaz à effet de serre par les États membres de 2021 à 2030 contribuant à l'action pour le climat afin de respecter les engagements pris dans le cadre de l'accord de Paris (modifiant le règlement (UE) n° 525/2013), Annexe I, J.O.U.E., 19 juin 2018, L 156.

115. Voy. *infra*, n° 26.

116. Disponible sur https://energy.ec.europa.eu/document/download/685bc729-60a7-4432-aaec-b5fd09494084_fr?filename=belgium_draftnecp_fr.pdf (dernière consultation : mai 2024).

manière globale et intégrée, l'effort à fournir par tous les niveaux de pouvoir en termes de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Le plan reprend certes certains objectifs en termes de réduction des émissions mais ces objectifs ont été fixés de manière autonome par les entités concernées.

Le PNEC belge a d'ailleurs fait l'objet de critiques sévères par les services de la Commission, qui pointent notamment des disparités importantes dans la qualité des contributions des différentes entités et l'absence d'informations précises sur la portée, le calendrier et les analyses d'impact *ex ante* des politiques climatiques qui doivent être mises en œuvre pour atteindre l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre¹¹⁷. Dans les recommandations qu'elle publie sur le projet de PNEC belge, la Commission insiste sur la nécessité d'« augmenter sensiblement le niveau d'ambition pour 2030, à au moins 25 % d'énergies renouvelables, [...] ; à inclure une trajectoire indicative dans la version définitive du plan national intégré en matière d'énergie et de climat qui permette d'atteindre tous les points de référence concernant cette part, [...] compte tenu de la nécessité d'intensifier les efforts déployés en vue de la réalisation collective de cet objectif ; à indiquer les politiques et mesures détaillées et quantifiées conformes aux obligations énoncées dans la directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil, afin de permettre une réalisation rapide et d'un bon rapport coût-efficacité de cette contribution »¹¹⁸.

Les considérations exprimées sur le projet soumis en 2018 témoignent du manque d'efficacité de la coopération intra-belge en matière climatique. Le 31 décembre 2019 (soit le dernier jour du délai accordé par la Commission), une version corrigée et consolidée est transmise aux services de la Commission qui la jugent de nouveau insatisfaisante. Dans leur évaluation de cette version révisée du PNEC belge, ces services font référence aux difficultés posées par la structure fédérale belge aux termes d'un considérant lapidaire : « [la] répartition des compétences [telle qu'elle est organisée en Belgique en matière climatique] est la raison pour laquelle la version définitive n'est pas intégrée et bien structurée, car les entités fédérées ne communiquent pas les informations

117. Commission staff working document, *Assessment of the draft National Energy and Climate Plan of Belgium. Accompanying the document Commission Recommendation on the draft integrated National Energy and Climate Plan of Belgium covering the period 2021-2030* {C(2019) 4401 final}, 18 juin 2019, SWD(2019) 211 final, disponible sur https://www.parlament.gv.at/dokument/XXVI/EU/69018/imfname_10910995.pdf (dernière consultation : mai 2024).

118. Recommandation de la Commission du 18 juin 2019, sur le projet de plan national intégré en matière d'énergie et de climat de la Belgique couvrant la période 2021-2030, *J.O.U.E.*, 3 septembre 2019, C 297/1.

de manière cohérente »¹¹⁹. Au-delà de l'imprécision, de l'incomplétude, de l'absence de calendrier du PNEC belge, ces services constatent que « [...] le pays n'est toujours pas parvenu à présenter un plan parfaitement intégré et cohérent, qui permettrait d'offrir une vision commune et s'avérerait plus utile pour faciliter la coopération entre les différentes autorités dans la transition climatique et énergétique »¹²⁰. Ils dénoncent ainsi l'absence de mesures adéquates pour atteindre les objectifs fixés.

Dans son rapport dessinant les tendances pour 2021, l'Agence européenne pour l'environnement confirme le caractère insuffisant et inefficace de la politique climatique belge. L'Agence constate notamment que « [w]hile no countries failed to achieve any of their 2020 targets, two countries appear to have underperformed on three of their four 2020 targets. Preliminary data show that Belgium and Bulgaria achieved only one 2020 target: GHG emission reductions in Belgium and renewable energy share in Bulgaria »¹²¹. En clair, en 2020, la Belgique comptait, avec la Bulgarie, parmi les pires élèves de la classe au point de vue des objectifs à atteindre en matière climatique en application de la législation européenne en vigueur.

26. Les objectifs climatiques ont ensuite été revus à la hausse par l'Union européenne dans le cadre de l'adoption du *Green Deal* et du package *Fit for 55*. Dans la foulée de l'adoption de la loi « climat » européenne de 2021¹²², la Commission a en effet déposé une proposition de règlement modifiant le règlement 2018/842¹²³. Adopté en avril 2023, il fixe l'objectif belge de réduction des émissions de gaz à effet de serre à 47 % dans

119. Document de travail des services de la Commission, *Évaluation de la version définitive du plan national en matière d'énergie et de climat de la Belgique*, Bruxelles, 14 octobre 2020, SWD(2020) 900 draft, p. 5, disponible sur https://energy.ec.europa.eu/document/download/d472bcb4-3559-408b-b9e8-0b64debe8f29_fr?filename=staff_working_document_assessment_necp_belgium_fr.pdf (dernière consultation : mai 2024).

120. *Ibid.*, p. 15.

121. European Environment Agency, *Trends and projections in Europe 2021*, EEA Report n° 13/2021, octobre 2020, p. 29, disponible sur <https://www.eea.europa.eu/publications/trends-and-projections-in-europe-2021> (dernière consultation : mai 2024).

122. Règlement (UE) 2021/1119 du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 2021 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant les règlements (CE) n° 401/2009 et (UE) 2018/1999 (« loi européenne sur le climat »), *J.O.U.E.*, 9 juillet 2021, L 243.

123. L'Union a défendu ces objectifs ambitieux lors de la conférence des Nations unies sur le changement climatique de novembre 2021 à Glasgow. Une position forte qui contrastait avec celle de la Belgique, qui n'est pas parvenue à dégager une position commune pour cette 26^e COP, dès lors qu'aucun accord intra-belge sur le *burden-sharing* n'avait été obtenu.

les secteurs ne relevant pas du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne, contre, donc, 35 % auparavant¹²⁴.

Au plus tard le 30 juin 2023, les États membres devaient soumettre leur projet de PNEC actualisé en fonction de ce nouvel objectif¹²⁵. Quelque six mois après l'échéance, et à l'issue de difficiles négociations¹²⁶, le Comité de concertation a approuvé la version mise à jour de ce plan en novembre 2023¹²⁷. La question se pose de savoir si les mesures qu'il contient permettront à la Belgique d'atteindre les objectifs fixés en matière de réduction des gaz à effet de serre de 47 % par rapport au niveau de 2005 dans les secteurs non industriels (transport, bâtiment, agriculture, etc.) ne relevant pas du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne. Il est permis d'émettre des doutes compte tenu du fait que la répartition de l'effort de réduction des gaz à effets de serre entre les différentes entités n'a pas pu faire l'objet d'un accord, la Flandre refusant notamment de s'engager pour une réduction de ses émissions de gaz à effet de serre à hauteur de 47 %. À ce jour, la Commission européenne a publié des recommandations que la Belgique doit mettre en œuvre dans la mise à jour finale du PNEC qu'elle est tenue de déposer pour le 30 juin 2024¹²⁸, ce qu'elle n'est pas parvenue à faire.

Les faiblesses de la coopération en matière climatique n'ont pas échappé aux deux juridictions de l'ordre judiciaire qui ont eu à statuer sur la responsabilité de l'État belge et des régions dans ce domaine. Dans l'« Affaire Climat », le Tribunal de première instance de Bruxelles a d'abord rappelé que la structure fédérale de l'État n'exemptait ni l'Autorité fédérale ni les entités fédérées de leurs obligations, qu'elles

124. Règlement (UE) 2023/857 du Parlement européen et du Conseil du 19 avril 2023 modifiant le règlement (UE) 2018/842 relatif aux réductions annuelles contraignantes des émissions de gaz à effet de serre par les États membres de 2021 à 2030 contribuant à l'action pour le climat afin de respecter les engagements pris dans le cadre de l'accord de Paris et le règlement (UE) 2018/1999, *J.O.U.E.*, 26 avril 2023, L 111/1.

125. Voy. l'article 14 du règlement (UE) 2018/1999 du Parlement européen et du Conseil du 11 novembre 2018 sur la gouvernance de l'union de l'énergie et de l'action pour le climat relatif à la gouvernance, précité.

126. M. DE MUELENAERE, « Plan climat : la Belgique renonce à présenter son projet à l'Europe », *Le Soir*, 26 juin 2023, disponible sur <https://www.lesoir.be/521920/article/2023-06-26/plan-climat-la-belgique-renonce-presenter-son-projet-leurope> (dernière consultation : mai 2024).

127. Voy. Projet de mise à jour du Plan National Énergie et Climat belge 2021-2030 (PNEC 2023), accessible sur <https://www.plannationalenergieclimat.be/admin/storage/nekp/be-pnec-projet-actualisation.pdf> (dernière consultation : mai 2024).

128. Voy. Recommandation (UE) 2024/1042 de la commission du 23 février 2024 relative au projet de mise à jour du plan national intégré en matière d'énergie et de climat de la Belgique pour la période 2021-2030, *J.O.U.E.*, L 5 avril 2024.

soient de nature européenne, internationale ou interne¹²⁹. La cour d'appel a confirmé cette approche dans un considérant lapidaire :

« Non seulement la gouvernance climatique, telle que conçue, était fautive, car insuffisamment ambitieuse, mais sa mise en œuvre montre également des lacunes et n'a finalement atteint l'objectif assigné au départ (jugé insuffisant) qu'à la faveur de la crise du Covid. La Cour renvoie quant à ce aux développements repris ci-avant aux points 178 à 182 concernant l'État belge, la Région de Bruxelles-Capitale et la Région flamande qui, à titre individuel, n'ont pas pris les mesures qui s'imposaient et n'ont pu coordonner efficacement leur action »¹³⁰.

27. Certes, en marge des difficultés liées à la conclusion des PNEC belges, la coopération climatique intra-belge a abouti, dans la période 2017-2023, à la conclusion de certains accords, comme le Pacte énergétique interfédéral de novembre 2017, approuvé par les quatre ministres de l'Énergie du pays, ou l'accord de coopération du 22 septembre 2023 entre l'État fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale, relatif à certaines dispositions du partage des objectifs belges relatifs au climat et à l'énergie pour le début de la période 2021-2030 et au partage des revenus fédéraux de la mise aux enchères des quotas d'émissions pour les années 2015 à 2020¹³¹. Ces accords sont néanmoins partiels et leur conclusion n'invalide pas le constat plus général d'une difficulté de la coopération climatique en Belgique à aboutir à des résultats satisfaisants.

§ 3. Second cas d'étude : les blocages autour du mécanisme de rémunération de capacité

28. Dans les lignes qui suivent, la gouvernance du secteur énergétique et les discussions autour du mécanisme de rémunération de capacité (communément appelé le « CRM ») servent de second cas d'étude pour illustrer les problèmes de cohérence de la gouvernance climatique belge, ici en ce qui concerne un aspect sectoriel de cette politique, à savoir le domaine de l'énergie. Il montre en particulier les difficultés qui découlent de la mise en œuvre des compétences des entités fédérées d'une manière qui contredit la politique menée au niveau fédéral.

129. Civ. Bruxelles (4^e Ch. repr.), 17 juin 2021, 2015/4585/A, p. 74.

130. Bruxelles (2^e Ch. repr.), 30 novembre 2023, 2021/AR/1589, 2022/AR/737 et 2022/AR/891, § 242, p. 125. Il est important de noter que le Gouvernement flamand a introduit un pourvoi en cassation contre cette décision. Voy. D. PHILIPPE et I. JEANMART, « À circonstances alarmantes décision exceptionnelle ! », *J.L.M.B.*, 2024, n° 9, p. 399.

131. *M.B.*, 13 février 2024.

29. Le CRM est un mécanisme fédéral de mises aux enchères annuelles, visant à subsidier le développement de nouvelles capacités électriques, sous la forme, notamment, de production d'électricité, à partir de l'année 2025. Ce mécanisme s'inscrit d'une part dans le cadre de la fermeture (toujours prévue par la loi de 2003¹³²) des centrales nucléaires belges initialement planifiée pour cette même année 2025. D'autre part, il est justifié par le problème dit du « *missing money* »¹³³. Le nombre d'unités de production d'électricité renouvelable étant en constante augmentation et ayant priorité sur les marchés de l'énergie, la construction et l'exploitation de centrales au gaz, par définition plus pilotables, pourrait ne pas s'avérer rentable dès lors que ces centrales risquent de n'être mises en marche que durant les périodes de forte demande en électricité, aussi appelée les périodes de pointe. C'est, entre autres, pour assurer la rentabilité – et donc la réalisation – d'investissements face à l'augmentation de la production renouvelable que le Gouvernement fédéral a, dès 2018¹³⁴, commencé à préparer le terrain pour la mise en place du CRM belge. Ce faisant, l'Autorité fédérale entendait également augmenter la sécurité d'approvisionnement de notre pays en énergie.

En réalité, la création d'un tel mécanisme était déjà mentionnée dans l'accord de gouvernement de 2014¹³⁵. Cette ambition est réitérée en 2017 dans le pacte énergétique interfédéral belge, précédemment évoqué. Ce plan servira de base à l'établissement de la contribution fédérale au PFEC¹³⁶. Cependant, la mise en place du CRM prend plus de temps que prévu et la première loi en la matière n'est adoptée que le 22 avril 2019¹³⁷. Une deuxième loi, visant notamment à adapter le mécanisme aux dispositions du règlement 2019/943 sur le marché intérieur de l'électricité et à remédier aux lacunes et imprécisions de la loi

132. Loi du 31 janvier 2003 sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle d'électricité, *M.B.*, 28 février 2003.

133. *Doc.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3584/1, p. 4.

134. L'avant-projet de loi modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité portant la mise en place d'un mécanisme de rémunération de capacité afin de garantir la sécurité d'approvisionnement sur le plan énergétique a été approuvé par le Conseil des ministres le 20 juillet 2018.

135. Accord du gouvernement du 9 octobre 2014, p. 96, disponible sur https://premier.wilmes-ii.archive.belgium.be/sites/default/files/articles/Accord_de_Gouvernement_-_Regeerakkoord.pdf (dernière consultation : mai 2024).

136. Plan national énergie et climat du 18 novembre 2019, p. 9, disponible sur https://energy.ec.europa.eu/document/download/685bc729-60a7-4432-aaec-b5fd09494084_fr?filename=belgium_draftnecp_fr.pdf (dernière consultation : mai 2024). Pour des développements supplémentaires, voy. *supra*, n° 25 et s.

137. Loi du 22 avril 2019 modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité portant la mise en place d'un mécanisme de rémunération de capacité, *M.B.*, 16 mai 2019.

de 2019¹³⁸, est adoptée le 15 mars 2021¹³⁹. Cette matière est à présent réglée à l'article 7*undecies* de la loi électricité¹⁴⁰.

30. C'est finalement en octobre 2021 que la première enchère organisée pour mettre en œuvre le CRM a lieu, sous l'égide d'Elia, le gestionnaire de réseau de transport (GRT). Cette enchère est organisée en application d'un arrêté ministériel du 30 avril 2021¹⁴¹. Plusieurs projets remportent un subside, notamment le projet de construction d'une nouvelle centrale de production d'électricité à partir de gaz naturel, porté par Engie pour un site situé à cheval sur les communes de Vilvoorde et Grimbergen¹⁴². Cependant, ni l'article 7*undecies* de la loi électricité, ni les arrêtés d'exécution pris subséquemment n'avaient prévu une condition préalable ou un délai pour obtenir les autorisations nécessaires à la réalisation des projets de construction proposés aux enchères.

En l'occurrence, Engie n'avait pas, au moment où son enchère a été proposée et acceptée, de permis d'environnement pour la construction de sa centrale à gaz. L'entreprise avait introduit une demande auprès de la députation permanente de la province du Brabant flamand, compétente en la matière, qui avait été refusé le 8 juillet 2021, la décision invoquant notamment le non-respect des normes d'émission flamandes en matière d'oxyde d'azote¹⁴³. En conséquence, Engie avait introduit un recours auprès du Gouvernement flamand, dont le résultat n'était pas encore connu au 31 octobre 2021, date de la publication des résultats de la première enchère CRM. Ce n'est que le 9 novembre 2021, soit dix jours après la publication des résultats de l'enchère, que la ministre flamande de l'Énergie signifie à Engie sa décision de rejeter le recours,

138. Doc., Ch. repr., 2020-2021, n° 1779/1, p. 3.

139. Loi du 15 mars 2021 modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et modifiant la loi du 22 avril 2019 modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité portant la mise en place d'un mécanisme de rémunération de capacité, *M.B.*, 19 mars 2021.

140. Loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, *M.B.*, 11 mai 1999.

141. Arrêté ministériel du 30 avril 2021 portant instruction au gestionnaire du réseau pour organiser la mise aux enchères quatre ans avant la période de fourniture de capacité débutant le 1^{er} novembre 2025, les paramètres nécessaires à l'organisation de la mise aux enchères précitée, le volume maximal de capacité pouvant être contracté avec tous les détenteurs de capacité non prouvée, et portant le volume minimal à réserver pour la mise aux enchères organisée un an avant la période de fourniture de capacité, conformément à l'art. 7*undecies*, § 6, al. 1^{er}, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, *M.B.*, 30 avril 2021.

142. Voy. Elia, Rapport de Mise aux Enchères Y-4 pour la Période de Fourniture 2025-2026, 31 octobre 2021, disponible sur <https://www.elia.be/fr/donnees-de-reseau/adequation/resultats-de-l-enchere-crm> (dernière consultation : novembre 2024).

143. Décision de la Députation permanente du Brabant flamand du 8 juillet 2021, non publiée.

empêchant ainsi la réalisation du mécanisme fédéral, c'est-à-dire la construction de la centrale de Vilvoorde/Grimbergen.

31. Face, d'une part, au refus de la ministre flamande et, d'autre part, au fait que Engie ne sera pas en mesure de fournir la capacité de production promise pour novembre 2025 – la construction d'une centrale au gaz prenant environ trois ans et demi –, l'Autorité fédérale s'est retrouvée dans une impasse. Pour en sortir, le Parlement fédéral est intervenu en adoptant, le 28 février 2022, une loi ajoutant un paragraphe à l'article 7undecies de la loi électricité, permettant l'organisation d'une adjudication complémentaire. À la suite d'instructions de la ministre fédérale de l'Énergie, Elia a donc constaté qu'Engie ne disposait pas des autorisations requises en date du 15 mars 2022 et a résilié le contrat de capacité conclu à la suite de la première enchère¹⁴⁴. Elia a ensuite organisé une adjudication complémentaire¹⁴⁵, ouverte uniquement aux entités ayant soumis une offre lors de la mise aux enchères de 2021. Luminus est ressorti vainqueur de cette adjudication complémentaire avec un projet de construction d'une nouvelle centrale de production d'électricité à partir de gaz, situé, cette fois-ci, sur la commune de Seraing et pour lequel les permis requis avaient déjà été obtenus. Depuis lors, la loi du 28 février 2022 prévoit l'obligation, pour les futures mises aux enchères, d'établir la preuve que les autorisations régionales requises ont été obtenues¹⁴⁶, afin d'éviter tout blocage similaire à celui rencontré lors de l'épisode de la centrale à gaz de Vilvoorde.

32. En parallèle à ces adaptations au niveau des offres acceptées dans le cadre du processus fédéral d'enchères, Engie a poursuivi les démarches nécessaires à l'obtention des permis pour la construction de sa centrale à gaz à Vilvoorde/Grimbergen. Ainsi, une seconde demande de permis d'environnement a été introduite auprès de la députation permanente du Brabant flamand le 7 janvier 2022. Celle-ci l'a refusée le 22 mai 2022. Une fois encore, Engie a introduit un recours auprès du Gouvernement flamand qui a de nouveau refusé le permis, refus contre lequel Engie a introduit un recours en suspension et en annulation auprès du Raad

144. Arrêté ministériel du 25 mars 2022 portant instruction au gestionnaire du réseau de résilier sans délai un contrat de capacité conclu suite à la mise aux enchères organisée en 2021, conformément à l'article 7undecies, § 18, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

145. Arrêté ministériel du 25 mars 2022 portant instruction au gestionnaire du réseau de procéder à une adjudication complémentaire pour la mise aux enchères organisée en 2021 et déterminant le calendrier et autres éléments procéduraux conformément à l'article 7undecies, § 18, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, *M.B.*, 28 mars 2022.

146. Voy. art. 7undecies, § 12, al. 3, 2°, c), de la loi électricité, précitée.

voor Vergunningsbetwistingen. La suspension a été refusée¹⁴⁷, et la procédure s'est terminée par un désistement du requérant¹⁴⁸. Avant son désistement, l'objectif d'Engie était de pouvoir participer à d'autres mises aux enchères dans le futur. Toutefois, la prolongation des centrales nucléaires belges diminue désormais les risques concernant la sécurité d'approvisionnement en énergie et donc les chances que le gouvernement utilise de nouveau le CRM pour soutenir le développement de grandes capacités de production d'électricité, comme le permet la construction d'une centrale à gaz¹⁴⁹.

33. La mise en œuvre malheureuse du CRM lors de l'épisode de la centrale de Vilvoorde illustre trois écueils que rencontre la gouvernance climatique belge en lien avec l'organisation fédérale du pays. Premièrement, elle montre la lenteur de la coopération en matière climatique. En effet, le plan énergétique interfédéral, qui mentionne la nécessité de mettre en place le CRM, notamment pour disposer de plus de capacité pilotable, permettant une meilleure intégration des énergies renouvelables, devait initialement être adopté pour 2015 et ne l'a été que fin 2017. Ce plan a également servi de base à la contribution fédérale du PNEC de 2019 dont le contenu n'a, pour rappel, pas été jugé satisfaisant par la Commission¹⁵⁰. Deuxièmement, cet exemple illustre la multiplication des *veto-players* au sein des États fédéraux en matière de politique climatique¹⁵¹. La Belgique ne fait pas exception à cette règle. C'est ainsi que l'exercice de leurs compétences par la Communauté flamande et la province du Brabant a compliqué la tâche de l'Autorité fédérale dans la mise en œuvre de ses choix politiques. Enfin, le cas de la centrale de Vilvoorde illustre la manière dont le phénomène du passager clandestin (*free riding*) peut prendre forme en matière climatique¹⁵². En effet, alors que les communes de Vilvoorde et Grimbergen et la Région flamande profitent, à l'instar du reste du territoire, des bénéfices relatifs à la sécurité d'approvisionnement et à l'intégration des énergies renouvelables générés par la centrale en construction à

147. Raad voor Vergunningsbetwistingen, 2 mars 2023, arrêt n° RvVb-S-2223-0589, *Electrabel c. Région flamande*.

148. Voy. Raad voor Vergunningsbetwistingen, 11 janvier 2024, arrêt n° RvVb-A-2324-0316. La presse a fait état de ce qu'un autre projet avait été autorisé sur le site concerné (en lien avec des batteries), voy. « Il n'y aura pas de nouvelle centrale au gaz de Vilvorde : Engie Electrabel abandonne son recours », *RTBF*, 5 novembre 2023, accessible sur <https://www.rtbef.be/article/il-n-y-aura-pas-de-nouvelle-centrale-au-gaz-de-vilvorde-engie-electrabel-abandonne-son-recours-11296502> (dernière consultation : mai 2024).

149. À titre d'exemple, aucune capacité n'a été allouée lors de l'enchère 2022 pour la période de fourniture 2026-2027.

150. Voy. *supra*, n° 25.

151. Voy. *supra*, n° 11.

152. Voy. *supra*, n° 11.

Seraing¹⁵³, elles ne subissent pas les coûts environnementaux qu'elle va également occasionner, notamment concernant les émissions d'oxyde d'azote qui ont justifié les différents refus de permis.

Section 3. Propositions de réforme pour un fédéralisme climatique belge adapté aux enjeux des dérèglements climatiques

34. Les développements qui précèdent montrent les importants problèmes de cohérence que présente la politique climatique belge, à défaut de s'appuyer sur une vision intégrée et commune des différents niveaux de pouvoir concernés. Le constat n'est pas neuf et semble largement partagé¹⁵⁴. On a soutenu que ces difficultés étaient accrues par le caractère fortement dualiste du fédéralisme belge. Les difficultés que rencontre la Belgique en raison des principes sur lesquels repose son organisation fédérale ne l'absolvent toutefois pas de ses responsabilités climatiques, tant européennes qu'internationales¹⁵⁵. Dans cette troisième partie, nous explorons quelques-unes des pistes qui pourraient

153. Il peut à cet égard sembler surprenant que la construction de centrales à gaz, qui émettent une quantité certaine de gaz à effet de serre, soit considérée comme une mesure visant à intégrer les énergies renouvelables. Il n'y a cependant pas toujours du vent et du soleil en Belgique et donc l'intégration des énergies renouvelables implique également la disponibilité de capacités dites pilotables, c'est-à-dire qui peuvent aisément être mises en marche en cas d'insuffisance des autres moyens de production. Le gaz en fait partie. Il permet par ailleurs de produire des volumes importants d'électricité.

154. K. REYBROUCK, *Een moderne bevoegdheidsverdeling voor het federale België. Naar een balans tussen dual en coöperatief federalisme*, op. cit., pp. 327-333 et les nombreuses références citées.

155. De manière générale, l'article 27 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités dispose que « [u]ne partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». De plus, la Belgique est tenue à une obligation de résultat dans l'exécution des obligations qui découlent de ses engagements européens, en vertu de l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). En particulier, elle ne peut échapper à ses obligations européennes en invoquant son organisation fédérale. Ceci découle des principes d'effectivité et de primauté du droit de l'Union, de coopération loyale et d'égalité entre États, conformément à la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne : « Ainsi, il est de jurisprudence constante que chaque État membre est libre de répartir les compétences sur le plan interne et de mettre en œuvre les actes de droit communautaire qui ne sont pas directement applicables au moyen de mesures prises par les autorités régionales ou locales, pourvu que cette répartition des compétences permette une mise en œuvre correcte des actes de droit communautaire en cause » (C.J.U.E. (gde ch.), 16 juillet 2009, *Horvath*, arrêt C-428/07, ECLI:EU:C:2009:458, § 50). Voy. sur cette question : A. PASTOR, G. ROLLAND et C. ROMAINVILLE, « Le partage des compétences et le droit européen et international », in C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN (dir.), *Les grands arrêts sur le partage des compétences dans l'État fédéral*, op. cit., pp. 402-416.

contribuer à dépasser ce constat d'échec. Cinq propositions d'évolution de la gouvernance climatique fédérale belge sont abordées : la possibilité de refédéraliser le climat (§ 1), le renforcement du rôle de l'Autorité fédérale (§ 2), la sanctuarisation d'objectifs climatiques contraignants dans une loi spéciale ou dans un accord de coopération (§ 3) et une refonte des mécanismes de coopération entre les différentes collectivités publiques du royaume (§ 4). Ces propositions ne sont certainement pas les seules qui existent. Elles sont examinées ici parce qu'elles ont déjà été évoquées tantôt sur la scène politique, tantôt par la doctrine ou la section de législation du Conseil d'État. Certaines d'entre elles peuvent être mises en œuvre sans réforme de l'État préalable, pour autant qu'on accepte de donner leur pleine mesure aux compétences de l'Autorité fédérale en lien avec le climat. D'autres supposent une révision constitutionnelle ou une intervention du législateur spécial. On a par ailleurs déjà brièvement évoqué ci-dessus une piste complémentaire, visant à accroître l'effectivité du droit de substitution en matière climatique en obligeant l'Autorité fédérale à en faire usage en cas de défaut d'une entité fédérée¹⁵⁶. Nous n'y revenons pas davantage.

§ 1. (Re)fédéraliser le climat pour faciliter la prise de décision ?

35. Eu égard aux blocages récurrents qui caractérisent la prise de décision climatique en Belgique, certaines voix, dont celle de Madame Marie-Christine Marghem à l'époque où elle était encore ministre fédérale de l'Énergie, se sont élevées pour plaider en faveur d'un renforcement du rôle de l'Autorité fédérale dans le domaine climatique, sous la forme d'une « refédéralisation » de la compétence en matière de climat¹⁵⁷. L'objectif serait de permettre à la Belgique de mener plus aisément une politique climatique cohérente à l'échelle nationale compte tenu du rôle prédominant qui serait joué par l'Autorité fédérale dans ce domaine. Une (re)fédéralisation permettrait de dépasser les situations récurrentes de blocage qu'on connaît actuellement et qui découlent des divergences de vues entre les différentes régions.

Une telle approche postule cependant que la prise de décision au sein de l'Autorité fédérale soit moins sujette à des blocages que la prise de décision conjointe par les différents niveaux de pouvoir en Belgique.

156. Voy. *supra*, n° 24.

157. J. TRUYTS, « Marghem: "herfederaliseer de klimaatbevoegdheden" », VRT, 9 octobre 2016, disponible sur : https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2016/10/09/marghem_herfederaliseerdeklimaatbevoegdheden-1-2788895/.

Or, il n'est pas certain que tel soit le cas, dans un contexte où le Conseil des ministres, notamment, est organisé sur une base linguistiquement paritaire et où existent plusieurs mécanismes susceptibles d'entraver la prise de décision¹⁵⁸. Dans une certaine mesure, en effet, les divergences entre régions sont à la fois le fruit de désaccords idéologiques entre les majorités en place au sein des différents niveaux de pouvoir et d'intérêts contradictoires, eux-mêmes résultant de contextes sociaux, économiques et géographiques divergents. Parce qu'il doit être paritaire sur le plan linguistique, le Gouvernement fédéral risque de reproduire en son sein les blocages qui s'observent actuellement entre entités fédérées, de sorte qu'une « refédéralisation » de la politique climatique aurait pour effet de déplacer les blocages plutôt que de les résoudre.

Selon Dave Sinardet, néanmoins, une différence significative entre les deux situations – négociation au sein du Gouvernement fédéral ou entre entités fédérées et Autorité fédérale – tient au fait que le Gouvernement fédéral, en principe uni dans un projet de majorité commun et collectivement responsable devant la Chambre des représentants, serait davantage incité à trouver des accords que les entités fédérées¹⁵⁹. Pour le dire autrement, il est vraisemblable qu'une décision collective prise au sein d'une institution unique soit moins sujette au risque du *joint-decision trap* qu'une décision qui suppose l'accord d'acteurs qui ne sont liés par aucune solidarité institutionnelle¹⁶⁰. Dans cette optique, un renforcement du rôle de l'Autorité fédérale en matière climatique permettrait malgré tout d'aboutir à une prise de décision plus aisée sur des enjeux comme celui du climat même si, sans aucun doute, cela resterait une entreprise difficile.

Dans la même veine optimiste, on peut également imaginer qu'émergent du travail parlementaire des majorités, éventuellement alternatives, qui soutiendraient l'adoption de mesures courageuses en matière environnementale. Par temps de crise gouvernementale au plan fédéral, ou en fin de législature, on peut également imaginer que des parlementaires proposent des mesures ambitieuses en la matière, profitant du fait que le corset de la discipline partisane se soit un peu desserré¹⁶¹.

158. C'est le cas notamment des groupes linguistiques au sein du Parlement et de la procédure dite de la « sonnette d'alarme », voy. D. SINARDET, « De "joint decision trap" van het Belgische coöperatief federalisme », *op. cit.*, p. 52.

159. *Ibid.*

160. On reprend ici le contraste entre solidarité institutionnelle et solidarité conventionnelle proposé par H. DUMONT, M. HARDT et J. RENAUX, « Éléments pour une évaluation du fédéralisme coopératif en Belgique », *op. cit.*, pp. 55-56.

161. On peut citer l'exemple de l'adoption en fin de législature de la révision de l'article 7bis de la Constitution relative au bien-être des animaux, à partir d'une majorité

36. Nonobstant les avantages qui viennent d'être décrits, cette proposition de refédéralisation reste sujette à caution. On doit d'abord relever que le caractère multisectoriel de l'enjeu climatique rend la centralisation des compétences pertinentes au sein d'un même niveau de pouvoir difficile, sauf à envisager un retour vers une organisation de type unitaire, voire unitaire centralisée¹⁶². Pour « refédéraliser la politique climatique », il faudrait en effet que l'Autorité fédérale dispose des compétences en matière d'environnement, d'énergie, de transport ou encore d'urbanisme et d'aménagement du territoire, pour ne prendre que quelques exemples. Par voie de conséquence, en Belgique comme dans d'autres systèmes fédéraux, l'appréhension de la question climatique continuera vraisemblablement à relever de la compétence des différents niveaux de pouvoir¹⁶³. Comme l'écrivent Mathias El Berhoumi et Célia Nennen :

« Compte tenu de la multitude des compétences concernées par le changement climatique, cette refédéralisation reviendrait [...] à amputer les régions, voire les communautés, d'une partie substantielle de leurs compétences. Dans un État fédéral, quel qu'il soit et quel que soit son degré de maturité, il est difficilement imaginable qu'une seule autorité ait entre ses mains tous les leviers permettant d'affronter le défi climatique »¹⁶⁴.

La piste est donc peu vraisemblable, d'autant qu'elle irait à l'encontre de la logique centrifuge du fédéralisme belge. En revanche, des réaménagements ponctuels de compétences entre les niveaux de pouvoir peuvent sans doute être envisagés afin d'en accroître la cohérence et l'efficacité, étant entendu que le centre de gravité des compétences climatiques penche aujourd'hui du côté des régions. Dans cette perspective, les transferts de compétences *ad hoc*, qu'ils s'opèrent en faveur de l'Autorité fédérale ou des entités fédérées, gagneraient sans doute à tenir compte des arguments techniques identifiés par la littérature

alternative de deux-tiers (la N-VA et le Vlaams Belang s'étant abstenus). On doit préciser que cette majorité est restée ambiguë sur la question de savoir si une obligation de *standstill* est attachée à la révision à laquelle il fut procédé. Voy. *Doc.*, Ch. repr., 2023-2024, n° 3719/002, pp. 8 et s. pour la discussion sur l'effet de *standstill*.

162. S. SOTTIAUX et T. VAN DIEST, « De slechte staat van het federaal klimaat », *Leuven Blog for Public Law*, 8 février 2019, disponible sur <https://www.leuvenpubliclaw.com/de-slechte-staat-van-het-federaal-klimaat/>.

163. E. SEVRIN et K. REYBROUCK, « Klimaatverandering als de kanarie in de kolenmijn van het duaal federalisme. Institutionele inspiratie voor een performanter Belgisch klimaatbeleid », in K. REYBROUCK, S. SOTTIAUX et W. PAS (dir.), *Inspiratie voor de staatshervorming*, Anvers, Intersentia, 2023, pp. 305-306.

164. M. EL BERHOUMI et C. NENNEN, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme », *op. cit.*, pp. 64-65.

dédiée au fédéralisme climatique dont il a été question plus haut¹⁶⁵. Dans le domaine de l'énergie, par exemple, la répartition actuelle des compétences entre l'Autorité fédérale et les régions conduit à une mise en œuvre incohérente et imprévisible, de sorte qu'une remise à plat, au moins partielle, pourrait être opportune¹⁶⁶. L'exemple de la politique de la mobilité a aussi déjà été évoqué¹⁶⁷.

§ 2. (Re)découvrir le rôle de l'Autorité fédérale dans l'élaboration de la politique climatique de la Belgique ?

37. Plutôt que de refédéraliser les compétences en lien avec les dérèglements climatiques, la piste explorée ici consiste à envisager la possibilité que l'Autorité fédérale dispose d'une compétence pour, par exemple, fixer les grandes orientations de la politique climatique de la Belgique et pour arrêter, le cas échéant, la répartition des efforts à fournir par chaque niveau de pouvoir en termes de réduction des émissions de gaz à effet de serre, de développement des énergies renouvelables, d'efficacité énergétique ou d'adaptation. L'hypothèse sous-jacente est à nouveau que l'Autorité fédérale est en mesure de prendre des décisions dans ce domaine qui ne seraient pas affectées des mêmes blocages que ceux qui s'observent actuellement dans la coopération entre entités fédérées et Autorité fédérale. Plus précisément, on examine ci-après la thèse selon laquelle l'Autorité fédérale disposerait d'une telle prérogative en application de ses compétences en matière de sécurité (A), par la mobilisation d'une compétence résiduelle en matière de climat (B) ou encore, mais cette fois *de lege ferenda*, par l'introduction de compétences concurrentes ou cadres en lien avec le climat, par dérogation au principe d'exclusivité des compétences (C). On se pose également la question des sanctions applicables en cas de non-respect des règles fédérales qui pourraient être adoptées en matière climatique sur la base des compétences discutées dans les trois premières sections (D).

165. Voy. *supra*, n° 9 et s.

166. M. BEUDELS, « Hydrogène et fédéralisme : plaidoyer pour une approche holistique de la répartition des compétences en matière d'énergie », *A.P.T.*, 2023, vol. 2, pp. 280-307 ; M. BEUDELS, « La répartition des compétences en matière d'énergie : tentative d'éclaircissement de bornes floues », *Rev. dr. ULg*, 2022, vol. 022, n° 3, pp. 599-615.

167. K. REYBROUCK, *Een moderne bevoegdheidsverdeling voor het federale België. Naar een balans tussen dual en coöperatief federalisme*, op. cit., p. 328.

A. Une compétence fédérale en matière de climat en lien avec les compétences en matière de sécurité ?

38. Dans les lignes qui suivent, nous partons à la recherche des compétences fédérales, liées à la sécurité au sens large, qui pourraient fonder une compétence climatique dans le chef de l'Autorité fédérale. Pour partie, ces compétences relèvent de la catégorie des compétences fédérales résiduelles. Il nous faut dès lors commencer par rappeler les principes guidant l'interprétation desdites compétences résiduelles. Il s'agit notamment de déterminer si le principe de l'interprétation stricte des exceptions aux compétences attribuées aux entités fédérées vaut également pour les compétences résiduelles de l'Autorité fédérale. Une partie de la doctrine paraît promouvoir cette thèse pour certaines compétences fédérales résiduelles¹⁶⁸, mais la rejette pour d'autres compétences¹⁶⁹. Pour leur part, la légisprudence et jurisprudence constitutionnelle interprètent parfois largement des compétences fédérales résiduelles – et même, dans certains cas, des compétences fédérales formellement consacrées comme des « exceptions » à une compétence attribuée aux communautés et aux régions¹⁷⁰. Dès lors, il n'est pas interdit de soutenir que, comme l'écrit Karel Reybrouck :

« *Residuaire bevoegdheidsmateries waarvan het zwaartepunt duidelijk bij de federale overheid ligt, moeten op ruime wijze worden uitgelegd. Enkel échte, beperkte uitzonderingen op de bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten dienen we restrictief uit te leggen als logisch spiegelbeeld van de ruime uitlegging van de toegewezen bevoegdheden. Er anders over oordelen zou een sterk vooroordeel ten voordele van de toegewezen deelstatelijke bevoegdheden inhouden, die bovendien niet lijkt overeen te stemmen met de wil van de grondwetgever of de bijzondere wetgever. Bovendien leidt een restrictieve interpretatie van*

168. Voy. J. VELAERS et J. VANPRAET, « De materiële en territoriale bevoegdheidsverdeling inzake sociale zekerheid en sociale bijstand (I) », *T.B.P.*, 2008, p. 330.

169. Voy. sur la compétence en matière de droit pénal : J. THEUNIS et D. VAN EECKHOUTTE, « Naleving en handhaving: Strafrecht, strafvervolgung, administratieve sancties, administratieve rechtscollages », in B. SEUTIN et G. VAN HAEGENDOREN (dir.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Bruges, die Keure, 2017, p. 473 ; sur la compétence en matière de droit judiciaire et d'organisation de la justice : J. VELAERS et P. POPELIER, *Artikel 35 van de Grondwet: de toegewezen bevoegdheden voor de federale overheid en het residu voor de gemeenschappen en/of de gewesten: een voorbereidende studie, Basisteksten*, Anvers, non publié, 2008, p. 23, tel que cité par K. REYBROUCK et S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 173.

170. Voy. par ex. C.C., 4 octobre 2018, n° 126/2018, B.7-B.8. et les références citées dans K. REYBROUCK, *Een moderne bevoegdheidsverdeling voor het federale België. Naar een balans tussen dual en coöperatief federalisme*, op. cit., pp. 128 et s.

het bevoegdheidsresidu mogelijk tot bevoegdheidsfragmentatie en staat het ook op gespannen voet met het beginsel van gelijke autonomie »¹⁷¹.

En bref, il n'existe pas de règle selon laquelle les compétences fédérales résiduelles seraient forcément d'interprétation restrictive. En outre, on ne voit pas ce qui fonderait pareil principe d'interprétation, qui s'avère contradictoire avec d'autres, applicables en matière de répartition des compétences, comme l'égalité ou l'autonomie, et qui valent également pour l'Autorité fédérale.

Partant, il est sensé de s'interroger sur la potentielle dimension « climatique » de la compétence résiduelle en matière de sécurité et de défense (1), avant d'envisager, dans un second temps, l'existence d'une compétence fédérale résiduelle en matière climatique fondée sur la prédominance fédérale de la gestion des crises. On raisonnera, dans ce second temps, par analogie en rapprochant l'enjeu climatique des questions soulevées par la crise de la COVID-19 et les mesures que le fédéral a pu adopter sur la base de sa compétence en matière de sécurité et d'ordre public dans ce contexte (2).

1. Le climat, extension de la compétence fédérale en matière de sécurité et de défense ?

39. Depuis que Barack Obama a qualifié le changement climatique de « menace sérieuse pour la sécurité globale » en 2015, la tendance à appréhender le climat comme une question de sécurité n'a cessé de croître. Ainsi, dans une note stratégique 2022¹⁷², les États membres de l'OTAN appellent cette dernière à devenir une organisation de référence dans la prise en considération des enjeux climatiques sur la sécurité. L'année suivante, le *NATO Centre of Excellence for Climate Change and Security* fut inauguré¹⁷³. De même, le rapport du Secrétaire général de l'OTAN de 2022 intitulé *Climate Change & Security Impact Assessment*, après avoir rappelé les effets du changement climatique sur la capacité des Alliés à fournir des services essentiels à leur population et aux forces militaires dans des secteurs vitaux (communications, énergie, transports,

171. K. REYBROUCK, *Een moderne bevoegdheidsverdeling voor het federale België. Naar een balans tussen dual en coöperatief federalisme*, op. cit., p. 131.

172. Il s'agit d'un document de politique fondamentale de l'OTAN.

173. OTAN, *Nato 2022 Strategic concept*, 29 juin 2022, disponible sur https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/2022/6/pdf/290622-strategic-concept.pdf.

alimentation et eau) insiste sur la nécessité d'une action de l'Alliance et de ses membres¹⁷⁴.

Les Nations Unies expriment aussi d'importantes préoccupations en matière de sécurité liées au changement climatique en raison de ses incidences sur l'approvisionnement en eau, alimentation, et énergie, mais également en raison d'une concurrence accrue pour les ressources naturelles. La perte des moyens de subsistance, les catastrophes liées au climat et, enfin, les enjeux liés aux migrations et aux déplacements forcés sont également épinglés¹⁷⁵.

Les inondations qu'ont connues plusieurs provinces belges en 2021 ont d'ores et déjà durement souligné les conséquences dramatiques que le changement climatique peut avoir sur l'ordre et la sécurité publics, ainsi que sur la vie de la population. Dans ce contexte, il est intéressant de s'interroger sur la manière dont l'Autorité fédérale pourrait se fonder sur sa compétence en matière de défense et de sécurité pour prendre des mesures en matière climatique. On examine cette question en trois temps, en se fondant sur la contribution de Nicolas Bernard au présent ouvrage consacrée aux compétences relatives à la sécurité et à la défense.

40. Premièrement, la compétence en matière de défense peut être définie comme englobant « la protection du pays, de sa population, de l'intégrité du territoire, principalement mais non exclusivement par des moyens militaires »¹⁷⁶. À partir de cette compétence, l'Autorité fédérale peut notamment déployer des « opérations humanitaires », parmi lesquelles figurent « des missions d'assistance à la population belge en cas de catastrophe ou de péril imminent »¹⁷⁷. En outre, elle est la seule autorité compétente en ce qui concerne la coopération internationale

174. « It is imperative for NATO and Allies to continue strengthening national and international resilience, taking into account the impact of climate change », The Secretary General's Report 2022, Climate Change & Security Impact Assessment, https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/2022/6/pdf/280622-climate-impact-assessment.pdf, p. 7.

175. UN Environment Program, *Climate change and security risks*, <https://www.unep.org/topics/fresh-water/disasters-and-climate-change/environment-security/climate-change-and-security#:~:text=Security%20concerns%20linked%20to%20climate,and%20forced%20migration%20and%20displacement> (consulté le 23 février 2024). Pour un aperçu de la manière dont l'Union européenne appréhende le lien entre dérèglements climatiques et sécurité, voy. E. BOLOPION, « The European Union and Climate Security. Between ambitions and realities », *Verfassungsblog*, 1^{er} novembre 2024, disponible sur <https://verfassungsblog.de/the-european-union-and-climate-security/> (dernière consultation : novembre 2024).

176. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, v° Défense nationale, 12^e éd., Paris, P.U.F., 2018, p. 311.

177. Voy. la contribution de N. B. Bernard dans le présent ouvrage, pp. 399-441.

en matière de défense¹⁷⁸. En particulier, ce sont les autorités fédérales qui sont compétentes pour ce qui concerne les relations avec l'OTAN. Or, comme on l'a déjà annoncé, cette dernière développe une nouvelle approche des enjeux de sécurité, en y intégrant une dimension environnementale et climatique marquée. Un tel repositionnement de l'OTAN amène à se poser la question suivante : dans quelle mesure l'Autorité fédérale peut-elle se fonder sur sa compétence en matière de défense pour adopter des mesures – juridiques ou opérationnelles – en matière de mitigation, d'adaptation et de renforcement de la résilience face au changement climatique qui favoriseraient la mise en œuvre de décisions prises au sein du Traité de l'Atlantique Nord ? Dans ce contexte, comment la mise en œuvre de cette compétence devrait-elle s'articuler avec les compétences des entités fédérées ? Enfin, jusqu'à quel point faut-il qu'une telle intervention de l'Autorité fédérale en matière de climat soit immédiatement liée à un enjeu relatif à la défense nationale pour que la compétence fédérale puisse être établie sur cette base ? La réponse à ces questions nous semble encore ouverte à ce stade. Nous reviendrons ci-après à cette discussion¹⁷⁹.

41. Deuxièmement, et de manière générale, la politique en matière de sécurité et de maintien de l'ordre est une compétence résiduelle de l'Autorité fédérale. Si la notion de « sécurité » (*veiligheid*) recouvre une portée large dans le langage courant ou dans d'autres ordres juridiques¹⁸⁰, il n'est pas certain que tel soit le cas pour déterminer les contours de la compétence fédérale résiduelle en matière de sécurité. Selon Karel Reybrouck en effet, « [d]e *fijne motoriek van het Belgisch bevoegdheidstechnisch systeem is evenwel niet gediend met een dermate brede benadering van het concept "veiligheid"* »¹⁸¹. Il faut donc rechercher comment la notion de « sécurité » doit être interprétée dans le contexte de la répartition intra-belge des compétences, en vue d'évaluer la mesure dans laquelle l'Autorité fédérale pourrait se fonder sur cette compétence pour intervenir dans le domaine climatique. On cherchera d'abord – mais en vain – une définition de la notion de

178. Ceci en application du principe *in foro interno, in foro externo*. Voy. sur ce principe, D. VAN EECKHOUTTE et T. CORTHAUT, « Het beginsel in foro interno, in foro externo », in M. EL BERHOUMI et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Principes de la répartition des compétences entre l'État, les Communautés et les Régions*, op. cit., pp. 329-362.

179. Voy. *infra*, n°s 45-47.

180. L. ZEDNER, *Security*, Abingdon, Routledge, 2009, p. 9. Pour une critique concernant la tendance à considérer un nombre croissant de domaines comme de potentielles menaces contre la sécurité, voy. D. DREZNER, « How Everything Became National Security And National Security Became Everything », *Foreign Affairs*, septembre-octobre 2024.

181. K. REYBROUCK, « De bevoegdheid voor veiligheid in het federale België », *T.B.P.*, 2019, n° 8, p. 441.

« sécurité » dans les travaux parlementaires¹⁸². Dès lors, pour déterminer quels aspects de la politique climatique pourraient relever de la compétence fédérale en matière de sécurité, il faut se tourner vers la jurisprudence de la section de législation du Conseil d'État, la jurisprudence et les travaux doctrinaux.

42. Selon Karel Reybrouck, la compétence résiduelle générale en matière de sécurité couvre, d'abord, à la fois la sûreté de l'État (« *staatsveiligheid* ») et la compétence en matière de sécurité publique (« *openbare veiligheid* »)¹⁸³. Sur la base de cette compétence, l'Autorité fédérale organise par exemple les services de sécurité et de renseignement. On ne voit pas ce qui empêcherait ces derniers d'intégrer dans leur travail d'information, d'analyse, de prévention et de répression, non seulement les menaces pour la sécurité telles qu'elles sont classiquement pensées (comme le terrorisme), mais également celles, de facture plus récente, en lien avec les changements climatiques. L'Autorité fédérale dispose en outre d'une compétence en matière de protection préventive de la sécurité publique¹⁸⁴, qui lui permet par exemple d'agir à l'égard des infrastructures critiques¹⁸⁵. Pareille compétence peut-elle fonder l'adoption de mesures de protection préventive des risques induits par le changement climatique ? Autrement dit, l'Autorité fédérale pourrait-elle, sur la base de cette compétence, adopter des mesures de mitigation, d'adaptation ou de résilience au motif qu'il s'agit de mesures nécessaires pour prévenir des risques pour la sécurité publique ? Nous y reviendrons à nouveau ci-après¹⁸⁶.

43. La compétence de l'Autorité fédérale en matière de sécurité couvre également la « sécurité civile » (« *civiele veiligheid* »), un terme qui reprend ce qui était auparavant visé par la notion de « protection civile » ou « *civiele bescherming* ». Dès lors, les compétences en matière de

182. *Ibid.*

183. « [A]ngezien de bevoegdheid voor veiligheid (quasi-)integraal tot het residu behoort, kunnen we niet bogen op wetteksten of parlementaire voorbereidingen om de draagwijdte van deze bevoegdheid af te bakenen » (*ibid.*, et les références citées en note 22). Voy. également : K. REYBROUCK et S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, op. cit., p. 254 et P. PIETERS, « Openbare veiligheid als exclusief federale bevoegdheid », *Vigiles*, 2012/4, p. 353.

184. K. REYBROUCK, « De bevoegdheid voor veiligheid in het federale België », op. cit., pp. 442-443. L'auteur évoque une « *residuaire bevoegdheid voor de preventieve bescherming op het gebied van de openbare veiligheid* ».

185. Voy. sur cette compétence : S.L.C.E., avis n° 63.296/4 du 2 mai 2018. Voy. pour une définition des infrastructures critiques, l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 2011 relative à la sécurité et la protection des infrastructures critiques, *M.B.*, 15 juillet 2011. Voy. sur cette compétence : K. REYBROUCK et S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, op. cit., pp. 254-259.

186. Voy. *infra*, n°s 45-47.

réglementation, d'organisation, de contrôle et de soutien opérationnel dans le domaine de la sécurité civile relèvent du niveau fédéral. Il en va de même pour l'organisation, le fonctionnement et la coordination de l'assistance et l'élaboration de plans d'urgence et d'intervention¹⁸⁷. Sur cette base, l'Autorité fédérale est compétente pour prendre les mesures nécessaires pour protéger les individus, leurs biens et leur environnement et en assurer la sécurité¹⁸⁸. À nouveau, l'étendue de cette compétence n'est pas autrement détaillée. Une série de dispositions mettant en œuvre cette compétence nous donnent néanmoins des indications sur sa portée. Ainsi, l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile appréhende celle-ci comme « l'ensemble des mesures et des moyens civils, c'est-à-dire destinés à assurer la protection et la survie de la population, ainsi que la sauvegarde du patrimoine national en cas de conflit armé »¹⁸⁹. Aux termes de l'article 3 de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile, cette dernière comprend « l'ensemble des mesures et des moyens civils nécessaires pour accomplir les missions visées par la loi afin de secourir et de protéger en tout temps les personnes, leurs biens et leur espace de vie ». Ces « mesures civiles » sont par ailleurs définies comme des « mesures de nature non policière et non militaire ». Enfin, le préambule de l'arrêté royal du 31 janvier 2003 portant fixation du plan d'urgence pour les événements et situations de crise nécessitant une coordination ou une gestion à l'échelon national fait quant à lui directement référence « à diverses situations de crise (de la vache folle, de la dioxine, de la fièvre aphteuse, etc.) [...] à des calamités, catastrophes (inondations, accidents graves) », ainsi qu'à « des menaces d'attentats terroristes (telles que de nombreuses fausses alertes à l'anthrax) ». Ces circonstances sont considérées comme imposant « un renforcement des structures nationales ».

Dans deux arrêts rendus en octobre 2020, l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État a, quant à elle, considéré que « [l]a "protection civile" est destinée non seulement à assurer la protection et la survie de la population ainsi que la sauvegarde du patrimoine national en cas de guerre, mais aussi à porter aide et assistance en temps de paix lors d'événements calamiteux, de catastrophes et de sinistres, tels que : incendies, inondations et autres

187. K. REYBROUCK, « De bevoegdheid voor veiligheid in het federale België », *op. cit.*, p. 443.

188. K. REYBROUCK et S. STOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, *op. cit.*, pp. 260-261.

189. La loi du 31 décembre 1963 a désormais été abrogée sauf en ce qui concerne ses articles 4, 9, § 2, 10 et 11 (loi du 15 juillet 2018 portant des dispositions diverses Intérieur, M.B., 25 septembre 2018).

fléaux de même nature »¹⁹⁰. Le Conseil d'État a considéré que l'épidémie de COVID-19 relevait de cette catégorie. De même, les événements extrêmes provoqués par le changement climatique relèvent manifestement de la compétence fédérale en matière de sécurité civile. La question est cependant de savoir dans quelle mesure l'Autorité fédérale peut s'appuyer sur cette compétence à titre préventif ou uniquement dans la gestion de ces épisodes catastrophiques.

44. Troisièmement, il faut rappeler que l'Autorité fédérale dispose d'une compétence résiduelle en matière de police (générale, administrative et judiciaire) et de maintien de l'ordre public¹⁹¹. Plus précisément, la compétence de l'Autorité fédérale en matière de police administrative générale (aussi désignée « police de l'ordre public ») comprend l'ensemble des mesures restrictives des droits et des libertés qui visent à assurer la protection de l'ordre public matériel, c'est-à-dire la protection de la sécurité, de la salubrité et de la tranquillité publiques¹⁹². Ainsi décrite, cette compétence se rapproche pour partie de la compétence fédérale précédemment évoquée en matière de sécurité. Sa mobilisation en matière climatique nous paraît donc elle aussi envisageable compte tenu des liens précédemment décrits entre sécurité publique et dérèglement climatique.

2. Une compétence fédérale d'urgence pour faire face à la crise climatique ?

45. De manière exploratoire, les développements qui précèdent visaient à esquisser différentes pistes de mobilisation des compétences fédérales liées à la sécurité dans le domaine climatique. Le potentiel de ces compétences fédérales paraît significatif, eu égard aux dangers que soulève le changement climatique du point de vue de la sécurité et du maintien de l'ordre public. La question se pose néanmoins inévitablement de l'articulation de ces compétences fédérales – potentiellement très larges – avec les compétences des entités fédérées, ces entités détenant, à ce jour, l'essentiel des compétences liées aux politiques climatiques et environnementales. Les contours de cette articulation sont peu définis à ce stade, mais des indications nous paraissent néanmoins

190. C.E. (A.G.), 30 octobre 2020, arrêt *SA Umami*, n° 248.818 et C.E. (A.G.), 30 octobre 2020, arrêt *Verelst et consorts*, n° 248.819.

191. Nous ne reviendrons pas ici sur les autres dimensions de la compétence fédérale générale en matière de sécurité, ni sur les compétences spécifiques (voy. sur ces aspects : K. REYBROUCK, « De bevoegdheid voor veiligheid in het federale België », *op. cit.*, pp. 444-449).

192. P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 569.

pouvoir être trouvées à partir des enseignements constitutionnels de la gestion de la pandémie de la COVID-19. Les mesures fédérales adoptées pour contenir la propagation de la maladie étaient, en effet, fondées sur la compétence fédérale générale en matière de sécurité civile et de maintien de l'ordre public, alors même qu'elles interféraient de manière substantielle avec les compétences des entités fédérées. Ces mesures procédaient d'une lecture audacieuse de la compétence résiduelle de l'Autorité fédérale et des compétences implicites qui y sont liées¹⁹³. La « loi pandémie » paraît valider cette lecture large des compétences implicites de l'Autorité fédérale pour protéger la sécurité de la population et assurer le maintien de l'ordre public¹⁹⁴. Dans son avis sur l'avant-projet de loi, la section de législation du Conseil d'État, réunie en assemblée générale, admet que l'Autorité fédérale peut adopter des mesures sanitaires de gestion d'une épidémie et ce, même si ces mesures ont un impact significatif sur les compétences des autres collectivités publiques.

46. La section de législation a cependant tenu à baliser cette faculté d'empiéter significativement sur les compétences des entités fédérées : les mesures prises par l'Autorité fédérale ne sont admissibles, au regard de la répartition de compétences, que si « l'aspect le plus important de ces mesures, eu égard à leur enjeu, peut être réputé concerner la police sanitaire, la protection civile et/ou la sécurité civile »¹⁹⁵. Trois conditions doivent être réunies à cette fin¹⁹⁶.

Premièrement, l'Autorité fédérale doit respecter le principe de proportionnalité (« corollaire de la loyauté fédérale »), à l'instar de ce qui est le cas dans la matière des droits fondamentaux. Le respect de ce principe est « d'autant plus important en cette matière que les compétences fédérales concernant le maintien de l'ordre public (police sanitaire), la protection civile et la sécurité civile sont à ce point étendues que, par nature, elles sont susceptibles d'avoir une incidence significative dans des domaines relevant de la compétence d'autres autorités ». Selon la section de législation du Conseil d'État, « [l]'exercice

193. À ce titre, elle a été abondamment discutée. Voy. not. M. EL BERHOUMI, S. VAN DROOGHENBROECK et L. LOSSEAU, « Le fédéralisme belge ne connaît pas la crise : la gestion de la pandémie de Covid-19 à l'épreuve de la répartition des compétences », in F. BOUHON, S. WATTIER et E. SLAUTSKY (dir.) *Le droit public belge face à la crise du COVID-19*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 83-139.

194. Loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique, *M.B.*, 20 août 2021.

195. S.L.C.E., avis n° 68.936/AG du 7 avril 2021, § 32.

196. Voy. plus amplement pour un commentaire de ces trois conditions et de l'avis : M. EL BERHOUMI et al., « Le Conseil d'État et l'avant-projet de loi "pandémie" : expiation du passé ou balises pour l'avenir ? », *A.P.T.*, 2021, n° 4, pp. 644-646.

justifié de ces compétences [...] suppose que la décision de l'autorité fédérale soit précédée d'une mise en balance minutieuse, basée sur des connaissances scientifiques, entre les résultats raisonnablement escomptés de la mesure envisagée dans le cadre de la lutte contre une situation d'urgence épidémique, d'une part, et leur incidence dans les domaines politiques ressortissant aux communautés et régions, d'autre part »¹⁹⁷. Concrètement, « il incombe à l'autorité d'établir, en fonction de la nature des faits sur lesquels elle se fonde, de leur gravité et des circonstances de la cause, que la mesure qu'elle envisage de prendre est nécessaire, adéquate et proportionnée : à cet égard, il importe tout particulièrement de s'assurer que les faits et les circonstances de la cause présentent avec les troubles à l'ordre public que tend à prévenir la mesure de police envisagée un rapport suffisamment direct et étroit pour pouvoir justifier celle-ci »¹⁹⁸.

Deuxièmement, lorsque l'Autorité fédérale envisage de prendre une mesure ayant une incidence directe dans des domaines relevant de la compétence matérielle des entités fédérées, il faut qu'elle « consulte préalablement ces autres autorités »¹⁹⁹. Cette consultation peut se réaliser au sein du Comité de concertation.

Troisièmement, l'Autorité fédérale doit veiller « à se limiter strictement aux matières qui peuvent s'inscrire dans ses compétences en matière de police sanitaire, de protection civile ou de sécurité civile et, ce faisant, à ne pas exercer purement et simplement les compétences matérielles d'une autre autorité »²⁰⁰. La section de législation prend le soin de préciser qu'« il ne revient pas à l'autorité fédérale, dans le cadre de la lutte contre une situation d'urgence épidémique, de prendre des mesures, dépourvues de dimension sanitaire, sur le fondement de ses compétences en matière de police administrative, de protection civile et/ou de sécurité civile »²⁰¹. Ainsi, si l'Autorité fédérale pouvait exiger le port du masque, des mesures de distanciation sociale voire demander la fermeture des établissements, elle ne pouvait par exemple pas imposer l'enseignement à distance ou des visites en ligne des musées.

47. Au surplus, pour régler les éventuels conflits entre les normes sanitaires fédérales ainsi adoptées et les normes fédérées, la section de législation du Conseil d'État développe une solution originale : les

197. S.L.C.E., avis n° 68.936/AG du 7 avril 2021, § 33.

198. S.L.C.E., avis n° 63.791/2/V du 6 août 2018 sur un avant-projet de loi « relatif à l'approche administrative communale », obs. gén. 1, b), cité dans S.L.C.E., avis n° 68.936/AG du 7 avril 2021, § 33.

199. S.L.C.E., avis n° 68.936/AG du 7 avril 2021, § 34.

200. *Ibid.*, § 35.

201. *Ibid.*

mesures sanitaires adoptées par les entités fédérées peuvent être plus strictes que celles adoptées par l'Autorité fédérale. En revanche, elles ne peuvent pas en assouplir ou en entraver les effets²⁰². Pour notre propos, il est intéressant de souligner que la section de législation se base sur la nature et l'enjeu des compétences fédérales pour établir cette règle. Aussi estime-t-elle que :

« [d]ans le cadre de la lutte contre une situation d'urgence épidémique, l'exercice des compétences en matière de police sanitaire, de protection civile et de sécurité civile doit en effet permettre de protéger l'ensemble de la population et d'assurer sa survie. L'exercice adéquat et efficace de ces compétences serait rendu impossible si l'autorité fédérale ne pouvait pas prendre de mesures ayant une incidence significative dans des domaines politiques d'autres autorités, étant entendu que les conditions susmentionnées [...], qui visent chacune à protéger les compétences des entités fédérées, sont strictement respectées »²⁰³.

À suivre ce raisonnement, on peut considérer qu'il ressort « indéniablement » de l'avis de l'assemblée générale du Conseil d'État que « l'autorité fédérale est reconnue, fût-ce entre les lignes, comme la plus à même de protéger efficacement la population dans son ensemble et que l'objectif de politique publique qu'elle poursuit justifie la primauté de son intervention »²⁰⁴. De même, pour Jan Velaers, « si on prend au sérieux l'enjeu de cette compétence, ne doit-on pas nécessairement lui reconnaître une certaine primauté ? Ou, pour le dire en boutade : sans population, les autres compétences seraient sans objet. Il n'y a pas de hiérarchie des normes, certes, mais il peut y avoir une hiérarchie des compétences qui découle ou qui est liée au principe de loyauté envers l'État fédéral et l'ensemble de la population nationale »²⁰⁵. Et cet auteur d'illustrer cette considération par un exemple pris en matière climatique : « Supposons qu'en raison du changement climatique, la tempête millénaire annoncée depuis si longtemps provoque l'inondation de la moitié de la Flandre occidentale [...] », « dira-t-on alors [...]

202. S.L.C.E., avis n° 68.936/AG du 7 avril 2021, § 41 ; M. EL BERHOUMI et al., « Le Conseil d'État et l'avant-projet de loi "pandémie" : expiation du passé ou balises pour l'avenir ? », *op. cit.*, p. 646.

203. S.L.C.E., avis n° 68.936/AG du 7 avril 2021, § 37.

204. M. EL BERHOUMI et al., « Le Conseil d'État et l'avant-projet de loi "pandémie" : expiation du passé ou balises pour l'avenir ? », *op. cit.*, p. 648.

205. J. VELAERS, « Conclusion générale – Trois principes fondamentaux de droit constitutionnel, reconsidérés à la suite de la crise du Covid-19 », in F. BOUHON, E. SLAUTSKY et S. WATTIER (dir.), *Le droit public belge face à la crise du COVID-19*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 991. Voy. également : J. VELAERS, « Constitutionele lessen uit de Covid-19-crisis », *T.B.P.*, 2021, p. 538.

que l'autorité fédérale est compétente en matière de police (sanitaire), de protection civile et de sécurité civile » mais qu'elle « ne peut évidemment pas prendre, de manière autonome, des mesures nécessaires, avec un impact grave sur des matières communautaires et régionales ? Je me permets de penser que poser la question, c'est y répondre. Non évidemment : la survie de la population pèse plus lourd que l'autonomie des Communautés et des Régions dans les autres matières »²⁰⁶. La crise de la COVID-19 nous oblige donc à reconsidérer les principes qui guident la répartition des compétences et, au-delà, l'architecture fédérale belge²⁰⁷.

48. La question qui se pose est naturellement de savoir dans quelle mesure on peut appliquer ce qui s'est développé dans un contexte de crise sanitaire à l'actuelle crise climatique et, plus spécifiquement, dans quelle mesure les compétences fédérales en matière de sécurité et la primauté qui peut leur être reconnue dépendent d'une conception de l'urgence et de la crise comme étant inscrites dans une temporalité brève. En effet, comme le soulignent Eva Sevrin et Karel Reybrouck :

*« In het geval van klimaatverandering zijn de effecten van nationaal klimaatbeleid slechts indirect voelbaar op lange termijn. Dit maakt het moeilijker om te argumenteren dat het belangrijkste aspect van gemeenschappelijke klimaatdoelstellingen in een federale klimaatwet betrekking heeft op de federale bevoegdheden voor de openbare ordehandhaving, de civiele bescherming of zelfs de nationale veiligheid. Bovendien is het begrip 'noodsituatie' inherent tijdelijk en beperkt in de tijd, terwijl de klimaatcrisis een langdurig, in menselijke termen zelfs permanent karakter heeft »*²⁰⁸.

Il est vrai que les mesures que l'Autorité fédérale pourrait prendre pour prévenir ou gérer le problème du changement climatique vont, en raison de la nature même de ce problème et de sa permanence, s'inscrire sur un plus long terme et de façon plus durable que celles adoptées dans le cadre de la gestion de la pandémie de COVID-19. En ce sens, on peut considérer qu'elles entretiennent un lien plus distant avec la notion d'urgence, si on l'entend dans un sens temporaire et limité dans le temps. Ces mesures seraient donc moins directement connectées à la compétence fédérale en matière de protection et de sécurité civile, ou à la compétence fédérale en matière de gestion de crise, à tout le moins dans la mesure où la mobilisation de ces compétences

206. *Ibid.*

207. *Ibid.*

208. E. SEVRIN et K. REYBROUCK, « Klimaatverandering als de kanarie in de kolenmijn van het duaal federalisme. Institutionele inspiratie voor een performanter Belgisch klimaatbeleid », *op. cit.*, pp. 323-324.

serait liée à l'existence d'une situation d'urgence²⁰⁹. Dans le même temps néanmoins, les mesures à prendre pour faire face à l'enjeu climatique peuvent plus facilement être qualifiées d'urgentes, et reliées aux compétences fédérales en matière de sécurité, si l'on prend en considération les données scientifiques attestant de ce que la fenêtre de tir pour éviter les plus sombres scénarios est très réduite et risque de se refermer rapidement²¹⁰. Les travaux menés à propos des dérèglements climatiques s'accordent en effet pour considérer que les deux à trois prochaines années seront décisives. En outre, la gravité des risques que fait peser la crise climatique sur la population civile est bien supérieure à celle induite par la pandémie de COVID-19²¹¹. Dans cette perspective, certaines mesures de mitigation, d'adaptation ou de résilience pourraient relever de la compétence fédérale relative à la sécurité civile, dont les contours ont été précisés à la faveur de la crise de la COVID-19.

En somme, nous pensons qu'à partir de la jurisprudence développée par la section de législation du Conseil d'État en rapport avec les mesures sanitaires adoptées pour endiguer la propagation de la COVID-19, une réflexion mériterait d'être menée afin de déterminer si une conception large des compétences fédérales en matière de sécurité pourrait permettre à l'Autorité fédérale d'adopter des mesures de mitigation de la crise climatique, certaines mesures de résilience, voire d'adaptation, même sur des plans qui paraîtraient à première vue relever de la compétence d'autres niveaux de pouvoir. L'admissibilité de telles mesures devrait alors être envisagée au cas par cas, selon une logique s'inspirant du raisonnement tenu par la section de législation du Conseil d'État en rapport avec la loi pandémie.

On devra néanmoins prêter attention, dans ce raisonnement par analogie, à ne pas réduire les compétences fédérales de gestion de la crise climatique ainsi « découvertes » à des mesures purement réactives, de gestion de crise. Comme nous avons eu l'occasion de le souligner tout au long de cette contribution, le dérèglement climatique appelle certes une réflexion sur ce type de mesures, mais aussi, voire surtout, sur des

209. C. JENART, « De nuanceren van het autonomiebeginsel in de Belgische bevoegdheidsverdeling door de adviespraktijk van de afdeling Wetgeving van de Raad van State », in C. JENART et al. (dir.), *De Grondwet: een historische en functionele benadering*, op. cit., p. 29.

210. Voy. UN Environment Program, *Emissions Gap Report 2022*, op. cit., p. 1 : « the IPCC reports send a reverberating message that the window of opportunity to limit global warming to well below 2 °C, preferably 1,5 °C, thereby avoiding some unmanageable climate risks, is closing rapidly ».

211. E. SEVRIN et K. REYBROUCK, « Klimaatverandering als de kanarie in de kolenmijn van het dual federalisme. Institutionele inspiratie voor een performanter Belgisch klimaatbeleid », op. cit., pp. 323-324.

mesures plus préventives, d'atténuation et de mitigation, qui permettent d'éviter que les autorités publiques ne soient condamnées à ne pouvoir agir que lorsqu'il est trop tard. La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Verein Klimaseniorinnen*, a d'ailleurs insisté sur ces mesures préventives en considérant que « le devoir primordial de l'État est d'adopter, et d'appliquer effectivement et concrètement, une réglementation et des mesures aptes à atténuer les effets actuels et futurs, potentiellement irréversibles, du changement climatique »²¹², considérant que « les États contractants doivent mettre en place la réglementation et les mesures nécessaires » pour prévenir une augmentation des émissions de gaz à effet de serre et les risques associés à l'élévation des températures²¹³. La Cour considère que, dans ce domaine, « les pouvoirs publics sont tenus d'agir en temps utile et de manière appropriée et cohérente »²¹⁴ ; des mesures de gestion de crise purement réactives ne paraissent pas répondre aux critères dégagés par la Cour pour évaluer le caractère approprié et cohérent des mesures en matière climatique²¹⁵.

B. Une compétence fédérale résiduelle en matière climatique ?

49. À côté des compétences fédérales liées à la sécurité au sens large et dont les potentielles implications climatiques viennent d'être évoquées, la question se pose de savoir s'il est possible d'identifier, à droit constant, une compétence fédérale résiduelle dont l'objet serait la protection du climat en tant que tel²¹⁶. Cela n'a rien d'inconcevable. Comme le démontrent Karel Reybrouck et Eva Sevrin, dans d'autres États fédéraux dualistes, l'Autorité fédérale s'est vu reconnaître une telle compétence résiduelle en matière climatique²¹⁷. Ainsi, la Cour suprême du Canada a considéré que l'Autorité fédérale disposait, à titre résiduel, d'une compétence pour organiser un système de tarification du carbone. La loi fédérale fixe un prix pour les émissions de gaz à effet de serre en établissant des normes minimales contraignantes pour le

212. Cour eur. D.H. (gde ch.), 9 avril 2024, *Verein Klimaseniorinnen c. Suisse*, § 545.

213. *Ibid.*, § 546.

214. *Ibid.*, § 548.

215. Voy. sur ces critères, l'introduction de cette contribution.

216. Évidemment, rien n'empêche le Constituant ou le législateur spécial de reconnaître expressément l'existence d'une telle compétence, mais les lignes qui suivent s'attachent à démontrer qu'une telle compétence peut déjà être lue dans l'ordre juridique existant.

217. E. SEVRIN et K. REYBROUCK, « Klimaatverandering als de kanarie in de kolenmijn van het dual federalisme. Institutionele inspiratie voor een performanter Belgisch klimaatbeleid », *op. cit.*, p. 325.

Gouvernement fédéral et les entités fédérées. Elle contraint ensuite ces dernières à introduire leur propre système de tarification des émissions de gaz à effet de serre ou à adopter celui établi par le Gouvernement fédéral²¹⁸. En 2021, dans sa décision *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, la Cour suprême canadienne a confirmé que la fixation d'un système de tarification du carbone relevait bien de la compétence fédérale résiduelle dès lors qu'elle présentait un certain degré de « *singleness, distinctiveness and indivisibility* »²¹⁹. Outre l'exemple canadien, on peut également citer la jurisprudence constitutionnelle allemande, qui non seulement reconnaît une compétence fédérale résiduelle en matière de fixation d'objectifs climatiques, mais qui va même plus loin en exigeant l'intervention du législateur fédéral allemand au nom du principe de légalité (formelle)²²⁰.

50. On sait qu'en Belgique, la section de législation du Conseil d'État a rejeté l'idée d'une compétence résiduelle fédérale en matière de fixation d'objectifs chiffrés de réduction des émissions de gaz à effet de serre²²¹. La question se pose, néanmoins, de savoir si cette prise de position ne mériterait pas d'être revue à la lumière de plusieurs développements récents. Cette jurisprudence est, en effet, antérieure aux développements de la jurisprudence constitutionnelle d'autres États sur ce point. De plus, lorsque la section de législation a retoqué la loi spéciale « climat », les principes sur lesquels elle s'est appuyée, à savoir l'autonomie, l'indisponibilité et l'exclusivité, n'étaient pas remis en question comme ils le sont aujourd'hui²²². Enfin, le jugement sévère porté sur la gouver-

218. *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act* (Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre), S.C. 2018, c. 12, s. 186.

219. Cour suprême du Canada, *Renvoi relatif à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 25 mars 2021, [2021] S.C.C. 11, §§ 172-180.

220. On soulignera cependant que le fédéralisme allemand n'embrasse pas le modèle dualiste, ce qui le distingue du fédéralisme belge ; voy. Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, arrêt du 24 mars 2021 (*Neubauer*), n° 1 BvR 2656/18 ; C. ROMAINVILLE, « Look up ! Quand la Cour constitutionnelle fédérale allemande refuse le déni climatique », *R.B.D.C.*, 2021/4, pp. 469-470 et C. ROMAINVILLE, « Le fédéralisme coopératif belge et sa pratique en matière climatique », *op. cit.*, pp. 100-101.

221. S.L.C.E., avis n°s 65.404/AG et 65.405/AG du 4 mars 2019, § 13. Si la section de législation paraît exclure l'idée d'une compétence résiduelle en la matière, elle identifie la reconnaissance d'une telle compétence fédérale comme l'une des pistes pour fixer des principes et objectifs généraux de la politique climatique : « [e]n vertu des articles 39, 127, 1°, et 128, 2°, de la Constitution, le législateur spécial pourrait également réserver au législateur fédéral le pouvoir de fixer les objectifs climatiques, comme une exception aux compétences en matière climatique dont disposent les communautés et régions. Ainsi, le législateur spécial n'exercerait pas lui-même les compétences en matière climatique, mais se limiterait au rôle qui est le sien, à savoir attribuer les compétences (en l'occurrence de manière négative) aux communautés et régions ».

222. Voy. notamment dans cet ouvrage : la contribution de Y. MOSSOUX et C. NENNEN. Voy. également : K. REYBROUCK, *Een moderne bevoegdheidsverdeling voor het federale België. Naar een balans tussen dual en coöperatief federalisme*, *op. cit.* ; G. ROLLAND

nance climatique belge par les juridictions de l'ordre judiciaire qui ont eu à en connaître souligne en des termes forts l'impasse actuelle. En d'autres termes, le besoin d'apporter une réponse juridique nouvelle à ce problème structurel se pose avec une acuité renforcée.

Par voie de conséquence, il ne nous semble pas impossible que la Cour constitutionnelle puisse un jour considérer que la fixation de principes et d'objectifs généraux en matière climatique n'est pas une compétence éclatée entre tous les niveaux de pouvoir, mais bien une compétence fédérale résiduelle : cette compétence n'a en effet été formellement attribuée ni aux régions, ni aux communautés²²³. On peut en outre raisonnablement considérer qu'il s'agit d'une matière nouvelle, en ce qu'elle porte sur une thématique apparue après la fixation de la répartition des compétences en matière d'environnement, ce qui plaide en faveur d'une catégorisation en tant que compétence résiduelle de l'Autorité fédérale. En outre, comme le soulignent Eva Sevrin et Karel Reybrouck, il s'agit d'une matière qui présente un caractère « unique et distinctif », de sorte qu'il est recommandable de la considérer comme une compétence à part entière²²⁴.

C. Vers l'introduction de compétences concurrentes ?

51. Les propositions développées jusqu'ici prennent certes quelque distance avec le principe d'exclusivité des compétences, notamment en ce qui concerne la compétence fédérale résiduelle d'urgence en matière de climat. Elles s'inscrivent cependant dans le droit positif, que nous avons interprété à la lumière des impératifs d'une bonne gouvernance climatique. Il s'agit maintenant d'envisager plus franchement encore la possibilité de rompre avec les axiomes du fédéralisme dualiste et en particulier avec les principes d'autonomie, d'exclusivité, et d'indisponibilité des compétences pour fonder une possibilité accrue d'action de l'Autorité fédérale dans le domaine climatique. Les développements

et C. ROMAINVILLE, « Voyage au cœur de la notion de "loi spéciale" ». Les propositions de loi spéciale "climat" et la section de législation du Conseil d'État », *op. cit.*, pp. 286-309. Voy. déjà : H. DUMONT et al., « L'interprétation des juges constitutionnels. La politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. 2017, n° 33, pp. 182-185 ; A. HÉRAUT et A.-S. RENSON, « Fédéralisme et exclusivité des compétences », *op. cit.*, pp. 21-39.

223. Et le fait que ces entités paraissent se comporter comme si cette compétence était éclatée n'y change rien, dès lors que les compétences sont, en droit belge, indisponibles.

224. E. SEVRIN et K. REYBROUCK, « Klimaatverandering als de kanarie in de kolenmijn van het dual federalisme. Institutionele inspiratie voor een performanter Belgisch klimaatbeleid », *op. cit.*, p. 327.

qui suivent sont donc davantage propositionnels, *de lege ferenda*²²⁵, que ceux qui précèdent, même si les propositions reprises ci-après recoupent en partie celles qui peuvent découler d'une réinterprétation du droit positif telle qu'on l'a précédemment défendue.

52. L'introduction de compétences concurrentes suppose, d'une part, d'accepter que les entités fédérées, comme l'Autorité fédérale, puissent intervenir dans un même domaine de compétence et, d'autre part, de reconnaître, le plus souvent, une primauté aux règles fédérales en cas de conflit avec les interventions des différentes entités fédérées ou en cas de carence de certaines entités dans le domaine visé²²⁶. Les compétences-cadres constituent, pour leur part, une déclinaison des compétences concurrentes. Lorsqu'elle dispose d'une telle compétence-cadre, « la collectivité fédérale est habilitée à fixer un cadre ou des règles générales qui s'imposent aux autres législateurs ». Ces compétences-cadre peuvent être « consacrées expressément » par le législateur spécial ou la Constitution, ou découler de la jurisprudence²²⁷.

53. Pour surmonter les difficultés et les blocages dans la prise de décision climatique en Belgique tels que ceux-ci ont été documentés dans la deuxième partie de cette contribution, il convient d'examiner sérieusement la possibilité d'introduire de telles compétences concurrentes ou cadre pour la répartition des efforts de réduction des gaz à effet de serre entre les entités fédérées et l'Autorité fédérale, pour déterminer les grands principes et objectifs en matière climatique et énergétique, voire pour fixer un cadre pour la politique énergétique. De telles compétences concurrentes peuvent également s'envisager s'agissant des efforts d'adaptation, à tout le moins pour ce qui concerne le cadre général.

Ne soyons pas naïfs. L'introduction de compétences concurrentes ne permettra pas de surmonter toutes les difficultés que posent les défis transversaux, notamment parce que leur appréhension risque de provoquer des blocages au niveau du Gouvernement fédéral, pour les motifs

225. Voy. également les propositions de Y. MOSSOUX et C. NENNEN dans le présent ouvrage ainsi que K. REYBROUCK, *Een moderne bevoegdheidsverdeling voor het federale België. Naar een balans tussen dual en coöperatief federalisme*, op. cit.

226. Voy. K. REYBROUCK et C. ROMAINVILLE, « Le débat sur la hiérarchie fédérale en Belgique. Nécessaire en temps de crise et en temps ordinaire ? », *Leuven Blog for Public Law*, 19 juin 2021, accessible sur <https://www.leuvenpubliclaw.com/le-debat-sur-la-hierarchie-federale-en-belgique-necessaire-en-temps-de-crise-et-en-temps-ordinaire/>. Voy. également, des mêmes auteurs : « Vers une hiérarchie entre État fédéral et entités fédérées ? », *Le Soir*, 3 juin 2021, (également publié sous la forme : « Krijgt het federale niveau de dirigeerstok van België? », *de Standaard*, 7 juin 2021).

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

déjà évoqués²²⁸, ou encore parce que ce dernier peut ne plus détenir l'expertise suffisante pour agir dans un champ des politiques publiques pour lequel il ne dispose pas de la compétence exclusive.

54. Si l'on admet cette piste, néanmoins, il reste à s'interroger sur les contours précis de la compétence fédérale concurrente (ou cadre) climatique. À notre sens, elle pourrait porter sur la fixation des principes et objectifs en matière climatique et énergétique en vue d'éviter un climat dangereux. Construire la compétence fédérale dans ce domaine par référence à des objectifs ne paraît pas poser de difficulté en soi. En droit constitutionnel belge, en effet, les compétences sont réparties selon plusieurs critères, sans épouser de méthode stricte²²⁹. De nombreuses compétences des régions intimement liées à la question climatique sont ainsi déjà définies en termes d'objectifs (la « protection de l'environnement », « la protection et la conservation de la nature » ; « l'utilisation rationnelle de l'énergie » ; « la protection contre les radiations ionisantes, en ce compris les déchets radioactifs »), tandis que d'autres sont définies par rapport à des politiques publiques déterminées (politique des déchets, politique agricole, etc.). En d'autres termes, bien que l'objet visé par la législation sert généralement de référence pour qualifier les compétences plutôt que l'objectif poursuivi par le législateur, une analyse au cas par cas des compétences montre que cette distinction entre objet et objectif est loin d'être aussi claire qu'il n'y paraît²³⁰. Rien n'interdit, dès lors, d'envisager de recourir à ce procédé pour déterminer les contours d'une éventuelle compétence concurrente climatique qui serait instituée au profit de l'Autorité fédérale.

55. Alternativement, si cette piste de la compétence concurrente ne pouvait se matérialiser, les procédures d'avis conforme permettraient également d'atténuer le risque de blocage que fait naître la dynamique bipolaire du fédéralisme belge. On pourrait ainsi imaginer que les propositions des entités fédérées en termes de réduction ou de trajectoire soient soumises à l'avis conforme du Gouvernement fédéral, voire que toute décision ayant un impact décisif sur la question climatique y soit soumise. Politiquement, il serait sans doute moins complexe de prévoir

228. Voy. *supra*, n° 35.

229. « Ont servi d'aiguillons, au gré des matières transférées, les objectifs, les institutions, les catégories de la population, les activités humaines, les espaces géographiques, les politiques publiques, les branches du droit, les instruments ou figures juridiques ou encore la référence à des législations et réglementations existantes, étant entendu que plusieurs critères peuvent se combiner allègrement dans une joyeuse cacophonie » (M. EL BERHOUMI, C. ROMAINVILLE et N. BERNARD, « Les sources de la répartition des compétences », *op. cit.*, pp. 62-65).

230. M. EL BERHOUMI, C. ROMAINVILLE et N. BERNARD, « Les sources de la répartition des compétences », *op. cit.*, pp. 70-71.

des procédures d'intervention de l'Autorité fédérale en amont plutôt qu'*a posteriori*. Cette piste offrirait des possibilités accrues d'articulation des politiques menées au niveau des différentes entités fédérées et de l'Autorité fédérale et pourrait permettre de développer des mécanismes favorisant la prise de décision consensuelle et dans le dialogue. Il s'agirait ainsi d'éviter le blocage de mesures jugées insuffisamment ambitieuses en mettant l'accent sur les mécanismes permettant de rehausser les ambitions.

D. La sanction du non-respect de règles fédérales (exclusives ou concurrentes) en matière climatique

56. Dès lors que l'on admet, *de lege lata* ou *de lege ferenda*, l'existence d'une compétence – attribuée, résiduelle, concurrente ou cadre – de l'Autorité fédérale en matière climatique²³¹, il reste à envisager les sanctions possibles en cas de violation des règles fédérales. Au contentieux objectif, le non-respect de ces règles fédérales pourrait d'abord être constaté par le Conseil d'État ou la Cour constitutionnelle, conformément aux principes qui président au contrôle du respect des règles répartitrices de compétence. On peut aussi imaginer que les juridictions judiciaires contribuent à ce contrôle, dans le cadre du contentieux subjectif. Cet examen devrait vraisemblablement se décliner selon des modalités renouvelées, compte tenu du caractère inédit, dans le contexte fédéral belge, des types de compétences en jeu. À titre d'illustration, la question du respect par une entité fédérée des objectifs de réduction de gaz à effet de serre qui lui auraient été assignés par l'Autorité fédérale ne traduit pas un conflit classique de normes émanant de différents niveaux de pouvoir.

Dans la perspective d'un tel contrôle, il s'agirait d'abord de réfléchir à l'expertise technique qui serait mise à la disposition de la Cour constitutionnelle ou du Conseil d'État pour leur permettre de mener à bien l'évaluation des normes qui s'écarteraient des normes fédérales ayant établi le partage de l'effort. De ce point de vue, la mise en place en Belgique de conseils climatiques composés d'experts indépendants est de nature à aider ces juridictions²³².

231. Par exemple celle de fixer les grands principes et objectifs dans cette matière (et notamment les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre), voy. *supra*, sous-sections B et C.

232. E. SLAUTSKY, « Overcoming Short-Termism in Democratic Decision-Making in the Face of Climate Change: a Public Law Approach », *French Yearbook of Public law*, 2023, n° 1, pp. 253-269.

De plus, on doit rappeler que la Cour constitutionnelle ne peut être saisie qu'endéans un délai de 6 mois à dater de la publication de la norme, tandis que le Conseil d'État doit être saisi dans un délai de soixante jours. Or, il est possible d'imaginer que des effets négatifs en termes d'émissions de gaz à effet de serre ne soient constatés qu'au-delà de ce délai. Des exemples étrangers et, notamment, celui du Conseil d'État français, montrent cependant que les juges sont en mesure de développer un contrôle de la trajectoire future que prendront les émissions de gaz à effet de serre d'un pays à politiques publiques inchangées. Dès lors, ils peuvent apprécier si cette trajectoire revêt un caractère satisfaisant au regard des obligations climatiques qui s'imposent à ce pays et suivre, ensuite, l'évolution des engagements pris par les pouvoirs publics pour se conformer à la décision de justice en cas de manquements observés²³³. Ce contrôle est cependant facilité lorsque les juges disposent d'outils effectifs pour apprécier les normes adoptées par les pouvoirs publics, mais également l'absence de telles normes. Du point de vue de la justiciabilité, la possibilité d'introduire un recours en carence est de nature à renforcer le respect des engagements climatiques auxquels une collectivité publique souscrit.

57. En cas de non-respect par une entité fédérée des dispositions adoptées au niveau fédéral, une sanction d'ordre financier pourrait aussi être envisagée en complément du contrôle juridictionnel ou comme alternative à celui-ci. On raisonnerait alors par analogie avec le mécanisme de responsabilisation récemment supprimé²³⁴. C'est par ailleurs la voie suivie par l'Union européenne dans son plan de relance, à tout le moins sur le plan des principes²³⁵.

Une autre possibilité, très proche, serait de « récompenser », toujours sur le plan financier, les entités qui se montrent responsables en matière climatique. On pourrait s'appuyer sur le rapport d'information

233. E. SLAUTSKY, « L'affaire commune de Grande-Synthe : quand le juge contrôle les moyens mis en œuvre par les pouvoirs publics pour atteindre leurs objectifs climatiques », in M.-S. DE CLIPPELE et D. MISONNE (dir.), *Les grands arrêts inspirants en droit de l'environnement*, Bruxelles, Larcier, 2024, pp. 67-84.

234. Voy. sur ce mécanisme : M. EL BERHOUMI et C. NENNEN, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme », *op. cit.*, pp. 68-69.

235. La conditionnalité budgétaire appliquée par la Commission dans le cadre du Plan de relance n'est pas propre aux engagements climatiques mais s'étend à d'autres domaines dont le respect des principes de l'état de droit (par exemple pour la Hongrie) ou la soutenabilité des réformes en matière de retraites (par exemple pour la Belgique). Sur ces deux dernières questions, voy. not. L. FROMONT et A. VAN WAEYENBERGE, « Trading Rule of Law for Recovery? The New EU strategy in the post-Covid era », *European Law Journal*, pp. 132-147 ; Q. DETIENNE, « Next Generation EU ou le nouveau "pouvoir de la bourse" de la Commission en matière sociale. L'exemple des retraites en Belgique », in S. ADALID, *Relance et Transition(s) : le nouvel âge de l'intégration*, Paris, Bruylant, 2024 (à paraître).

établi par le Sénat en 2015-2016, qui recommandait « que chaque entité contribue selon ses spécificités à l'effort climatique »²³⁶ et « de répartir le produit des enchères *au prorata* de l'effort de réduction en termes absolus des différentes entités »²³⁷. Selon Mathias El Berhoumi et Célia Nennen, « [c]ette dernière recommandation est innovante. Par-là, le Sénat cherche à objectiver le partage des recettes ETS. Notons que jusqu'ici, la répartition de ces recettes n'était que très partiellement basée sur des critères objectifs. De même que pour la répartition des charges, il s'agissait davantage d'un marchandage politique. Sans clé de répartition objective des efforts, les entités sont invitées à négocier entre elles, sur des bases inconnues, avec le succès qu'on leur connaît en la matière. En ce sens, il paraît évident que l'objectivation de la répartition des charges et des recettes contribuerait de manière non négligeable à l'accélération des accords politiques portant sur ce sujet »²³⁸.

§ 3. Fixer des objectifs contraignants dans la Constitution ou la loi spéciale ?

58. À côté des propositions consistant à renforcer le rôle de l'Autorité fédérale en matière climatique, il serait également envisageable de consacrer des objectifs ou des principes en matière climatique dans la Constitution belge ou dans une loi spéciale, moyennant l'adoption d'une habilitation constitutionnelle en ce sens. En effet, dans un avis rendu en 2019 à propos des lois spéciales « climat », la section de législation du Conseil d'État a exclu la possibilité pour le législateur spécial, en l'état actuel de ses habilitations constitutionnelles, de fixer pareils objectifs²³⁹. Dans les lignes qui suivent, nous examinerons donc l'opportunité d'inscrire des principes climatiques dans la Constitution, par exemple à l'article 7*bis*, dont on rappellera ici qu'il est, à nouveau, ouvert à révision, ou d'y consacrer expressément la compétence du législateur fédéral de fixer pareils principes et objectifs.

236. Recommandation 18, voy. *Doc.*, Sén., 2016-2017, n° 6-253/2, pp. 172-174.

237. Recommandation 20, voy. *ibid.*, pp. 177-181.

238. M. EL BERHOUMI et C. NENNEN, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme », *op. cit.*, p. 71.

239. Voy. S.L.C.E., avis n° 65.404/AG et 65.405/AG du 4 mars 2019, § 2.12 : « Une première possibilité consiste à laisser au Constituant le soin de fixer lui-même les objectifs climatiques. Ceux-ci pourraient être inscrits à l'article 7*bis* du titre I^{er}*bis* de la Constitution "Des objectifs de politique générale de la Belgique fédérale, des communautés et des régions" [...]. Cet article impose d'ores et déjà à l'État fédéral, aux communautés et aux régions de poursuivre "les objectifs d'un développement durable, dans ses dimensions sociale, économique et environnementale, en tenant compte de la solidarité entre les générations". Le Constituant pourrait fixer lui-même des objectifs climatiques contraignants précis à l'article 7*bis* de la Constitution ».

Ces propositions font écho aux diverses discussions parlementaires qui ont animé la toute fin de législature, en mai 2024, sur la portée juridique de l'article 7*bis*²⁴⁰, ainsi que sur la nature des objectifs qui y sont consacrés²⁴¹. Dans son exposé introductif du projet de déclaration gouvernementale de révision, la Ministre Verlinden estime ainsi que « [l']article 7*bis* sur le développement durable peut être modernisé en se concentrant sur une transition équitable vers une société climatiquement neutre, sur l'économie circulaire et sur la fin de la perte de la biodiversité »²⁴². Une députée de la majorité y a souligné la nécessité d'une révision de cette disposition considérant que cette disposition devrait devenir « la pierre angulaire d'une politique climatique efficace et coordonnée entre le niveau fédéral et les entités fédérées »²⁴³.

59. Il pourrait par exemple être envisagé d'ancrer dans la Constitution des objectifs précis en matière de réduction des gaz à effet de serre, ou, comme cela fut suggéré dans les débats sur le projet de déclaration gouvernementale de révision, des principes visant à garantir une transition juste²⁴⁴. À l'échelle internationale, de telles dispositions semblent déjà exister, avec l'avantage qu'elles permettent, lorsqu'elles sont rédigées de manière précise, de contraindre la marge de manœuvre des gouvernants d'une manière plus efficace que lorsqu'elles établissent des objectifs environnementaux en termes plus généraux²⁴⁵. Cette piste appelle néanmoins quelques observations.

Il est vrai que la Constitution est l'instrument par excellence dans lequel sont consignés les objectifs que doivent poursuivre les pouvoirs publics de même que les limites à l'action de ces pouvoirs²⁴⁶. Inscrire dans la Constitution des objectifs climatiques précis permettrait de les

240. On se souviendra que des débats assez vifs ont entouré la question de la portée de cette disposition, et notamment la question de savoir si elle s'accompagne d'un effet de *standstill*, à l'occasion de la révision de l'article 7*bis* pour y intégrer le bien-être animal (voy. Doc., Ch. repr., 2023-2024, n° 3719/002, pp. 8 et s. pour la discussion sur l'effet de *standstill* ; voy. également la séance plénière du 2 mai 2024 (CRIV 55 PLEN 304) ou encore la discussion sur le projet de déclaration de révision (Doc., Ch. repr., 2023-2024, n° 4018/001, p. 31)).

241. Voy. les discussions autour de l'insertion de l'article 7*bis* dans la déclaration de révision la Constitution : Doc., Ch. repr., 2023-2024, n° 4018/001, p. 13.

242. Doc., Ch. repr., 2023-2024, n° 4018/001, p. 13.

243. *Ibid.*, p. 27.

244. *Ibid.*, p. 13.

245. R. LEVY, « Fixed Constitutional Commitments: Evaluating Environmental Constitutionalism's "New Frontier" », *Melbourne University Law Review*, 2022, vol. 46, n° 1, pp. 88-122.

246. H. DUMONT, « La Constitution : la source des sources, tantôt renforcée, tantôt débordée », in I. HACHEZ et al., *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, *Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis, 2012, pp. 101-189.

rendre contraignants pour les pouvoirs publics, sans que les contingences de la décision politique quotidienne permettent d'y déroger.

Cela étant dit, la Constitution est une norme rigide par définition, ce qui pose le problème de l'adaptation des objectifs assignés aux pouvoirs publics dans un contexte d'urgence climatique qui évolue rapidement. On doit rappeler que la section de législation du Conseil d'État, se prononçant sur la loi d'assentiment au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) et sur sa traduction dans l'ordre juridique belge, s'était montrée critique quant à la consécration des règles de rigueur budgétaire dans le marbre de la Constitution. Il s'agissait précisément de souligner les risques attachés au manque de flexibilité de la procédure constitutionnelle « compte tenu notamment de la possibilité pour ces 'principes communs' d'évoluer dans le temps, en fonction notamment des fluctuations de la conjoncture économique »²⁴⁷.

De plus, la formulation des objectifs climatiques dans des termes constitutionnels et l'attribution des responsabilités entre les différents niveaux de pouvoirs n'ont rien d'évident. Si des objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre à l'horizon 2030 ou 2050, par exemple, sont inscrits dans la Constitution, faut-il également prévoir dans la norme suprême la répartition entre les entités fédérées et l'Autorité fédérale de l'effort à fournir ou, à tout le moins, les paramètres sur la base desquels celle-ci devrait être arrêtée ? Ou cette question doit-elle être laissée à l'appréciation et à la négociation des entités concernées, avec le risque que les blocages actuels se reproduisent ? Dès lors que des objectifs clairs de réduction des émissions de gaz à effet de serre ou de développement des énergies renouvelables s'imposent déjà à la Belgique et aux différents pouvoirs publics en vertu du droit européen, leur répétition dans le texte constitutionnel n'aurait qu'une faible plus-value. Le constat serait néanmoins différent si les objectifs belges se voulaient plus ambitieux que ceux établis au niveau européen ou si la question de la répartition de la charge entre les collectivités politiques était tranchée par les dispositions constitutionnelles ou confiée au législateur fédéral.

Enfin se pose la question du contrôle de ces normes constitutionnelles. La Cour constitutionnelle pourrait en garantir le respect par les normes législatives. Ceci demanderait sans doute une adaptation des formes de son contrôle aux spécificités et à la complexité des questions climatiques. On a évoqué plus haut certaines de ces spécificités,

247. S.L.C.E., avis n° 51.725 du 18 septembre 2012, § 8.4.2.

notamment concernant l'expertise nécessaire sur les questions climatiques et environnementales²⁴⁸.

60. Compte tenu des difficultés épinglées, la consécration des principes et objectifs climatiques dans une loi spéciale constitue une alternative intéressante à explorer. Dès lors que la section de législation du Conseil d'État a exclu que le législateur spécial fixe pareils objectifs en se basant sur les compétences actuelles que lui confie la Constitution en matière de répartition des compétences, il lui faut désormais disposer d'une habilitation constitutionnelle spécifique²⁴⁹. Il y aurait donc d'abord lieu de réviser la Constitution pour établir clairement la compétence du législateur spécial sur ce point²⁵⁰. On précisera cependant que la fixation des objectifs et des limites en matière climatique dans une loi spéciale appelle *mutatis mutandis* les mêmes remarques que leur reconnaissance dans le texte de la Constitution. En termes de rigidité notamment, la procédure de révision d'une loi spéciale est, on le sait, à certains égards, plus exigeante que celle fixée par l'article 195 pour réviser la Constitution en ce qu'elle exige une majorité dans chaque groupe linguistique au sein du Parlement fédéral²⁵¹. À d'autres égards, en revanche, elle est moins exigeante, en particulier parce qu'une révision de la loi spéciale peut intervenir au cours d'une seule législature, sans qu'une déclaration préalable de révision de ses dispositions soit nécessaire.

§ 4. Faire évoluer le fédéralisme belge d'une logique de confrontation à une logique de coopération ?

61. La dernière piste que nous évoquerons dans le cadre de cette contribution afin d'améliorer la gouvernance climatique dans la Belgique fédérale consiste à inscrire l'obligation de conclure un accord de coopération en matière climatique à l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980. À ce stade en effet, ni le législateur spécial ni la Cour constitutionnelle

248. Voy. *supra*, n° 56.

249. Voy. pour une discussion de cette interprétation : G. ROLLAND et C. ROMAINVILLE, « Voyage au cœur de la notion de "loi spéciale" ». Les propositions de loi spéciale "climat" et la section de législation du Conseil d'État », *op. cit.*, pp. 296-306.

250. Selon la section de législation du Conseil d'État : le Constituant « pourrait également prévoir que l'État, les communautés et les régions sont tenus de respecter les objectifs climatiques contraignants définis dans une loi à majorité spéciale ou dans une loi à majorité simple. Le Constituant pourrait également prescrire à cet égard que le législateur (spécial) ne peut fixer les objectifs climatiques qu'après concertation, participation, avis conforme ou accord des communautés et régions » (S.L.C.E., avis nos 65.404/AG et 65.405/AG du 4 mars 2019, § 2.12).

251. Art. 4 Const.

ni la section de législation du Conseil d'État n'ont établi une obligation de coopération concernant la politique climatique belge²⁵².

La conclusion d'accords de coopération répond à la nécessité impérieuse de disposer d'un contrepoids à la logique du fédéralisme dualiste. Ces instruments du fédéralisme coopératif permettent d'atténuer les effets négatifs induits par la fragmentation et le cloisonnement des compétences exclusives là où le besoin d'une politique commune ou d'une action conjointe se fait sentir²⁵³, notamment sous l'impulsion du droit européen²⁵⁴. Dans le paysage institutionnel actuel, la coopération est réputée « compléter » le principe d'exclusivité des compétences, qui implique que toute situation juridique est réglée par un seul législateur, à l'exclusion de tous les autres²⁵⁵. Il s'agit donc de mettre l'accent « sur la complémentarité et la coopération plutôt que sur le cloisonnement »²⁵⁶.

À droit constant, renforcer la coopération au moyen d'accords de coopération obligatoires est une piste fragile, compte tenu de certaines limites inhérentes au système fédéral dualiste. Premièrement, le principe d'indisponibilité des compétences fige la répartition des compétences et empêche l'élaboration de mécanismes de coopération intégrés. Deuxièmement, la justiciabilité des accords de coopération reste incertaine, tant que la portée du principe de la loyauté fédérale n'a pas été clarifiée sur ce plan²⁵⁷. Troisièmement, l'importance du principe d'autonomie dans le fédéralisme dualiste belge implique qu'aucune autorité ne peut jouer un rôle de coordinateur – pas même l'Autorité fédérale²⁵⁸. Quatrièmement, on peut pointer la nécessité d'obtenir le consentement de chacune des parties, ce qui fait constamment planer le risque d'échec sur les négociations inter-fédérales et conduit souvent à des résultats politiques sous-optimaux, les parties se ralliant au plus petit dénominateur commun²⁵⁹.

252. E. SEVRIN et K. REYBROUCK, « Klimaatverandering als de kanarie in de kolenmijn van het dual federalisme. Institutionele inspiratie voor een performanter Belgisch klimaatbeleid », *op. cit.*, p. 310.

253. Voy. D. SINARDET, « De "joint decision trap" van het Belgische coöperatief federalisme », *op. cit.*, p. 45.

254. *Ibid.*

255. Voy. sur ce principe A.-S. RENSON et A. HÉRAUT, « Fédéralisme et exclusivité des compétences », *op. cit.*, pp. 21-39.

256. Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 747.

257. Voy. sur ce point, pour davantage de développements : C. ROMAINVILLE, « Le fédéralisme coopératif belge et sa pratique en matière climatique », *op. cit.*, pp. 59-101.

258. E. SEVRIN et K. REYBROUCK, « Klimaatverandering als de kanarie in de kolenmijn van het dual federalisme. Institutionele inspiratie voor een performanter Belgisch klimaatbeleid », *op. cit.*, p. 309.

259. D. SINARDET, « De "joint decision trap" van het Belgische coöperatief federalisme », *op. cit.*, p. 46.

En d'autres termes, même obligatoires, les accords de coopération ne sont susceptibles d'offrir une solution pérenne aux écueils actuels de la gouvernance climatique qu'à la condition que le système fédéral belge passe d'une logique de confrontation à une logique de coopération. Or, il est permis de douter que cet environnement propice se réalise spontanément, en particulier en matière climatique. En effet, à ce stade, « *[i]n de duale context van de autonomie-nevenschikking-exclusiviteitsdrieluik, ontstaat een situatie waarin de gewesten en de federale overheid zich tot elkaar lijken te verhouden als soevereine staten, die de klassieke obstakels voor klimaatbeleid niet kunnen overwinnen* »²⁶⁰. Mathias El Berhoumi et Célia Nennen vont en ce sens également. Aussi notent-ils que dans le cadre du fédéralisme actuel, « les partenaires sont condamnés à s'entendre pour régler en commun des politiques transversales. Or [...], la boîte à outils du fédéralisme coopératif est affectée d'une série de lacunes qui compromettent la cohérence des politiques publiques menées en coopération »²⁶¹.

62. Est-ce à dire que rien ne peut être tenté pour renforcer la coopération en matière climatique ? À notre estime, il existe bien quelques pistes d'amélioration qui méritent d'être explorées, mais sans trop en attendre. Outre les modifications visant le fédéralisme coopératif belge de manière générale²⁶², on pourrait renforcer le statut juridique, la responsabilité politique et le contrôle parlementaire de l'accord de coopération organisant la CNC²⁶³. Ensuite, on devrait renforcer les structures et les mécanismes destinés à objectiver le respect de cet accord de coopération par les collectivités publiques qui en sont parties²⁶⁴. Il conviendrait également de doter la CNC des moyens nécessaires à l'accomplissement de ses missions. À cet égard, il s'agirait notamment de poursuivre dans la voie privilégiée ces dernières années, qui consiste à désigner des experts de tous horizons pour accompagner les travaux de la CNC, mais également d'autres organes (dont les centres d'excellence sur le climat) dont la structure, la composition et l'organisation révèlent la nature plus interfédérale que fédérale. Enfin, il s'agirait d'améliorer les interactions réciproques entre les différents organes chargés de la

260. E. SEVRIN et K. REYBROUCK, « Klimaatverandering als de kanarie in de kolenmijn van het dual federalisme. Institutionele inspiratie voor een performanter Belgisch klimaatbeleid », *op. cit.*, p. 311.

261. M. EL BERHOUMI et C. NENNEN, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme », *op. cit.*, p. 64.

262. H. DUMONT, M. HARDT et J. RENAUX, « Éléments pour une évaluation du fédéralisme coopératif en Belgique », *op. cit.*, pp. 15-57.

263. M. EL BERHOUMI et C. NENNEN, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme », *op. cit.*, pp. 70 et 74-75.

264. *Ibid.*

coopération, en particulier en renforçant la cohérence et la coordination entre le CCPIE et la CNC²⁶⁵.

Conclusion

63. La lutte contre les dérèglements climatiques est une gageure pour l'ensemble des systèmes politiques, qu'ils soient fédéraux ou non. Le caractère transversal et protéiforme des enjeux qui y sont liés, mais aussi des moyens d'endiguer les émissions de gaz à effet de serre, n'y est pas étranger. À cet égard, les difficultés rencontrées au sein du fédéralisme belge ne sont pas une anomalie propre à notre pays. Elles y sont néanmoins particulièrement évidentes. À la lecture de la présente contribution, force est de constater que les faiblesses du fédéralisme climatique belge ressortent davantage que ses lignes de force.

Est-ce à dire que notre fédéralisme est dépourvu d'atouts lorsqu'il s'agit d'affronter l'un des défis les plus épineux de notre temps ? Sans aller aussi loin, le diagnostic posé est pessimiste. Les défaillances de la gouvernance climatique belge sont régulièrement pointées du doigt par les acteurs internationaux. Nous avons tenté de montrer la manière dont certaines caractéristiques du fédéralisme belge, loin d'être un remède à ces défaillances, y contribuent pleinement.

Des pistes d'amélioration existent néanmoins ; l'ambition de la présente contribution a aussi été d'en pointer quelques-unes. Une première série de propositions vise à renforcer le rôle de l'Autorité fédérale en matière de climat, en partant du postulat que la prise de décision au niveau fédéral serait moins affectée par les blocages qui entachent actuellement la coopération entre les différents partenaires de la Belgique fédérale. Dans ce contexte, nous avons mis en évidence de possibles solutions allant de la « refédéralisation » de la compétence climatique à la reconnaissance de compétences concurrentes ou cadres, en passant par une interprétation « volontariste » de la compétence fédérale en matière de sécurité, en s'inspirant de la gestion de la pandémie de COVID-19. Les propositions visant à inscrire des objectifs et principes climatiques tantôt dans la Constitution, tantôt dans une loi spéciale, ont ensuite été abordées. Enfin, nous nous sommes attachés à réfléchir aux possibles améliorations de la coopération entre l'Autorité fédérale et les entités fédérées en matière climatique.

²⁶⁵. *Ibid.*, p. 74.

À l'aube d'une nouvelle législature, il s'agit d'autant de cartes laissées entre les mains des acteurs politiques de demain. Disons-le d'emblée, aucune proposition ne s'impose avec la force de l'évidence dans un système fédéral dualiste caractérisé par une polarisation et des dynamiques centrifuges fortes. De même, le droit constitutionnel n'offre pas, à lui seul, toutes les clés qui permettront de résoudre la crise climatique. La transversalité, l'ampleur et la complexité des enjeux en présence imposent la modestie. Il n'en reste pas moins que face aux risques existentiels que représentent les dérèglements climatiques, le droit constitutionnel doit constituer une ressource plutôt qu'un obstacle à des politiques climatiques ambitieuses. Nous espérons que la présente contribution constitue quelques pas dans cette direction.