

# Le « droit à la sécurité sociale » consacré par l'article 23 de la Constitution : quelle signification et quelle justiciabilité ?\*

DANIEL DUMONT

Professeur à l'Université libre de Bruxelles

<b>Introduction.</b> Que peut l'article 23 de la Constitution pour la sécurité sociale ? .....	12
<b>Section 1.</b> Qu'est-ce que la sécurité sociale, la protection de la santé et l'aide sociale et médicale au sens de l'article 23 de la Constitution ? Vers une protection élargie .....	20
<b>Section 2.</b> Qui est débiteur du droit à la sécurité sociale ? Le principe de légalité .....	30
<b>Section 3.</b> Pas de prestations sociales sans devoirs ? La signification des « obligations correspondantes » .....	43
<b>Section 4.</b> Le droit à la sécurité sociale, un droit justiciable ? L'absence d'effet direct et ses (non-)conséquences .....	52
<b>Section 5.</b> Comment juger les mises en œuvre du droit à la sécurité sociale ? La jurisprudence internationale à la rescousse du versant positif du droit à la sécurité sociale .....	61
<b>Section 6.</b> Peut-on défaire les mises en œuvre du droit à la sécurité sociale ? L'effet de standstill, ou le versant négatif du droit à la sécurité sociale .....	68
<b>Conclusion.</b> La sécurité sociale et ses juges .....	97

---

\* Pour leurs observations sur une première version de ce texte, l'auteur remercie, même s'il n'a pu donner suite à toutes leurs suggestions, Mireille Delange, Hugo Mormont, Jean-François Neven et Adélaïde Rémiche. Il va de soi qu'il assume cependant seul l'entière responsabilité des analyses développées.

## INTRODUCTION. QUE PEUT L'ARTICLE 23 DE LA CONSTITUTION POUR LA SÉCURITÉ SOCIALE ?

1. Toute l'Europe est confrontée à un contexte général d'austérité, plus ou moins marqué selon les pays, depuis l'éclatement en 2008 de la grave crise économique causée par l'instabilité du système bancaire et financier. Dans la plupart des États membres, de nombreuses mesures ont été prises qui ont eu pour effet de diminuer, parfois très sensiblement, le niveau de protection des droits sociaux(1). Certaines de ces mesures ont été adoptées sous la pression, directe ou médiata, de l'Union européenne. La Belgique n'a pas échappé à ce mouvement : les « réformes » se succèdent depuis le gouvernement Di Rupo (2011-2014) et plus encore sous le gouvernement Michel (2014-...), sous le regard attentif des institutions européennes(2). Ces évolutions suscitent régulièrement des préoccupations sous l'angle du respect des droits sociaux fondamentaux et ont suscité différents recours, à l'échelle internationale, dans nos pays voisins et chez nous également. Ce mouvement de contestation de l'austérité par le droit a débouché sur des résultats variés(3).

2. Dans ce contexte général un peu troublé, que peut pour notre sécurité sociale l'article 23 de la Constitution ? Quelle en est la plus-value par rapport aux autres textes de référence consacrant le « droit à la sécurité

(1) Pour des aperçus comparés, voy. notamment M.-C. ESCANDE VARNIOL, S. LAULOM et E. MAZUYE (dir.), *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2012 ; C. KILPATRICK et B. DE WITTE (dir.), « Social Rights in Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges », *European Journal of Social Law*, vol. 4, n° 1-2, 2014, pp. 2-139 ; A. GUILLÉN et E. PAVOLINI (dir.), « Welfare States under Strain in Southern Europe », *European Journal of Social Security*, vol. 17, n° 2, 2015, pp. 145-314 ; *Challenges to European Welfare Systems* (K. SCHUBERT, P. DE VILLOTA et J. KUHLMANN dir.), Berlin, Springer, 2016.

(2) Pour un aperçu des mesures prises dans les différentes branches de la sécurité sociale sous l'exécutif Di Rupo, voy. P. GOSSERIES et M. MORSA (coord.), *L'impact de la crise sur la sécurité sociale. Droit belge*, coll. Droit social, Bruxelles, Larcier, 2015. Voy. aussi G. DEKKERS *et al.*, « The Social and Budgetary Impacts of the Recent Social Security Reform in Belgium », *The Young and the Elderly at Risk. Individual Outcomes and Contemporary Policy Challenges in European Societies* (I. SALAGEAN *et al.* dir.), coll. Social Europe, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 129-156.

(3) Sur l'ensemble de la problématique des rapports entre mesures d'austérité et protection des droits sociaux, à l'échelle nationale et internationale, voy. A. SUPLOT (dir.), « Les gardiens des droits sociaux en Europe. Les recours nationaux et internationaux en cas de remise en cause des droits sociaux par l'Union européenne », *Semaine sociale Lamy*, supplément au n° 1746, 2016, 100 p. ; D. ROMAN, « Garantie des droits fondamentaux et contrôle juridictionnel des mesures d'austérité en Europe : les "nouvelles frontières" de l'Europe sociale », *Les frontières de l'Europe sociale* (S. BARBOU DES PLACES, E. PATAUT et P. RODIÈRE dir.), coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2017, à paraître ; *Social Rights in Europe in an Age of Austerity : Law and Legal Challenge within Europe* (M.S. CIVITARESE et S. HALLIDAY dir.), coll. Critical Studies in Jurisprudence, Londres, Routledge, 2017, à paraître.

sociale »(4) ? C'est que, depuis 1994, la sécurité sociale est formellement érigée au rang de droit de l'homme par notre charte fondamentale. Introduit cette année-là dans la Constitution à l'initiative du sénateur socialiste Maxime Stroobant, qui fut longtemps titulaire de la chaire de droit du travail de la VUB, l'article 23 proclame en effet le droit de chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine et, dans la foulée, consacre une série de droits économiques, sociaux et culturels fondamentaux, parmi lesquels le droit à la sécurité sociale – plus précisément le « droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique » (al. 3, 2°)(5).

Quels sont les contours et quelle est la portée précise de ce « droit » ? Autrement dit, que signifie-t-il et dans quelle mesure peut-il être invoqué devant un juge, et avec quels effets ? Force est de constater que, plus de vingt ans après sa constitutionnalisation, les manuels de droit de la sécurité sociale, pourtant tous fort de plusieurs centaines de pages, demeurent encore étrangement laconiques, quand ils ne sont pas tout simplement muets à son sujet(6), comme si la question ne méritait guère que l'on s'y arrête, compte tenu à la fois de l'ampleur de la matière à couvrir en priorité et des incertitudes qui planent autour de la valeur ajoutée du « droit » en cause. Du reste, les précis de droit constitutionnel sont, en règle générale, à peine plus diserts sur le régime juridique de l'article 23(7). Ceux

(4) Pour un tour d'horizon, voy. les contributions rassemblées dans J. VAN LANGENDONCK (dir.), *The Right to Social Security*, coll. Social Europe, Anvers/Oxford, Intersentia, 2007, ainsi que E. EICHENHOFER, « Social Security as a Human Right: A European Perspective », *Research Handbook on European Social Security Law* (F. PENNING et G. VONK dir.), Cheltenham, Edward Elgar, 2015, pp. 3-31. Adde P. GOSSERIES, « Droit de la sécurité sociale comme droit de l'homme. Un des droits fondamentaux de l'ordre public international, européen et étatique belge », *J.T.T.*, 1996, pp. 53-63, 69-78 et 85-97.

(5) Nous laisserons l'aide juridique en dehors du champ de la présente contribution.

(6) J.-F. FUNCK, avec la collaboration de L. MARKEY, *Droit de la sécurité sociale*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Droit actuel, Bruxelles, Larcier, 2014 y consacre une page et demi (n° 22, pp. 34 à 36) ; J. VAN LANGENDONCK, avec la collaboration de Y. STEVENS et A. VAN REGENMORTEL, *Handboek socialezekerheidsrecht*, 9<sup>e</sup> éd., Anvers-Cambridge, Intersentia, 2015 mentionne à peine son existence (n° 15, p. 8), tandis que W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal compendium: socialezekerheidsrecht 2016-2017*, 2 vol., Malines, Kluwer, 2016 se limite à reproduire le texte de l'article 23 de la Constitution (p. 43). Les arrêts pertinents de la Cour constitutionnelle ne sont pas davantage repris ni commentés, sinon incidemment, dans le volumineux recueil *Les grands arrêts de la Cour constitutionnelle en droit social* (C.-E. CLESSE dir.), préface F. DELPÉRE, coll. Droit social, Bruxelles, Larcier, 2010. En revanche, le syllabus de Guido Van Limberghen contient quelques développements à propos des sources et de la portée du droit fondamental à la sécurité sociale : G. VAN LIMBERGHEN, *Socialezekerheidsrecht*, vol. 1, Bruxelles, Vrije Universiteit Brussel, 2014-2015, nos 35 à 36, pp. 39 à 42.

(7) Pour s'en tenir aux ouvrages postérieurs à la sixième réforme de l'État, voy. Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2014, n° 289, pp. 295 à 297 ; A. ALEN et K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 1, Malines, Kluwer, 2015, nos 80 et 81, pp. 36 à 38 ; J. VANDE LANOTTE et al., *Belgisch publiekrecht*, 8<sup>e</sup> éd., vol. 1, Bruges, die Keure, 2015, nos 958 à 974, pp. 676 à 689 (comparativement le plus développé) ; S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk recht*, Anvers, Intersentia, 2016, pp. 426 à 428. Les droits et libertés ne

qui, bien avant son adoption, doutaient de son utilité avaient-ils dès lors raison (8) ? Pourtant, ce régime juridique a fait l'objet de développements jurisprudentiels significatifs en l'espace de deux décennies, précédés et accompagnés par une importante littérature (9)/(10). Le sentiment demeure toutefois que, si l'on excepte quelques études pionnières (11), sur

sont pas abordés par M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Précis de la Faculté de droit et de criminologie de l'ULB, Limal/Bruxelles, Anthemis/Bruylant, 2014.

(8) Voy. par exemple la vue un peu sceptique exprimée par L. DUCHATELET, « Le droit à la sécurité sociale », *La reconnaissance et la mise en œuvre des droits économiques et sociaux*, Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1972, pp. 537-551.

(9) Pour des vues d'ensemble, voy. en particulier G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Anvers, Intersentia, 2003 ; A. VANDEBURIE, *L'article 23 de la Constitution. Coquille vide ou boîte aux trésors ?*, coll. Bibliothèque de droit administratif, Bruxelles, la Charte, 2008 ; M. VERDUSSEN et N. BONBLED, « Les droits culturels et sociaux dans la Constitution belge », *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés* (M. VERDUSSEN dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 35-84 ; W. RAUWS et M. STROOBANT (dir.), *Sociale en economische grondrechten. Artikel 23 Gw: een stand van zaken na twee decennia/Les droits économiques et sociaux. Article 23 Const. : état des lieux après deux décennies*, Anvers/Louvain-la-Neuve, Intersentia/Anthemis, 2010 ; G. MAES, « L'article 23 de la Constitution », *Les droits sociaux fondamentaux dans la lutte contre la pauvreté* (V. VAN DER PLANCKE dir.), coll. Droit en mouvement, Bruxelles, la Charte, 2012, pp. 159-207 ; A. REMICHE, *La justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels en Belgique. Une étude analytique et prospective à la lumière de la jurisprudence internationale*, thèse de doctorat, Bruxelles, U.L.B., Faculté de droit et de criminologie, 2016, et les nombreuses références aux études antérieures citées par ces différents auteurs.

(10) Sur le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale consacré par l'article 23, al. 3, 2<sup>e</sup>, de la Constitution plus spécifiquement, voy. les analyses successives de M. DISPERSYN, « Le droit à la sécurité sociale dans l'article 23 de la Constitution », *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution* (R. ERGEC dir.), coll. Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 193-230 ; M. JAMOULLE, « L'article 23 de la Constitution belge dans ses relations avec les droits sociaux fondamentaux, le droit du travail et la sécurité sociale », *Sociale grondrechten als bakens voor een vernieuwd sociaal recht. Liber amicorum Professor Maxime Stroobant* (G. VAN LIMBERGHEM et K. SALOMEZ dir.), Gand, MYS & Breesch, 2001, pp. 121-147 ; A. VAN LOOVEREN, « Sociale grondrechten en minimarechten », *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht* (R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL et V. VERVLIEET dir.), coll. Recht en sociale zekerheid, Bruges, la Charte, 2003, pp. 241-300 ; J.-F. LECLERCQ, « Sociale zekerheid : honderdduizend of niets, stop je of ga je verder ? », *J.T.T.*, 2007, pp. 317-331 ; D. PIETERS et P. SCHOUKENS, « Country Report on Belgium », *Security : A General Principle of Social Security Law in Europe* (U. BECKER, D. PIETERS, F. ROSS et P. SCHOUKENS dir.), Groningen, Europa Law Publishing, 2010, pp. 21-65 ; J.-F. NEVEN, E. DERMINE, S. PALATE et S. GILSON, « Les droits à la sécurité sociale et à l'aide sociale, médicale et juridique », *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation* (M. VERDUSSEN et N. BONBLED dir.), préface de F. TULKENS, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1323-1382 ; L. GOOSSENS, « Het grondrecht op sociale zekerheid en sociale bijstand: dammen tegen de afbouw van de sociale welvaartsstaat ? Over de harde kern van deze grondrechten et de proportionaliteitstoets bij een vermindering van het sociale beschermingsniveau », *R.W.*, 2014-2015, pp. 803-824 ; H. VERSCHUEREN, « Het recht op sociale zekerheid als een grondrecht: een overzicht van het internationaal en nationaal juridisch kader », *Grondrechten en sociale zekerheid* (A. VAN REGENMORTEL et H. VERSCHUEREN dir.), coll. Belgisch Genootschap voor Arbeids- en Socialezekerheidsrecht, Bruges, die Keure, 2016, pp. 1-36 ; P. SCHOUKENS, « Belgium: The Right to Social Security in the Belgian constitution », *The Right to Social Security in the Constitutions of the World. Broadening the Moral and Legal Space for Social Justice* (A. EGOROV et M. WUJCZYK dir.), coll. ILO Global Study, Genève, International Labour Organization, 2016, pp. 7-19. Sur le droit à la protection de la santé et à l'aide médicale uniquement, M. STROOBANT, « De grondwettelijke rechten op bescherming van de gezondheid en op geneeskundige bijstand », *Rev. dr. santé*, 1997-1998, pp. 448-457.

(11) Pour ce qui concerne le droit à la sécurité sociale, on pense en particulier, du côté francophone, à J.-F. NEVEN, E. DERMINE, S. PALATE et S. GILSON, « Les droits à la sécurité sociale et à l'aide sociale, médicale et juridique », *op. cit.* et, du côté néerlandophone, à L. GOOSSENS, « Het grondrecht op sociale zekerheid en sociale bijstand », *op. cit.*, ainsi qu'à l'ouvrage collectif *Grondrechten en sociale zekerheid*, *op. cit.* – qui présente

lesquelles nous tenterons bien sûr de prendre appui, ces ressources jurisprudentielles et doctrinales demeurent globalement peu exploitées, voire mal maîtrisées, par les juristes de droit social.

3. Adossée à ces quelques constats, la présente contribution poursuit l'objectif (modeste) de fournir une forme de mode d'emploi de l'article 23 de la Constitution à destination des praticiens de la sécurité sociale, assorti par la même occasion d'un *digest* jurisprudentiel et doctrinal susceptible de venir étayer recours et jugements. Elle ne demande donc qu'à être exploitée, plus, pillée sans réserve. Rédigée par un observateur du droit de la sécurité sociale et de ses évolutions et défis, elle tente de puiser dans le droit des libertés publiques ce qui doit l'être pour permettre de jauger de manière rigoureuse la conformité au droit constitutionnel à la sécurité sociale des innombrables réformes, en cours et à venir, dans le champ de la protection sociale.

Il faut toutefois le dire d'emblée : le rapprochement ici opéré entre sécurité sociale et droits de l'homme gagnerait certainement à être poussé plus loin. C'est que sur différents points, le régime juridique précis des droits consacrés par l'article 23 de la Constitution n'est pas encore tout à fait stabilisé, ou pas totalement convaincant. On peut faire l'hypothèse que certaines au moins de ces difficultés pourraient être surmontées en mobilisant une approche plus « intégrée » du droit des droits de l'homme, c'est-à-dire en essayant de dépasser la dispersion et la fragmentation des sources formelles consacrant ceux-ci, et en particulier, pour ce qui nous concerne, le droit à la sécurité sociale, pour œuvrer à une plus grande convergence de leurs apports respectifs<sup>(12)</sup>. Or, la jurisprudence belge relative aux droits économiques, sociaux et culturels fondamentaux apparaît précisément un peu déconnectée et à l'évidence peu au fait des enseignements qui se dégagent de la pratique des organes de contrôle des

---

l'intérêt de consacrer un chapitre spécifique à chacune des branches de la sécurité sociale et de prendre en compte, mais dans une mesure variable selon les contributions, l'ensemble des instruments de protection des droits fondamentaux pertinents. On se permet d'y ajouter D. DUMONT, « Dégressivité accrue des allocations de chômage *versus* principe de standstill », *J.T.*, 2013, pp. 769-776.

(12) Pour un plaidoyer général en ce sens, voy. E. BREMS, « Should Pluriform Human Rights Become One? Exploring the Benefits of Human Rights Integration », *Journal européen des droits de l'homme/European Journal of Human Rights*, vol. 2, n° 4, 2014, pp. 447-470. Pour l'élaboration d'une approche intégrée en matière de droits économiques et sociaux dans le contexte belge, voy. la tentative de A. REMICHE, *La justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels en Belgique*, *op. cit.* Voy. aussi, sur le cas spécifique du droit à la sécurité sociale des détenus, W. VANDENHOLE, « Het mensenrecht op sociale zekerheid voor gedetineerden: sprokkels en principes », *Les limitations du droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ?/Beperking van het recht op sociale zekerheid van gedetineerden: een dubbele straf ?* (V. VAN DER PLANCKE et G. VAN LIMBERGHEN dir.), coll. Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, la Charte, 2010, pp. 17-46.

instruments internationaux qui consacrent un droit à la sécurité sociale – du reste depuis bien plus longtemps que la Constitution belge. On pense en particulier au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies (13), aux conventions de l'Organisation internationale du travail (14) et à la Charte sociale européenne conclue sous l'égide du Conseil de l'Europe (15)/(16). La portée juridique limitée reconnue à ces instruments en droit interne, sur laquelle nous reviendrons évidemment (17), ne justifie pas le désintérêt dont ils souffrent.

Disons-le cependant tout de suite : hormis sous la forme de quelques ouvertures, nous ne nous risquerons pas nous-même à avancer très loin dans la direction suggérée, compte tenu du cadre limité dans lequel s'inscrit la présente contribution. Si pareil projet mériterait assurément d'être mené, c'est à un autre, préalable, que l'on entend s'atteler ici : celui d'établir un état des lieux de la signification et de la justiciabilité, en droit belge, du droit constitutionnel à la sécurité sociale, c'est-à-dire de son contenu, d'une part, et de son invocabilité et de son efficacité dans le cadre d'une action en justice, d'autre part. Partant, notre démarche visera surtout à faire le point sur les acquis de la jurisprudence des juridictions supérieures, laquelle a été, en ce domaine, largement pétrie par la doctrine, et quelques auteurs clés en particulier. On se permettra toutefois quelques

(13) J. TOOZE, « The Rights to Social Security and Social Assistance : Towards an Analytical Framework », *Economic, Social and Cultural Rights in Action* (M. BADERIN et R. MCCORQUODALE dir.), Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 331-359 ; B. SAUL, D. KINLEY et J. MOWBRAY, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Commentary, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 608-720 (« Article 9 : The Right to Social Security »), pp. 861-976 (« Article 11 : The Right to an Adequate Standard of Living ») et pp. 977-1083 (« Article 12 : The Right to Health »).

(14) F. PENNING (dir.), *International Social Security Standards. Current Views and Interpretation Matters*, coll. Social Europe, Anvers/Oxford, Intersentia, 2007 ; K. MARKOV, I. OMARJEE et O. DANIC, « Sécurité sociale », *Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels*, t. II, *Règles du droit international social* (J.-M. THOUVENIN et A. TREBILCOCK dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1459-1563 ; J.-M. SERVAIS, *Droit international du travail*, coll. Droit international, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 291 à 339.

(15) L. SAMUEL, *Droits sociaux fondamentaux. Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2002, pp. 279 à 349 ; J.-M. BELORGEY, « La Charte sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation : le Comité européen des droits sociaux », *R.D.S.S.*, vol. 29, n° 2, « Conseil de l'Europe et protection sociale », 2007, pp. 226-245 ; Secrétariat du Comité européen des droits sociaux, *Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2008, pp. 80 à 104 ; G. KATROUGALOS, « Social Security in the "Case Law" of the Social Rights Committee », *Research Handbook on European Social Security Law*, *op. cit.*, pp. 84-102.

(16) Aux instruments qui viennent d'être mentionnés, on peut encore ajouter la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans la mesure où elle contient, elle aussi, une disposition relative à la sécurité sociale, mais en précisant tout de suite que son intérêt est nettement amoindri par le champ d'application de la Charte, puisque celle-ci lie les États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union : voy. D. DUMONT, « Article 34 : sécurité sociale et aide sociale », *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article* (S. VAN DROOGHENBROEK et F. PICOD dir.), coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2017, à paraître, et les réf. citées.

(17) Voy. *infra*, n°s 29 et s.

observations critiques ça et là, lorsque persistent des incohérences conceptuelles ou que l'application faite de tel ou tel principe paraît manquer de rigueur, mais, encore une fois, cette dimension demeurera secondaire – à charge pour d'autres, espérons-nous, de pousser plus loin l'analyse, dans la direction que nous avons suggérée, afin non pas seulement de rendre compte du mode d'emploi mais de le parfaire.

4. Compte tenu de l'obligation d'opérer des choix, nous nous pencherons, tour à tour, sur les six problématiques suivantes, identifiées dans la perspective de discuter celles auxquelles le praticien de la sécurité sociale peut être le plus régulièrement confronté : tout d'abord, la délimitation du champ d'application matériel de la protection conférée par l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution, ou, dit autrement, l'épineuse question de la définition de la sécurité sociale érigée au rang de droit fondamental (section 1) ; ensuite, la portée du principe de légalité posé par l'article 23, soit l'exigence que la concrétisation des droits économiques, sociaux et culturels protégés soit normalement l'œuvre d'un législateur au sens formel du terme et non du seul pouvoir exécutif (section 2) ; en troisième lieu, la signification des « obligations correspondantes » qui, en vertu du texte de l'article 23, peuvent assortir la mise en œuvre par le législateur des droits économiques, sociaux et culturels fondamentaux, c'est-à-dire les devoirs, ou les contreparties, auxquels l'octroi des prestations sociales peut éventuellement être conditionné (section 3) ; quatrième, l'affirmation usuelle selon laquelle le prescrit constitutionnel est dénué d'effet direct et les conséquences en matière d'invocabilité du droit à la sécurité sociale qui en découlent au niveau du contentieux (section 4) ; cinquièmement, la délicate question de savoir si et comment, à supposer que le droit soit invocable, un juge est en droit d'opérer un contrôle sur les mises en œuvre positives par le législateur du droit à la sécurité sociale (section 5) ; et, *last but not least*, le plat de résistance : l'effet de standstill, ou principe de non-rétrogression, soit l'interdiction de principe faite au législateur de porter atteinte au niveau préexistant de protection des droits sociaux (section 6).

En revanche, nous laisserons de côté la lecture combinée de l'article 23 de la Constitution avec les articles 10 et 11 qui consacrent, on le sait, les principes d'égalité et de non-discrimination, dans la mesure où l'interdiction de la discrimination en matière de sécurité sociale est un terrain

déjà bien balisé(18). À ce jour, cette lecture combinée a principalement conduit, notamment sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme, à l'élargissement du champ d'application personnel d'un certain nombre de prestations, par le biais d'un relâchement des conditions de nationalité(19). Dans un certain nombre de cas, la Cour constitutionnelle semble toutefois encore réticente à intégrer pleinement l'exigence conventionnelle de non-discrimination sur la base de la nationalité telle que celle-ci est balisée par la jurisprudence de Strasbourg(20), mais l'on n'entrera pas ici dans cette question.

(18) Outre les nombreux arrêts repris et commentés dans le recueil *Les grands arrêts de la Cour constitutionnelle en droit social*, *op. cit.*, voy., pour une synthèse critique de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en la matière, V. FLOHIMONT, « Gelijkheid en discriminatie: wordt het recht op sociale zekerheid in vraag gesteld? », *R.D.S.*, 2008, pp. 73-88 et J.-F. NEVEN, E. DERMINE, S. PALATE et S. GILSON, « Les droits à la sécurité sociale et à l'aide sociale, médicale et juridique », *op. cit.*, n<sup>os</sup> 48 à 54, pp. 1361 à 1366.

(19) Pour une analyse exhaustive des apports de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question de la non-discrimination, laquelle a amené à plusieurs reprises les juridictions internes à revoir leur position, voy. H. MORMONT, « La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales comme source du droit de la sécurité sociale. L'exemple de l'interdiction de la discrimination et de la protection de la propriété, ou les progrès "par la bande" de l'égalité en matière de droit à des prestations sociales », *R.D.S.*, 2017, n<sup>o</sup> 1-2, « Aux sources du droit social. En hommage à Micheline Jamoulle/Sociaal recht, over bronnen en herbronnen. Als eerbetoon aan Micheline Jamoulle » (D. DUMONT et F. DORSEMONT dir.), à paraître. Sur l'ensemble de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme intéressant la matière de la sécurité sociale, voy. K. KAPUY, « Social Security and the European Convention on Human Rights: How an Odd Couple Has Become Presentable », *European Journal of Social Security*, vol. 9, n<sup>o</sup> 3, 2007, pp. 221-241 ; M. COUSINS, *The European Convention on Human Rights and Social Security Law*, coll. Social Europe, Anvers-Oxford-Portland, Intersentia, 2008 et L. SLINGENBERG, « Social Security in the Case Law of the European Court of Human Rights », *Research Handbook on European Social Security Law*, *op. cit.*, pp. 53-83. Pour une critique au picrate de cette jurisprudence, accusée d'empiéter sur la marge d'appréciation des États parties, voy. le pamphlet de l'ancien président de la Cour constitutionnelle Marc Bossuyt, tenant d'une lecture de la Convention conforme à l'intention de ses rédacteurs, un peu à la manière des « originalistes » américains : M. BOSSUYT, « De uitbreiding van de rechtsmacht van het Europees Hof van de Rechten van de Mens tot socialezekerheidsregelgeving: een rechterlijke revolutie? », *R.W.*, 2007-2008, pp. 842-856.

(20) Voy. ainsi, à propos de la garantie de revenus aux personnes âgées (GRAPA), l'étonnant blanc-seing accordé par la Cour constitutionnelle à l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en Belgique, même lorsqu'ils sont inscrits au registre de la population : C.C., 10 juin 2010, n<sup>o</sup> 69/2010, et son commentaire critique par J.-F. NEVEN, « La GRAPA aux personnes de nationalité étrangère : un arrêt qui manque de "considérations très fortes" », *Chron. D.S.*, 2012, pp. 75-78. Comp. avec l'attitude retenue quelques années plus tôt par la Cour de cassation dans une affaire similaire en matière d'allocations aux personnes handicapées, qui avait conduit la Cour à considérer que fonder sur un choix de politique budgétaire une exclusion des ressortissants étrangers de ce régime au profit d'autres modes d'assistance manquait de « considérations très fortes » susceptibles de justifier la différence de traitement : Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 8 décembre 2008, *NjW*, 2009, p. 173, obs. E. BREMS, « Discriminatie bij tegemoetkoming aan personen met een handicap ». Peu de temps après, et sous l'impulsion d'un revirement de position de la Cour constitutionnelle (C.C., 19 décembre 2007, n<sup>o</sup> 153/2007), le législateur avait ouvert l'accès aux allocations aux personnes handicapées aux étrangers inscrits au registre de la population (A.R. du 9 février 2009 modifiant l'A.R. du 17 juillet 2006 exécutant l'article 4, § 2, de la loi du 27 février 1987 relative aux allocations aux personnes handicapées, *M.B.*, 6 mars 2009). Pour un point sur l'ouverture aux étrangers des différentes prestations d'aide sociale, voy., pour l'aide sociale au sens strict, D. TORFS, « De vreemdeling en het recht op maatschappelijke dienstverlening », *Chron. D.S.*, 2015, pp. 49-63 et, pour les autres prestations, S. BOUCKAERT, « Grondrechten en de minimumvoorzieningen. In welke mate zijn verschillen in behandeling op basis van nationaliteit of verblijfstatus nog toegelaten? », *Grondrechten en sociale zekerheid*, *op. cit.*, pp. 349-400.

5. Comme on le verra une fois arrivé au terme des morceaux choisis que nous avons retenus, le bilan que l'on peut établir de la jurisprudence est en demi-teinte. D'un côté, les principes qui gouvernent théoriquement la matière semblent à présent relativement stabilisés, mais, dans le même temps, leur mise en œuvre dans les cas d'espèce reste parfois défailante, de sorte que la jurisprudence continue de manquer de cohérence interne et de prévisibilité. Cette instabilité de la pratique des organes de contrôle juridictionnel fragilise l'effectivité du droit constitutionnel à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale.

Cela étant, on cherchera en réalité surtout à montrer que, maintenant que sur les différentes questions examinées, le cadre juridique applicable tend à être mieux établi, et souvent depuis peu finalement, l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution recèle un important potentiel, encore trop peu exploité. De ce point de vue, la balle est sans doute tout autant dans le camp des plaideurs que des juges, dans le sens où la disposition gagnerait à l'évidence à être mobilisée dans les jugements mais aussi dans les recours de manière plus consistante et étayée si l'on entend lui faire produire des effets tangibles... et rendre ainsi le législateur plus attentif à son respect.

Car tel est bien, en définitive, le principal enjeu : contribuer par le recours au droit, et même si c'est dès lors à une échelle modeste, à la rationalisation du processus législatif en matière sociale, dont tous les spécialistes connaissent le caractère singulièrement chaotique<sup>(21)</sup>. C'est, à tout le moins, la conviction de fond – peut-être naïve – qui sous-tend cette étude.

---

(21) Sur les pathologies du mode de production de la norme en sécurité sociale, D. DUMONT, « Que reste-t-il du principe de légalité en droit de la sécurité sociale ? Sécurité sociale et démocratie parlementaire », *R.D.S.*, 2017, n° 1-2, « Aux sources du droit social. En hommage à Micheline Jamoulle/Sociaal recht, over bronnen en herbronnen. Als eerbetoon aan Micheline Jamoulle » (D. DUMONT et F. DORSSEMONT dir.), à paraître, en particulier n°s 1 et 21.

## SECTION 1.

**QU'EST-CE QUE LA SÉCURITÉ SOCIALE, LA PROTECTION  
DE LA SANTÉ ET L'AIDE SOCIALE ET MÉDICALE  
AU SENS DE L'ARTICLE 23 DE LA CONSTITUTION ?  
VERS UNE PROTECTION ÉLARGIE**

**6.** Premier *selected topic* : quelle part de la protection sociale est couverte par l'article 23 de la Constitution ? Quels sont les dispositifs juridiques qui bénéficient de la protection prodiguée par le statut constitutionnel de droit économique et social fondamental ?

La question est importante, dans la mesure où la réponse que l'on y apporte détermine le champ d'application matériel du régime juridique institué par l'article 23 – en particulier l'exigence de légalité et, surtout, l'obligation de standstill. Il n'empêche, elle reste à ce jour sans réponse assurée (22). C'est que le constituant s'est soigneusement abstenu de préciser, dans les travaux préparatoires, ce qu'il y a lieu d'entendre exactement par « sécurité sociale, protection de la santé et aide sociale et médicale ». Le brouillard n'a pas été dissipé depuis, la doctrine se limitant, pour l'essentiel, à relever l'indéfinition des termes employés (23), tandis que la Cour constitutionnelle s'en tient prudemment au constat que l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution « ne précise pas ce qu'impliquent ces droits dont seul le principe est exprimé » (24).

**7.** Tout au plus l'exposé des motifs de la proposition de révision constitutionnelle laisse-t-il entrevoir que ses auteurs avaient à l'esprit une conception plutôt restrictive de la sécurité sociale proprement dite, réduisant celle-ci aux assurances sociales contributives, c'est-à-dire soumises au

(22) Avant l'adoption de l'article 23, la difficulté de définir avec précision la sécurité sociale était précisée par la première réserve opposée au projet d'en faire un droit constitutionnel : L. DUCHATELET, « Le droit à la sécurité sociale », *op. cit.*, pp. 537 à 539.

(23) M. DISPERSYN, « Le droit à la sécurité sociale dans l'article 23 de la Constitution », *op. cit.*, pp. 222 à 225 ; A. VAN LOOVEREN, « Sociale grondrechten en minimarechten », *op. cit.*, nos 6 et 7, pp. 246 et 247 ; J.-F. LECLERCO, « Sociale zekerheid: honderdduizend of niets, stop je of ga je verder? », *op. cit.*, nos 2 à 7, pp. 317 à 319 ; D. PIETERS et P. SCHOUKENS, « Country Report on Belgium », *op. cit.*, p. 26 ; P. SCHOUKENS, « Belgium: The Right to Social Security in the Belgian Constitution », *op. cit.*, p. 10. Dans la même veine encore, A. VANDEBURIE, *L'article 23 de la Constitution*, *op. cit.*, nos 182 à 191, pp. 194 à 202.

(24) C.A., 27 novembre 2002, n° 169/2002, B.6.2. ; C.A., 26 avril 2007, n° 66/2007, B.10.2. ; C.C., 1<sup>er</sup> octobre 2015, n° 133/2015, B.6.1. ; C.C., 14 janvier 2016, n° 4/2016, B.8.1. Voy. aussi C.C., 13 octobre 2016, n° 130/2016, B.15.2., où la Cour indique plus spécifiquement que l'article 23 de la Constitution ne précise pas « le niveau qui doit être atteint par les allocations sociales relevant du droit à la sécurité sociale ou du droit aux prestations familiales ».

paiement préalable de cotisations sociales(25). La formule retenue semble avoir été inspirée par le libellé de la Charte sociale européenne, dans la mesure où celle-ci consacre séparément les droits à la sécurité sociale (art. 12), à la protection de la santé (art. 11) et à l'assistance sociale et médicale (art. 13). Un peu de la même manière, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels proclame dans des dispositions distinctes les droits à la sécurité sociale (art. 9), à la santé (art. 12) et à un niveau de vie suffisant (art. 11).

À l'époque où ces conventions internationales ont été adoptées, dans les années 1960, la sécurité sociale était effectivement principalement de type professionnel, c'est-à-dire destinée en premier lieu aux travailleurs, qu'ils soient salariés, indépendants ou fonctionnaires statutaires – et aux membres de leur famille –, tandis que les prestations non contributives, soit les minimas sociaux déconnectés de l'exigence d'avoir versé des contributions financières et réservées aux personnes en situation de pauvreté, évoluaient dans le champ distinct de l'« assistance publique ».

Au début des années 1990, en revanche, il était de plus en plus acquis, en tout cas en Belgique, que la sécurité sociale au sens large englobe à la fois les assurances sociales, ou sécurité sociale au sens strict, et l'aide sociale. Déjà en 1985, l'avant-projet – resté sans suite – de Code de la sécurité sociale faisait ainsi des prestations minimums octroyées sous condition de ressources partie intégrante du système de sécurité sociale(26). Cette évolution ne fait aujourd'hui plus l'objet de discussions, ainsi qu'en témoignent, par exemple, la structure des manuels de droit de la sécurité sociale : tous ont pour objet les différentes prestations de sécurité sociale, qu'elles soient contributives ou non contributives. Par ailleurs, plusieurs branches de la sécurité sociale au sens strict ont été *de facto* universalisées, ou quasi-universalisées, de sorte que le versement de cotisations sociales ne constitue plus la seule manière d'y accéder. On pense en particulier

(25) Révision du titre II de la Constitution, par l'insertion d'un article 24bis relatif aux droits économiques et sociaux, développements, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 1991-1992, n° 100-2/3°, pp. 18 et 19.

(26) Voy. la définition de la sécurité sociale donnée à l'art. 2 de l'avant-projet élaboré sous l'égide de la commission royale chargée de préparer la codification, l'harmonisation et la simplification de la législation relative à la sécurité sociale, dont le texte est repris en annexe de l'ouvrage *Koninklijke Commissie Sociale Zekerheid. Tekst voorontwerp en referaten studiedag*, coll. Sociaal recht, Anvers, Kluwer, 1986, p. 158. L'analyse des discussions qui ont eu lieu, lors de l'adoption de l'article 23, au sein de la commission de révision de la Constitution montre la réticence d'un certain nombre de sénateurs à acter cette évolution : voy. les échanges rapportés par J. VELAERS et J. VANPRAET, « De materiële en territoriale bevoegdheidsverdeling inzake sociale zekerheid en sociale bijstand (I) », *T.B.P.*, 2008, pp. 324 à 326. C'est ce qui semble expliquer, en plus des distinctions opérées par les instruments internationaux évoqués, le libellé finalement retenu.

à l'assurance soins de santé et aux prestations familiales, dont bénéficie pratiquement toute la population.

Ces quelques constats suscitent la question de savoir quel sens donner aujourd'hui aux mots employés par l'article 23, alinéa 3, 2°.

**8.** Négativement, on peut à tout le moins s'accorder sur le fait que l'expression « sécurité sociale » utilisée par l'article 23 ne revêt pas la même signification que dans les règles répartitrices de compétences. La loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles précise que l'autorité fédérale est seule compétente pour « le droit du travail et la sécurité sociale » (27). La sécurité sociale ressortit donc exclusivement à la compétence de l'État fédéral, sous réserve, bien sûr, des politiques et dispositifs qui ont été rangés tantôt sous les labels de matières culturelles ou matières personnalisables, lesquelles appartiennent aux communautés, tantôt sous celui de politique de l'emploi, laquelle relève des régions. La liste de ces politiques et dispositifs confiés aux entités fédérées n'a cessé d'être élargie au fil des réformes de l'État, singulièrement à l'occasion de la sixième et à ce jour dernière d'entre elles, en 2014 (28). Symétriquement, la réserve de compétence en matière de sécurité sociale au bénéfice de l'État fédéral s'est rétrécie d'autant : tout en demeurant formellement inchangée, elle a été rognée par un élargissement significatif de l'énumération des mesures en matière sociale attribuées aux communautés ou aux régions.

En soi, toute cette évolution est irrelevante pour ce qui concerne la délimitation du périmètre de la sécurité sociale au sens que celle-ci revêt dans l'article 23 de la Constitution, dans la mesure où la disposition est neutre sur le plan de la répartition des compétences. En vertu du prescrit constitutionnel lui-même, il appartient en effet à « la loi, le décret ou [l'ordonnance] » de garantir les droits économiques, sociaux et culturels (al. 2). Ainsi que le précisent les travaux préparatoires, chaque niveau de

(27) Loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 15 août 1980, art. 6, § 1<sup>er</sup>, VI, al. 5, 12°.

(28) Pour un tour d'horizon des nouvelles compétences régionales et communautaires en matière sociale, voy. D. DUMONT (dir.), « L'impact de la sixième réforme de l'État sur la sécurité sociale et le marché du travail : regards de juristes », numéro spécial de la *R.B.S.S.*, vol. 57, n° 2, 2015, pp. 173-464. Voy. la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles telle qu'elle a été modifiée par la loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la sixième réforme de l'État, *M.B.*, 31 janvier 2014, art. 4, 16° (formation professionnelle, formellement encore dénommée « reconversion et recyclage professionnels ») et 17° (formation en alternance), art. 5, § 1<sup>er</sup>, I (politique de santé), II, 1° (politique familiale), II, 2° (politique d'aide sociale), II, 4° (politique des personnes handicapées), II, 5° (politique du troisième âge) et IV (prestations familiales), et art. 6, § 1<sup>er</sup>, IX (politique de l'emploi).

pouvoir a reçu pour mission, dans les limites de ses compétences, de donner consistance à ces droits (29).

Néanmoins, les règles répartitrices de compétence peuvent être utilisées comme point de repère, c'est-à-dire pour désigner les ensembles normatifs dont on se demande s'ils sont ou non couverts par l'article 23. Dans cette perspective, se pose la question de savoir si toute la sécurité sociale demeurée de la compétence de l'État fédéral est bien surplombée par la disposition constitutionnelle (§ 1). Mais se pose aussi et surtout celle de savoir ce qu'il en est de l'important droit fédéré de la santé, de l'aide aux personnes, de l'emploi et de la formation professionnelle qui s'est développé au fil du temps, d'abord dans les parages de la sécurité sociale puis, à partir de la sixième réforme de l'État, à propos de ses composantes à présent défédéralisées : les prestations familiales dans leur intégralité ; certains aspects des soins de santé, tels que le financement des infrastructures hospitalières et les maisons de repos ; l'allocation pour l'aide aux personnes âgées, en matière de handicap ; et divers mécanismes de mise à l'emploi ainsi que quelques aspects de l'assurance chômage (§ 2).

## § 1. Le droit fédéral de la sécurité sociale

**9.** Dans la littérature, on continue parfois de trouver des références à la définition de la sécurité sociale donnée par la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés (30), également connue sous le nom de « loi de principes » – ou encore loi Dhoore, du nom du ministre de la Prévoyance sociale qui l'a portée. Qualifiée de « Constitution sociale » au moment de son adoption (31), cette loi a eu pour ambition, au moment où la sécurité sociale commençait à être de plus en plus bousculée par l'entrée en crise de l'État-providence à l'heure de la désindustrialisation, de consacrer une série de droits de base au bénéficiaire des assurés sociaux – à commencer par un « droit à la sécurité sociale » (art. 4) – ainsi qu'un certain nombre de principes transversaux. Mais outre que la plupart de ses dispositions ne sont jamais entrées en vigueur, la loi de principes porte uniquement sur le régime de sécurité so-

(29) Révision du titre II de la Constitution, par l'insertion d'un article 24bis relatif aux droits économiques et sociaux, développements, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 1991-1992, n° 100-2/3°, p. 8.

(30) Loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés, *M.B.*, 2 juillet 1981, art. 3 et 21, § 1<sup>er</sup>.

(31) J. VIAENE, « De betekenis van het ontwerp van wet houdende beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers », *R.W.*, 1980-1981, p. 2149.

ciale des travailleurs salariés, dont elle énumère les différentes branches. À l'évidence, il s'agit donc d'une définition trop étroite pour appréhender l'ensemble de la sécurité sociale, puisqu'elle laisse entièrement de côté les régimes de sécurité sociale des travailleurs indépendants et des agents des services publics, ainsi que les différentes prestations non contributives rassemblées dans le régime de l'aide sociale.

En droit positif belge, la principale définition de la sécurité sociale dont on dispose est plutôt celle donnée par la charte de l'assuré social. Ainsi que le savent bien les praticiens de la matière, il s'agit de cette loi de portée transversale adoptée en 1995, peu de temps après l'article 23 de la Constitution donc, qui a pour objet d'assurer la protection des citoyens dans leurs rapports avec les institutions de sécurité sociale, publiques comme privées, essentiellement en faisant peser sur celles-ci un certain nombre de devoirs procéduraux. La sécurité sociale y est définie comme l'ensemble des branches dont bénéficient les personnes assujetties au régime des travailleurs salariés, des travailleurs indépendants ou du secteur public, ainsi que les différentes prestations d'aide sociale, sans oublier les règles relatives au financement des prestations de sécurité sociale, que ce soit par cotisations sociales ou par le biais de ressources fiscales(32). Cette définition légale subsume tout ce que l'on avait auparavant pour habitude, en doctrine, de considérer comme faisant partie de la sécurité sociale. Dans la mesure où la charte de l'assuré social emporte directement, au bénéfice des citoyens, la reconnaissance de droits et de devoirs, la définition de la sécurité sociale qu'elle donne peut être considérée comme un concept juridique, faisant désormais autorité en droit interne(33).

(32) Loi du 11 avril 1995 visant à instituer la « charte » de l'assuré social, *M.B.*, 6 septembre 1995, art. 2, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>. En réalité, la définition donnée de la sécurité sociale intègre encore les avantages complémentaires aux prestations de sécurité sociale alloués aux travailleurs salariés par les fonds de sécurité d'existence, lesquels ont été institués dans certains secteurs d'activité par convention collective conclue au sein d'une commission paritaire. On notera que la définition de la sécurité sociale donnée par la loi instituant la Banque-carrefour de la sécurité sociale est identique, à la seule différence que l'une des prestations d'aide sociale (l'aide sociale au sens strict) n'est pas reprise dans l'énumération : loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale, *M.B.*, 22 février 1990, art. 2, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>.

(33) En ce sens, J. VAN LANGENDONCK, « Toepassingsgebied van het handvest van de sociaal verzekerde », *Het handvest van de sociaal verzekerde en bestuurlijke vernieuwing in de sociale zekerheid* (J. PUT dir.), Bruges, die Keure, 1999, n<sup>o</sup> 10, p. 19 et *Id.*, avec la collaboration de Y. STEVENS et A. VAN REGENMORTEL, *Handboek socia-lezekerheidsrecht, op. cit.*, n<sup>os</sup> 14 à 16, pp. 8 et 9. De surcroît, la Cour constitutionnelle semble, de manière générale, conférer à la charte une autorité renforcée au regard des autres normes de droit de la sécurité sociale, en exigeant que les éventuelles dérogations défavorables aux assurés sociaux qui y seraient apportées dans un secteur donné puissent se prévaloir d'une « justification spécifique pertinente », laquelle a, à ce jour, toujours été refusée : C.C., 4 mars 2008, n<sup>o</sup> 35/2008, B.7.4. ; C.C., 19 mars 2008, n<sup>o</sup> 57/2008, B.8. ; C.C., 24 mai 2012, n<sup>o</sup> 66/2012, B.4.2. ; C.C., 20 janvier 2010, n<sup>o</sup> 1/2010, B.6. ; C.C., 20 septembre 2012, n<sup>o</sup> 113/2012, B.4. ; C.C., 30 octobre 2012, n<sup>o</sup> 132/2012, B.5.2. ; C.C., 7 mars 2013, n<sup>o</sup> 34/2013, B.8.2. Je remercie Jean-François Neven d'avoir attiré mon attention sur ce point.

**10.** Si l'on accepte de considérer que la Constitution doit être interprétée comme un instrument vivant tout en cherchant à respecter voire renforcer la cohérence de l'ordre juridique, on ne voit pas de motifs de se référer à un instrument autre que la charte de l'assuré social pour délimiter les contours de la sécurité sociale qui a été constitutionnalisée. Partant, tout ce que l'on entendait usuellement et juridiquement par sécurité sociale à la veille de la sixième réforme de l'État est bien protégé par l'article 23 – et *a fortiori* ce que l'on entend par là aujourd'hui.

Soit dit en passant, on n'aperçoit donc guère de raisons de restreindre la signification du concept de sécurité sociale au sens de l'article 23 aux seules assurances sociales contributives ouvertes aux travailleurs (34). Telle est, certes, la conception que le constituant historique semblait avoir à l'esprit au moment de l'adoption de la disposition, mais, outre qu'elle était déjà un peu dépassée sur un plan doctrinal, l'évolution ultérieure du droit positif a clairement achevé de la rendre anachronique.

S'y accrocher pourrait avoir pour conséquence étrange de considérer, par exemple, qu'un dispositif comme les allocations d'insertion échappe à l'article 23 de la Constitution. Il s'agit, on le sait, de ces allocations de chômage non contributives ouvertes aux jeunes âgés de moins de 25 ans qui ont, selon le cas, terminé ou réussi des études d'un certain niveau. Limiter la notion constitutionnelle de sécurité sociale uniquement aux assurances sociales adossées à la retenue de cotisations pourrait conduire à affirmer que ces allocations ne relèvent pas de ladite notion, puisque l'on peut en bénéficier sans avoir au préalable travaillé ni cotisé en tant que salarié, ou du moins pas suffisamment pour s'ouvrir un droit aux allocations de chômage ordinaires. Pareil résultat n'aurait guère de sens. Certes, le mécanisme des allocations d'insertion déroge au principe assurantiel, mais c'est à dessein et, surtout, il fait partie intégrante de la réglementation du chômage depuis 1945 (35). Au demeurant, le risque social pris en charge par les allocations de chômage ordinaires et les allocations d'insertion est

(34) *Contra* J.-F. LECLERCQ, « Sociale zekerheid : honderdduizend of niets, stop je of ga je verder ? », *op. cit.*, n° 7, p. 319, approuvé par P. SCHOUKENS, « Belgium: The Right to Social Security in the Belgian Constitution », *op. cit.*, p. 11.

(35) Sur son origine et son évolution jusqu'aux années 2000, D. DUMONT, *La responsabilisation des personnes sans emploi en question*, préface de M. VAN DE KERCHOVE, coll. Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, Bruxelles, la Charte, 2012, n°s 482 et 483, pp. 263 et 264 ; n° 504, pp. 274 et 275 ; n° 541, pp. 294 et 295 ; n° 587, pp. 316 et 317.

identique : dans l'un et l'autre cas, il s'agit bien de l'absence involontaire d'emploi et de rémunération (36).

## § 2. Le droit fédéré de la santé et de l'aide aux personnes

**11.** Qu'en est-il des composantes de la sécurité sociale qui ont été défédéralisées lors de la sixième réforme de l'État ? On ne voit pas ce qui pourrait donner à penser qu'elles ne relèveraient plus du champ matériel de l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution puisque celui-ci, de manière générale, est indifférent à la répartition des compétences.

Le sort réservé aux prestations familiales pourrait toutefois troubler cette conclusion, dans la mesure où le constituant a estimé nécessaire, en même temps qu'elles étaient communautarisées, de compléter l'énumération exemplative des droits économiques, sociaux et culturels à laquelle procède le dernier alinéa de l'article 23 par l'ajout d'un 6° consacrant « le droit aux prestations familiales » (37). Pourtant, ces dernières étaient à l'évidence déjà couvertes par le droit à la sécurité sociale reconnu par le 2°. La Cour constitutionnelle avait du reste eu l'occasion de l'affirmer explicitement (38). Les prestations familiales auraient-elles cessé d'en relever en raison de leur défédéralisation ? De manière unanime, la doctrine se montre assez dubitative sur la raison de cet ajout (39). Sans doute

(36) La Cour de cassation ajoute que les allocations d'insertion – à l'époque de l'arrêt encore dénommés allocations d'attente – ont pour objectif de « faciliter l'accès des jeunes au marché du travail » : Cass. (3° ch.), 8 octobre 2012, *Chron. D.S.*, 2014, p. 278 (sommaire).

(37) Révision du 6 janvier 2014 de l'article 23 de la Constitution afin de garantir le droit aux allocations familiales, *M.B.*, 31 janvier 2014.

(38) C.A., 26 avril 2007, n° 66/2007, B.10.4.

(39) J. VELAERS, « De gezinsbijslagen in het "institutioneel akkoord voor de zesde staats hervorming" », *De communautariseren van de gezinsbijslagregeling/La communautarisation des allocations familiales* (W. VAN EECKHOUTTE, D. DUMONT et R. CARTON dir.), coll. Séminaires de l'Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, Bruxelles, la Charte, 2013, n° 4, p. 31 ; X. DELGRANGE, « Les enjeux et les risques de la constitutionnalisation et de la défédéralisation des allocations familiales », *De communautariseren van de gezinsbijslagregeling/La communautarisation des allocations familiales*, op. cit., n° 1, p. 47 ; H. VERSCHUREN, « De zesde staats hervorming en de defederalisering van de gezinsbijslagen », *Chron. D.S.*, 2014, p. 175 ; B. STEEN, « De gemeenschapsbevoegdheden inzake gezinsbeleid en gezinsbijslagen na de zesde staats hervorming », *Het federale België na de zesde staats hervorming* (A. ALEN et al. dir.), coll. Bibliotheek grondwettelijk recht, Bruges, la Charte, 2014, n° 27, pp. 429 et 430 ; V. FLOHIMONT et J.-F. NEVEN, « Allocations familiales : les enjeux du transfert, à mi-parcours », *R.B.S.S.*, vol. 57, n° 2, « L'impact de la sixième réforme de l'État sur la sécurité sociale et le marché du travail : regards de juristes » (D. DUMONT dir.), 2015, pp. 240 à 243 ; L. DE MEYER, « Grondrechten en de gezinsbijslagen. Welke sky is (voortaan) the limit ? », *Grondrechten en sociale zekerheid*, op. cit., n° 35, pp. 196 et 197 (quoique de manière moins nette). Dans le même sens encore, L. GOOSSENS, « Het grondrecht op sociale zekerheid en sociale bijstand », op. cit., n° 11, p. 807. La question n'est pas abordée par J. SAUTOIS, v° « Prestations familiales », *Dictionnaire de la sixième réforme de l'État* (M. UYTENDAELE et M. VERDUSSEN dir.), Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 689-694.

s'explique-t-il par la volonté des négociateurs de l'accord institutionnel à l'origine de la sixième réforme de l'État d'éviter que la communautarisation alors à venir des allocations familiales puisse avoir pour conséquence que certains enfants ne relèvent d'aucun système et d'envoyer le signal qu'aucune entité fédérée ne supprimera purement et simplement les allocations familiales. Juridiquement, si la constitutionnalisation du droit aux prestations familiales emporte peut-être une certaine plus-value sous l'angle de la protection de ces dernières(40), elle ne présentait cependant, en soi, aucune nécessité s'agissant de leur rattachement à l'article 23(41).

Pour la même raison, l'allocation pour l'aide aux personnes âgées, par exemple, continue bien évidemment, même communautarisée, d'être couverte par le droit constitutionnel à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale.

**12.** D'autres dispositifs, étrangers à ce à quoi correspondait autrefois la sécurité sociale fédérale, sont-ils également couverts par l'article 23 ? En particulier, est-ce que les expressions « protection de la santé » et « aide sociale et médicale » employées par la disposition constitutionnelle peuvent viser autre chose que des aspects de la sécurité sociale, déjà compris dans celle-ci ?

Pour discuter la question, on peut partir du constat que les décrets successifs de la Communauté flamande posant les jalons d'un système de sécurité sociale propre au nord du pays, en particulier le soutien financier aux personnes handicapées(42) ainsi que le cadre général de la désormais « protection sociale flamande »(43) – qui chapeaute le soutien financier aux personnes handicapées, l'assurance soins (*zorgverzekering*) et l'allocation pour l'aide aux personnes âgées – indiquent eux-mêmes exécuter l'article 23 de la Constitution. Dans ses avis, dont l'un a été rendu en

(40) Voy. *infra*, note n° 203.

(41) On notera du reste que, dans un arrêt rendu postérieurement à la révision de la Constitution, la Cour constitutionnelle a évoqué « le droit à la sécurité sociale, en ce compris le droit aux prestations familiales » : C.C., 13 octobre 2016, n° 130/2016, B.17.3.

(42) Décret de la Communauté flamande du 25 avril 2014 portant le financement qui suit la personne pour des personnes handicapées et portant réforme du mode de financement des soins et du soutien pour des personnes handicapées, *M.B.*, 28 août 2014, art. 3, al. 1<sup>er</sup>.

(43) Décret de la Communauté flamande du 13 juillet 2012 relatif à la protection sociale flamande, *M.B.*, 23 août 2012, art. 3, al. 1<sup>er</sup>, jamais entré en vigueur et remplacé depuis par le décret de la Communauté flamande du 24 juin 2016 relatif à la protection sociale flamande, *M.B.*, 6 septembre 2016, art. 7, al. 3. On notera toutefois que là où le premier décret *Vlaamse sociale bescherming* affirmait de manière générale exécuter l'article 23 de la Constitution, le second, lui, indique plus précisément que la nouvelle Agence pour la protection sociale flamande (*Agentschap voor Vlaamse Sociale Bescherming*) doit, dans l'exécution de ses missions, se fonder sur le « droit à l'épanouissement social » mentionné par l'article 23 de la Constitution – plus précisément par son alinéa 3, 5°, relatif à l'épanouissement culturel et social.

assemblée générale, la section de législation du Conseil d'État a accepté de faire entrer ces différents décrets dans le champ de l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution en considérant, mais sans davantage d'explications, qu'ils exécutent le droit à l'aide sociale (*recht op sociale bijstand*) consacré par cette disposition (44). À l'occasion d'une modification plus ancienne du décret portant organisation de l'assurance soins, c'est même le Conseil d'État lui-même qui avait, d'initiative, qualifié la *zorgverzekering* de mise en œuvre du droit constitutionnel à l'aide sociale (45).

Du point de vue d'un juriste de droit de la sécurité sociale, il s'agit à l'évidence d'une interprétation lâche de la notion d'aide sociale, dans la mesure où les différentes prestations consacrées ne sont pas conditionnées à un test sur les ressources, alors qu'on s'accorde, classiquement, à distinguer l'aide sociale de la sécurité sociale au sens strict sur la base de ce que les prestations assistancielles sont strictement résiduelles, c'est-à-dire soumises à l'exigence d'avoir des ressources inférieures à un certain seuil – ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Quoi qu'il en soit, la pratique législative flamande, avalisée et même suscitée par la jurisprudence du Conseil d'État, ouvre la voie à un élargissement significatif du champ matériel de la protection conférée par le droit constitutionnel à la sécurité sociale.

Elle pose toutefois la question de savoir jusqu'où aller. Faut-il ainsi considérer que l'ensemble du droit communautaire de la santé et de l'aide aux personnes tombe sous le couvert de l'article 23, alinéa 3, 2° ? Dans un arrêt *Cleon Angelo*, le Conseil d'État, cette fois section du contentieux administratif, a posé un pas significatif dans cette direction, en acceptant de contrôler au regard du droit constitutionnel à l'aide sociale un arrêté de la COCOF relatif aux aides à la mobilité des personnes handicapées, pris sur la base des compétences des communautés en matière d'aide aux personnes (46). La Cour constitutionnelle lui a emboîté le pas, également

(44) Avis n° 50.623/AV/3 des 17 et 24 janvier 2012 sur un projet devenu le décret « houdende de Vlaamse sociale bescherming », *Doc.*, parl. fl., sess. 2011-2012, n° 1603/1, p. 149 ; avis n° 54.820/1 du 24 janvier 2014 sur un projet devenu le décret « houdende de persoonsvolgende financiering voor personen met een handicap en tot hervorming van de wijze van financiering van de zorg en de ondersteuning voor personen met een handicap », *Doc.*, parl. fl., sess. 2013-2014, n° 2429/1, pp. 114 et 115 ; avis 58.697/1 du 5 février 2016 sur un projet devenu le décret « houdende de Vlaamse sociale bescherming », *Doc.*, parl. fl., sess. 2015-2016, n° 715/1, p. 159. S'agissant du (projet de) décret qui a fait l'objet du dernier des avis cités, rappelons que le législateur décréte, lui, a fait référence au droit à l'épanouissement social consacré par l'article 23, al. 3, 5° (voy. la note précédente).

(45) Avis n° 44.583/3 du 11 juin 2008 sur un projet devenu le décret « tot wijziging van het decreet van 30 maart 1999 houdende de organisatie van de zorgverzekering », *Doc.*, parl. fl., sess. 2007-2008, n° 1810/1, p. 28, note infrapaginale n° 4.

(46) C.E. (6<sup>e</sup> ch.), 23 juillet 2011, *Cleon Angelo*, n° 215.309, *A.P.*, 2011, p. 414, avec le rapport conforme de l'auditeur B. JADOT.

dans une affaire relative à l'aide aux personnes handicapées(47), de sorte que l'élargissement du champ matériel de la protection constitutionnelle dans le sens indiqué paraît clairement enclenché.

Dans la même perspective, on terminera en pointant que la réflexion pourrait être poursuivie et appliquée, notamment, au droit régional et communautaire de l'emploi et de la formation professionnelle. Ainsi qu'y invitait Herman Lenaerts, ancien procureur général auprès de la Cour de cassation et professeur à l'Université de Gand, dans la dernière édition de sa célèbre *Inleiding tot het sociaal recht*, publiée en 1995, on peut voir dans la politique de l'emploi et de la formation une concrétisation du « droit au travail » proclamé, quant à lui, par l'article 23, alinéa 3, 1<sup>o</sup>, de la Constitution(48). De fait, les réglementations successives de l'assurance chômage ont toujours consacré leurs premières dispositions non pas à l'indemnisation mais au placement et à la réadaptation professionnelle des travailleurs sans emploi(49), afin d'exprimer l'idée que « les allocations de chômage ne sont qu'un substitut provisoire au "droit au travail" »(50). Ce n'est que lors de la recodification de la matière en 1991 que la réglementation a été vidée des dispositions relatives aux services d'emploi et de formation, et seulement parce que la matière venait, à l'époque, d'être défédéralisée(51).

**13.** En conclusion, si l'on s'accorde à dire que l'article 23 de la Constitution vise à protéger les traits les plus fondamentaux de notre modèle socio-économique, ce qui paraît conforme à la volonté du constituant de 1994, il y a certainement du sens à faire entrer sous la coupole du droit constitutionnel à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale, la sécurité sociale proprement dite, telle qu'elle est délimitée par la charte de l'assuré social, mais aussi toute la politique de santé ainsi que l'aide aux personnes dans ses différentes composantes, soit

(47) C.C., 17 mars 2016, n<sup>o</sup> 42/2016, B.10. à B.14. À la différence du Conseil d'État, qui se fonde sur le droit à l'aide sociale, la Cour constitutionnelle opère toutefois son contrôle de conformité sans préciser explicitement auquel des droits consacrés par l'article 23 elle rattache les dispositions qui étaient en cause.

(48) H. LENAERTS, *Inleiding tot het sociaal recht*, 5<sup>e</sup> éd., Diegem, Kluwer, 1995, n<sup>os</sup> 11 à 31, pp. 18 à 43.

(49) Arrêté du régent du 26 mai 1945 organique du Fonds provisoire de soutien des chômeurs involontaires, *M.B.*, 25 et 26 juin 1945 ; abrogé et remplacé par l'A.R. du 20 décembre 1963 relatif à l'emploi et au chômage, *M.B.*, 18 janvier 1964 ; à son tour (presqu'entièrement) abrogé et remplacé par l'actuel code du chômage, soit l'A.R. du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, *M.B.*, 31 décembre 1991.

(50) P. PALSTERMAN, « La notion de chômage involontaire (1945-2003) », *Courrier hebdomadaire*, CRISP, n<sup>o</sup> 1806, 2003, p. 10.

(51) Sur ce processus et ses rétroactes, D. DUMONT, avec la collaboration de N. VAN LEUVEN, « Le droit bruxellois de l'emploi et de la formation professionnelle en mouvement : de la création de la Région à la veille de la sixième réforme de l'État », *Le droit bruxellois. Un bilan après 25 ans d'application (1989-2014)* (P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et D. YERNAULT dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 1268 à 1279.

ce que l'on tend à appeler le *welzijnsrecht* du côté flamand (52) et le droit de l'action sociale du côté wallon – tandis qu'à Bruxelles, l'éclatement des compétences entre les trois commissions communautaires, sans oublier la Communauté flamande, n'a pas permis, jusqu'ici, l'émergence d'un ensemble normatif équivalent doté d'une certaine cohérence conceptuelle.

Cette solution emporte une autonomisation grandissante de la notion constitutionnelle d'aide sociale au regard de ce que l'expression « aide sociale » désigne en droit belge de la sécurité sociale – à savoir une partie bien précise de celle-ci. Parallèlement, la politique de l'emploi et la formation professionnelle paraissent, elles aussi, pouvoir prétendre au bénéfice de la protection de l'article 23, en tant qu'elles contribuent à donner consistance au droit au travail.

## SECTION 2.

### QUI EST DÉBITEUR DU DROIT À LA SÉCURITÉ SOCIALE ? LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ

**14.** Le champ matériel du droit constitutionnel à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale précisé, il faut déterminer qui en est le débiteur : à qui échoit-il de garantir ce droit ?

La question se pose avec une acuité particulière en matière de sécurité sociale, dans la mesure où la hiérarchie classique des normes y est souvent quelque peu malmenée, compte tenu de ce qu'un nombre significatif de choix politiques essentiels sont confinés dans des arrêtés royaux, des arrêtés du gouvernement et des arrêts ministériels, quand il ne s'agit pas de simples circulaires ou instructions administratives, au lieu d'être inscrits dans une norme de rang législatif, au sens formel du terme. On peut ainsi se demander ce qu'il subsiste, en droit de la sécurité sociale, du principe de légalité (53), compris comme cette exigence au fondement de l'État de droit que le pouvoir d'exécution de la loi par l'exécutif soit borné par

(52) Sur la constitution de ce champ, voy. G. LOOSVELDT, « Het welzijnsrecht: van prematuurtje over leerjongen tot wasdom », *Sociale zekerheden in vraagvorm. Liber amicorum Jef Van Langendonck*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 245-256. Pour un essai de définition, J. PUT *et al.*, « Professionele risico's in de hulpverlening », *Over grenzen. Liber amicorum Herman Cousy*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2011, p. 1251.

(53) Pour de plus amples développements et un cheminement moins elliptique que celui proposé dans les pages qui suivent, voy. notre étude, dont sont reprises ici quelques extraits : D. DUMONT, « Que reste-t-il du principe de légalité en droit de la sécurité sociale ? », *op. cit.* L'article retrace notamment le processus historique au terme duquel le droit de la sécurité sociale n'a finalement jamais été codifié ni harmonisé et tout au long duquel les normes de rang réglementaire ont toujours occupé une place majeure.

cette même moi. Même si la chose a été peu relevée, la question se pose d'autant plus que, depuis l'insertion de l'article 23 dans la Constitution, la sécurité sociale est théoriquement soumise, à l'instar des autres droits économiques, sociaux et culturels constitutionnalisés, à un principe de légalité renforcé, puisque c'est expressément au législateur, au sens formel, que le constituant a confié le soin de mettre en œuvre le droit à la sécurité sociale.

Si cette base textuelle additionnelle aurait *a priori* dû conduire à affermir le principe de légalité applicable au droit de la sécurité sociale (§ 2), ce n'est pas, pour l'instant en tout cas, dans ce sens-là que semble s'orienter la Cour constitutionnelle (§ 3), sans que la raison en apparaisse clairement et au contraire de la section de législation du Conseil d'État (§ 4). Avant d'y venir, nous rappellerons d'abord rapidement, et aux seules fins de la bonne compréhension du problème, les balises constitutionnelles qui gouvernent la répartition des attributions entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif au sein des matières dites réservées à la loi (54) (§ 1).

### § 1. La répartition des attributions entre la loi et le règlement dans les matières réservées à la loi

**15.** Comme on le sait, il est un certain nombre de matières dans lesquelles la Constitution consacre un principe de légalité spécifique, que l'on pourrait qualifier de renforcé. On pense en particulier au droit pénal, au droit des libertés publiques, au droit de l'enseignement ou encore au droit fiscal. Dans toutes ces matières, une ou plusieurs dispositions constitutionnelles réservent en effet explicitement un certain nombre de prérogatives au législateur. Ainsi, dans le champ pénal, les incriminations doivent être établies « par la loi » (art. 12, al. 2) et les peines prévues « en vertu de la loi » (art. 14). S'agissant des droits et libertés, de nombreux droits doivent être consacrés, et d'éventuelles immixtions autorisées, « par la loi », « par

(54) Pour des aperçus d'ensemble du problème de la frontière entre le domaine de la loi et celui du règlement, y compris dans les matières non réservées, ou résiduelles, voy., outre les passages qui y sont consacrés dans les différents manuels de droit constitutionnel cités à la note n° 7, J. VELAERS, « Het "recht op de wetgever": beschouwingen over de voorbehouden en de residuaire bevoegheden », *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2007, pp. 1631-1641 ; K. MUYLLE et J. THEUNIS, « La Cour constitutionnelle comme juge de la séparation des pouvoirs : le cas des délégations et des validations », *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 113-139 ; F. BELLEFLAMME, « La forme et la matière dans la définition du règlement aujourd'hui », *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, *Normes internes infraconstitutionnelles* (I. HACHEZ et al. dir.), Limal, Anthemis, 2012, n° 16 à 26, pp. 328 à 344.

une loi » ou « par le pouvoir législatif » – ou « la loi, le décret ou l'ordonnance] garantissent » tel et tel droit (titre II). En matière d'enseignement, l'organisation, la reconnaissance et le subventionnement doivent être réglés « par la loi ou le décret » (art. 24, § 5). En matière fiscale, l'impôt ne peut être établi que « par une loi » (art. 170, § 1<sup>er</sup>), etc.

Dans ces différentes matières, le pouvoir susceptible d'être confié au roi doit donc être davantage balisé que d'ordinaire : ces matières sont en effet subordonnées au respect d'un principe de légalité propre, qui prend la forme d'une base textuelle réservant expressément un certain nombre de compétences au législateur(55).

**16.** La Cour constitutionnelle n'a pas attendu l'élargissement de ses compétences au-delà des principes d'égalité et de non-discrimination pour contrôler, par le biais des articles 10 et 11, le respect de la répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif dans ces matières. Très vite, elle a en effet considéré que, dans les matières réservées par la Constitution à la loi, le fait de voir la problématique en cause être examinée par une assemblée délibérante démocratiquement élue s'apparente à une garantie individuelle pour tous les citoyens concernés. Dans la foulée, elle a jugé qu'une différence de traitement entre administrés découlant de ce que, dans une matière réservée, la norme régissant la situation de certains n'est pas l'œuvre du pouvoir législatif est, en règle, discriminatoire, car elle prive une catégorie d'une garantie essentielle par rapport aux administrés bénéficiant, eux, du principe de légalité. Depuis l'extension des normes de référence soumises au contrôle de la Cour, en 2003, à l'ensemble du titre II de la Constitution ainsi que, en particulier, aux articles 170 et 172 relatifs à la matière fiscale, le détour par le prisme de l'égalité n'est plus nécessaire : dans ces matières, la Cour contrôle désormais directement le respect du principe de légalité.

Il importe de préciser que, même dans les matières réservées, on admet que le législateur puisse confier au roi des missions d'exécution de la loi. Mais l'ampleur de ces attributions est limitée par une *bottom line*

(55) Sur le régime juridique des matières réservées à la loi, voy., outre les références citées à la note précédente, W. PAS et B. STEEN, « "Met het nodige voorbehoud". Het grondwettelijk voorbehoud aan de formele en de federale wetgever – Deel 1 », *T.v.W.*, 2004, pp. 362-384 ; H. BORTELS et P. HEYVAERT, « Het legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: een variërende intensiteit van de toetsing », *T.B.P.*, 2011, pp. 334-364 ; G. NINANE et S. PERIN, « La Cour constitutionnelle exerce-t-elle un contrôle à deux vitesses sur les compétences expressément réservées par la Constitution au législateur ? Questions posées quant aux délégations données au pouvoir exécutif », *A.P.*, 2015, pp. 61-67.

dont le tracé est, dans son principe au moins, net : au sein d'une matière réservée à la loi, au moins « les éléments essentiels » des mesures à exécuter – telle est la formule constamment employée par la Cour constitutionnelle – doivent être fixés par le législateur lui-même. Par voie de conséquence, la Cour conditionne les attributions de compétences au pouvoir exécutif à l'exigence que ces attributions soient définies de manière suffisamment précise et qu'elles ne portent que sur la mise en œuvre de principes préalablement posés par une assemblée délibérante démocratiquement élue. Autrement dit, ces attributions ne peuvent avoir pour objet la détermination des principes eux-mêmes.

Certes, il faut bien constater que la théorie des matières réservées à la loi a fort perdu de sa cohérence conceptuelle et de sa clarté au fil des assouplissements de plus en plus lâches – mais variables selon les matières – qui ont été admis par la Cour constitutionnelle. Il en résulte que, même pour les constitutionnalistes, la théorie des matières réservées à la loi s'apparente désormais à ce qu'il faut bien appeler un sac de nœuds(56). Reste que, pour autant, tout n'est pas permis : il est plusieurs affaires dans lesquelles la Cour a annulé une disposition législative pour violation de la séparation des pouvoirs. Ainsi, pour ne prendre que quelques exemples, il est déjà arrivé que la Cour constitutionnelle invalide une disposition pénale pour non-conformité au principe de légalité, en jugeant certaines notions à ce point vagues et imprécises qu'il était impossible d'en déterminer la portée exacte(57). La Cour a également prononcé l'annulation d'un dispositif prévoyant une atteinte au droit de propriété dont l'étendue et les modalités étaient entièrement renvoyées au pouvoir exécutif(58). En matière d'enseignement, et notamment de droits d'inscription, la Cour a interdit aux gouvernements de communauté de « combler l'imprécision [des] principes ou [d']affiner des options insuffisamment détaillées » au préalable par le législateur décentralisé, exigeant de celui-ci qu'il exprime « sans ambiguïté une volonté politique unique »(59). Dans le champ fiscal, la Cour a jugé inconstitutionnelle une délégation au roi qui énumérait de manière simplement exemplative

(56) Voy. en effet les analyses, souvent empreintes de beaucoup de perplexité, des auteurs cités aux notes n<sup>os</sup> 54 et 55.

(57) C.A., 20 octobre 2004, n<sup>o</sup> 158/2004, B.9.

(58) C.A., 30 juin 2004, n<sup>o</sup> 115/2004, B.3.

(59) C.A., 7 mai 1992, n<sup>o</sup> 33/92, B.5.2. et, mais avec une formulation un peu différente, C.A., 1<sup>er</sup> juin 1994, n<sup>o</sup> 45/1994, B.8.

et non limitative les critères sur la base desquels le montant exact d'un impôt devait être déterminé (60), etc.

Malgré les incertitudes qui planent autour du régime juridique précis des matières réservées à la loi, on peut donc conclure, avec Jan Velaers, à l'existence dans ces matières d'une forme de « droit au législateur » (61).

## **§ 2. Le principe de légalité déduit de l'article 23 de la Constitution, ou la consécration d'un « droit au législateur » en matière de protection sociale ?**

**17.** Quel rapport tout ceci entretient-il avec l'article 23 de la Constitution et le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale qu'il proclame ? En vertu du libellé même du texte, c'est au législateur, ou plutôt aux législateurs, qu'il appartient de concrétiser les droits économiques, sociaux et culturels, afin de donner corps au prescrit constitutionnel. En son alinéa 2, l'article 23 prévoit en effet : « la loi, le décret ou [l'ordonnance] garantissent [...] les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice ». S'il est largement admis que, dans l'accomplissement de cette mission, les législateurs fédéral, régionaux et communautaires disposent, chacun dans les limites de ses compétences, d'une large marge d'appréciation (62), la question qui nous intéresse ici est celle de savoir si la disposition n'impose pas une certaine répartition des tâches entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif dans la mise en œuvre du mandat constitutionnel. L'article 23 n'est-il pas porteur, dans les champs couverts par les différents droits économiques, sociaux et culturels qu'il consacre, et en particulier en matière de protection sociale, d'un principe de légalité, en réservant explicitement la garantie de ces droits au législateur formel ?

Les travaux préparatoires ne sont guère diserts sur la question (63). À leur suite, la doctrine relative à la portée juridique du droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale consacré par l'article 23, alinéa 3, 2<sup>o</sup>, de la Constitution ne l'est pas davantage (64).

(60) C.C., 16 juin 2011, n<sup>o</sup> 103/2011, B.5. et B.6.

(61) J. VELAERS, « Het "recht op de wetgever" », *op. cit.*, n<sup>o</sup> 13, p. 1641.

(62) Sur la portée juridique du droit constitutionnel à la sécurité sociale, voy. *infra*, n<sup>os</sup> 28 et s.

(63) Révision du titre II de la Constitution, par l'insertion d'un article 24bis relatif aux droits économiques et sociaux, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 1991-1992, n<sup>os</sup> 100-2/3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>.

(64) Parmi toutes les études citées à la note n<sup>o</sup> 10, l'unique exception est J.-F. NEVEN, E. DERMINE, S. PALATE et S. GILSON, « Les droits à la sécurité sociale et à l'aide sociale, médicale et juridique », *op. cit.*, n<sup>os</sup> 25 à 36, pp. 1342 à 1351.

Pourtant, la lettre du texte ne devrait *a priori* guère laisser de place au doute, nous semble-t-il, dans la mesure où le libellé retenu est manifestement calqué sur celui d'autres dispositions du titre II de la Constitution ayant pour objectif autant que pour effet de réserver une matière au pouvoir législatif (art. 11, 11*bis*, 22 et 22*bis*). Il est vrai que, dans le cas de l'article 23, le renvoi aux législateurs pourrait s'expliquer avant tout par la volonté du constituant, exprimée à de nombreuses reprises dans les travaux préparatoires, de priver la disposition de tout effet direct (65). Mais il n'y a pas d'incompatibilité entre l'un et l'autre constats. De surcroît, on soulignera qu'au regard des autres dispositions constitutionnelles précitées, l'article 23 va plus loin, en ajoutant après la formule « la loi, le décret ou [l'ordonnance] garantissent [...] les droits économiques, sociaux et culturels », la précision « et déterminent les conditions de leur exercice » : c'est aux législateurs, au sens formel du terme, qu'il appartient de donner chair aux droits économiques, sociaux et culturels.

Par voie de conséquence, il faut en déduire à notre sens que l'ensemble de la législation visant à concrétiser le droit constitutionnel à la sécurité sociale a basculé, en 1994, du statut de matière résiduaire à celui de matière réservée à la loi. À suivre cette lecture, l'article 23 de la Constitution consacrerait donc un « droit au législateur » en sécurité sociale. Cela veut dire que, en cette matière, le pouvoir exécutif n'est plus seulement tenu d'agir dans les limites de l'économie générale des lois à exécuter. Le législateur a en outre l'obligation, dans chaque régime et dans chaque secteur de la sécurité sociale, d'en consigner tous les éléments essentiels dans un texte de rang législatif. À tout le moins, compte tenu des incertitudes qui planent sur l'ampleur exacte des délégations autorisées dans les matières réservées à la loi, on devrait admettre, en toute logique, que le pouvoir susceptible d'être confié au roi dans le champ de la sécurité sociale doit être plus limité que dans les matières non réservées, sous peine de renoncer à toute cohérence.

(65) Ce point est accentué par H. BORTELS et P. HEYVAERT, « Het legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof », *op. cit.*, nos 83 et 85, pp. 355 et 356.

### § 3. Le laisser-faire de la Cour constitutionnelle

**18.** Il faut bien le constater, telle n'est pas vraiment la voie qui a été suivie par la Cour constitutionnelle jusqu'à présent (66). Certes, alors qu'on ne peut pas dire qu'elle était poussée dans le dos par la doctrine, la Cour a reconnu assez vite, après quelque tergiversation (67), que l'article 23 recèle une « exigence de légalité » (68). Dans la mesure où la disposition assigne au législateur formel l'obligation positive de réaliser progressivement les droits économiques, sociaux et culturels, c'est à lui qu'il appartient de mettre en œuvre ces droits. Mais la Cour a également affirmé, et tout aussi vite, à l'occasion d'une affaire concernant du reste plus spécifiquement le droit à la sécurité sociale, que la matière n'est pas « pareillement » réservée à la loi que la matière fiscale, se contentant d'indiquer ensuite que le législateur avait en l'espèce satisfait au prescrit constitutionnel en définissant lui-même « les limites » – en l'occurrence particulièrement lâches – dans lesquelles les pouvoirs attribués au roi peuvent être exercés (69).

Depuis, le standard de contrôle employé par la Cour a régulièrement varié d'un arrêt à l'autre. Dans sa déclinaison la plus laxiste, qui est aussi la plus fréquente et qui semble exprimer la position actuelle de la Cour, il se réduit à l'exigence que le législateur formule « l'objet » des mesures à adopter (70)-(71), tandis qu'à l'autre bout du spectre, il consiste à imposer

(66) Pour des analyses antérieures de la question, voy. G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, *op. cit.*, n° 817 à 826, pp. 415 à 419 ; A. VANDEBURIE, *L'article 23 de la Constitution*, *op. cit.*, n° 63 et 65, pp. 70 et 72 ; M. VERDUSSEN et N. BONBLED, « Les droits culturels et sociaux dans la Constitution belge », *op. cit.*, pp. 67 et 68 ; M. BOSSUYT, « Artikel 23 van de Grondwet in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof », *Sociale en economische grondrechten/Les droits économiques et sociaux*, *op. cit.*, pp. 60 et 61 ; et surtout H. BORTELS et P. HEYVAERT, « Het legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof », *op. cit.*, n° 81 à 112, pp. 355 à 363. Adde G. NINANE et S. PERIN, « La Cour constitutionnelle exerce-t-elle un contrôle à deux vitesses sur les compétences expressément réservées par la Constitution au législateur ? », *op. cit.*

(67) C.A., 10 février 1999, n° 14/99, B.6.2.

(68) C.A., 6 octobre 1999, n° 103/99, B.3.2. ; C.A., 6 octobre 1999, n° 104/99, B.4.2.

(69) C.A., 3 avril 1998, n° 18/98, B.6. Voy. aussi C.A., 5 juin 2002, n° 93/2002, B.4.3. ; C.A., 27 novembre 2002, n° 172/2002, B.4.3.

(70) C.C., 10 juillet 2008, n° 101/2008, B.39. (c'est l'arrêt dit *Wooncode*, qui a plutôt retenu l'attention de la doctrine pour les autres questions sensibles qu'il a tranchées : voy. toutefois la note de B. HUBEAU, « De rechterlijke tussenkomst bij de ontbinding van de sociale huurovereenkomst gerehabiliteerd », *R.W.*, 2008-2009, n° 18, pp. 1142 et 1143) ; C.C., 18 décembre 2008, n° 182/2008, B.6.3. ; C.C., 9 décembre 2010, n° 135/2010, B.15. ; C.C., 22 décembre 2010, n° 151/2010, B.4. ; C.C., 28 juin 2012, n° 84/2012, B.5.2. ; C.C., 12 juillet 2012, n° 88/2012, B.13.3. ; C.C., 31 juillet 2013, n° 110/2013, B.4. ; C.C., 3 avril 2014, n° 62/2014, B.3.2. ; C.C., 5 mars 2015, n° 24/2015, B.39. ; C.C., 17 mars 2016, n° 42/2016, B.8.1. ; C.C., 6 octobre 2016, n° 125/2016, B.50.1. et B.63.1. Dans une espèce plus ancienne, la Cour a même validé l'attribution au roi de pouvoirs spéciaux en matière de sécurité sociale : C.A., 13 février 2002, n° 37/2002, B.2.6.

(71) Dans un arrêt isolé, la Cour est allée encore en deçà, mais sans doute par accident. N'ayant pas perçu que la loi au sujet de laquelle une question préjudicielle lui était posée relevait de la sécurité sociale – l'affaire concernait l'étendue de l'assujettissement au régime des travailleurs salariés –, et, partant, était couverte par l'article 23 de la Constitution, elle a déclaré son incompétence pour censurer une disposition

au législateur d'« établi[r] lui-même le principe » dont la mise en œuvre est laissée au roi (72), l'exigence de poser les limites dans lesquelles les pouvoirs attribués au roi peuvent être exercés constituant une forme de version médiane entre ces deux variantes. Dans un arrêt n° 147/2005, isolé mais rendu en séance plénière et relatif au droit à la sécurité sociale, la Cour s'est montrée plus sourcilleuse, en posant, comme elle l'a fait en matière d'enseignement, qu'à travers des délégations, « un gouvernement ne saurait combler l'imprécision des principes arrêtés par le législateur compétent lui-même ou affiner des options insuffisamment détaillées ». Et de souligner, dans le cas qui lui était soumis, que « les compétences qui ont été déléguées [...] sont limitées par des choix opérés par le législateur [...] lui-même », avant de renvoyer explicitement aux juridictions administratives et judiciaires le soin de contrôler l'usage que fera le gouvernement de ces délégations (73).

Depuis cet arrêt, la section de législation du Conseil d'État considère de manière constante que, dans les matières visées à l'article 23 de la Constitution, il appartient au législateur formel « de fixer les éléments essentiels de la réglementation en projet » et que « seul le pouvoir d'exécuter les mesures dont les éléments essentiels sont fixés au préalable par le législateur peut être laissé au roi » (74), ce qui revient à mettre ces matières exactement sur le même pied que les autres matières réservées par la Constitution à la loi.

Il reste que, jamais à ce jour, la Cour n'a, en matière de droits économiques, sociaux et culturels, fait explicitement usage de son critère habituel des éléments essentiels (75). Il est vrai que l'exigence d'une définition par la loi du « principe » et, plus encore, « des choix » à mettre en œuvre s'en rapproche quelque peu. Mais, en sens inverse, la Cour a eu l'occasion de souligner aussi, à propos d'une délégation au gouvernement dont la validité était contestée, qu'elle « fixe, ce qui n'est pas exigé par l'article 23 de la Constitution,

---

réglant la répartition d'attributions entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, soit la formule usuelle qu'elle répète lorsqu'une violation du principe de légalité est invoquée dans une matière non réservée à la loi : C.C., 22 septembre 2016, n° 118/2016, B.4.

(72) C.A., 21 juin 2006, n° 103/2006, B.3.3. Voy. aussi, mais avec des formulations un peu différentes, C.A., 1<sup>er</sup> avril 1998, n° 37/98, B.4.4. ; C.A., 15 mars 2006, n° 43/2006, B.21. ; C.C., 17 avril 2008, n° 64/2008, B.33. et B.55.

(73) C.A., 28 septembre 2005, n° 147/2005, B.11.2. et B.11.6.

(74) À notre connaissance, ces exigences ont été formulées par le Conseil d'État pour la première fois en 2005, dans son avis relatif au projet de loi relatif au pacte de solidarité entre les générations, et sous l'angle du droit à la sécurité sociale : avis n° 39.420/1/2 des 22 et 23 novembre 2005, *Doc. parl.*, Ch repr., sess. 2005-2006, n° 51-2128/001, p. 114.

(75) Il faut toutefois signaler la possible exception que constitue C.A., 14 décembre 2005, n° 189/2005, B.10.3., mais en ajoutant immédiatement que, dans cette affaire, l'article 23 a été mobilisé en même temps que d'autres dispositions du titre II de la Constitution réservant certaines attributions au législateur.

les aspects essentiels » du dispositif à adopter(76). De surcroît, indépendamment de la fluctuation du standard de contrôle lui-même, il est frappant que l'application concrète qui en est faite par la Cour est généralement nettement moins rigoureuse que dans les autres matières réservées. C'est pourquoi le principe de légalité déduit de l'article 23 tend à être considéré par la doctrine – néerlandophone en tout cas – comme une variante « affaiblie »(77), « édulcorée »(78) ou encore « atténuée » de ce principe(79)/(80). De fait, on ne recense aucune annulation sur cette base à ce jour.

#### § 4. Prendre plus au sérieux le constat que la protection sociale est une matière expressément réservée à la loi

19. Comme à d'autres(81), l'inconstance et plus encore l'affadissement du contrôle opéré par la Cour constitutionnelle sur le principe de légalité applicable en matière de droits économiques, sociaux et culturels nous paraissent critiquables, dans la mesure où, outre que la Cour ne les a jamais justifiés, on ne voit pas sur quel argument solide ils pourraient reposer. Pour des raisons de texte comme de cohérence interne, pourquoi la Cour ne reprend-elle pas, à propos de la portée du principe de légalité qu'elle-même voit dans l'article 23, la formule qu'elle emploie de manière constante à propos de toutes les autres matières réservées à la loi, à savoir l'exigence que tous les éléments essentiels de la matière en cause soient consacrés dans un texte de rang législatif ? Avec Brecht Steen, on peut soutenir qu'il pourrait éventuellement se comprendre que la Cour, un peu comme en matière fiscale, se montre sensible à la très grande technicité et à la complexité intrinsèque de la matière et que, pour cette raison, elle fasse une application souple du standard de contrôle applicable, mais,

(76) C.C., 9 décembre 2010, n° 135/2010, B.15.

(77) M. BOSSUYT, « Artikel 23 van de Grondwet in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof », *op. cit.*, p. 61 ; H. BORTELS et P. HEYVAERT, « Het legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof », *op. cit.*, n° 1, p. 334 ; A. ALEN et K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, *op. cit.*, vol. 1, n° 80, p. 36, note infrapaginale n° 89 ; S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk recht*, *op. cit.*, p. 195.

(78) K. MUYLLE et J. THEUNIS, « La Cour constitutionnelle comme juge de la séparation des pouvoirs », *op. cit.*, n° 23, p. 126.

(79) P. POPELIER, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, *op. cit.*, n° 45, p. 40. Dans le même sens encore, J. VELAERS, « Het "recht op de wetgever" », *op. cit.*, n° 5, p. 1635 et J. VANDE LANOTTE *et al.*, *Belgisch publiekrecht*, *op. cit.*, vol. 1, n° 971, p. 686.

(80) Par contraste, la doctrine francophone (voy. les auteurs référencés à la note n° 66) tend à mettre en exergue l'arrêt n° 147/2005 cité à la note n° 73, certes relatif au droit qui nous intéresse plus particulièrement ici, le droit à la sécurité sociale, mais qui est également un peu dissonant au regard du reste de la jurisprudence de la Cour.

(81) B. STEEN, « Artikel 23 van de Grondwet en de rechtspraak van de Raad van State », *Sociale en economische grondrechten/Les droits économiques et sociaux*, *op. cit.*, n° 24, p. 135.

quant à ce standard de contrôle lui-même, il n'y a pas de raison qu'il soit distinct, dans son principe ou son libellé, de celui qui vaut pour toutes les autres matières réservées par la Constitution à la loi.

Telle est du reste l'attitude adoptée par la section de législation du Conseil d'État depuis plus d'une dizaine d'années<sup>(82)</sup>. Depuis 2005, la jurisprudence – du moins à ce que l'on en sait<sup>(83)</sup> – est fixée en ce sens qu'il appartient au législateur formel de déterminer lui-même les éléments essentiels de la réglementation en projet lorsque celle-ci entre dans le champ de l'article 23 de la Constitution<sup>(84)</sup>. Cette ligne semble avoir été développée par le Conseil d'État en particulier dans ses avis relatifs aux décrets de la Communauté flamande posant les bases d'une « strate » de protection sociale propre au nord du pays. Dans ses avis concernant la *zorgverzekering*<sup>(85)</sup>, l'aide financière aux personnes handicapées<sup>(86)</sup> et le cadre général de la protection sociale flamande<sup>(87)</sup>, le Conseil d'État

(82) *Ibid.*, n° 24, pp. 132 à 135. L'auteur relève toutefois une plus grande sensibilité des chambres néerlandophones que francophones à l'argument du caractère technique de la matière. Un peu dans le même sens que Steen, d'autres auteurs, critiques à l'égard de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, ont conclu : « L'on peut admettre que cet article [l'article 23 de la Constitution] soit interprété de manière pragmatique. Encore faut-il toutefois ne pas lui donner une portée qui ne donne plus aucun sens au principe de légalité » (G. NINANE et S. PERIN, « La Cour constitutionnelle exerce-t-elle un contrôle à deux vitesses sur les compétences expressément réservées par la Constitution au législateur ? », *op. cit.*, p. 67).

(83) À ce propos, voy. V. PERTRY, « Over ontmoetingen tussen de afdeling Wetgeving van de Raad van State en het sociaal recht », *Markante standpunten. Opstellen opgedragen aan prof. dr. Marc Rigaux* (P. HUMBLET et A. VAN REGENMORTEL dir.), Anvers-Cambridge, Intersentia, 2015, n° 27 à 33, pp. 172 à 178, et les nombreuses réf. citées. L'étude repose sur l'analyse d'un échantillon de 80 avis rendus sur des projets ou propositions de textes législatifs entre 2002 et 2015. Cette démarche mériterait certainement d'être systématisée, de manière à inclure, d'une part, les avis (à ce jour non encore publiés) relatifs aux projets de textes réglementaires et, d'autre part, les suites données – ou non – à ces avis par les auteurs des projets. Pareille recherche sera grandement facilitée par l'entrée en vigueur, au 1<sup>er</sup> janvier 2017, de la loi du 10 août 2016 modifiant les lois sur le Conseil d'État coordonnées le 12 janvier 1973 en vue de la publication des avis de la section de législation, *M.B.*, 14 septembre 2016, qui systématisé la publication des avis de la section de législation et prévoit la publication de tous les avis rendus antérieurement d'ici le 1<sup>er</sup> janvier 2019. Sur la problématique, voy. P. POPELIER, « De bekendmaking van de adviezen van de Raad van State in tien categorieën: over de bevoegdheid van de federale wetgever en de twijfels van de Raad van State », *R.W.*, 2016-2017, pp. 1082-1089 ; R. ANDERSEN, « Vers une publicité générale et intégrale des avis du Conseil d'État », *Les visages de l'État. Liber amicorum Yves Lejeune* (P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN coord.), Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 75-90 ; J. VAN NIEUWENHOVE, « Openbaarheid van de adviezen van de Raad van State », *T.v.W.*, 2017, pp. 3-18.

(84) Voy. l'avis de principe référencé à la note n° 74.

(85) Avis n° 44.583/3 du 11 juin 2008 sur un projet devenu le décret « tot wijziging van het decreet van 30 maart 1999 houdende de organisatie van de zorgverzekering », *Doc.*, parl. fl., sess. 2007-2008, n° 1810/1, pp. 28 à 30.

(86) Avis n° 54.820/1 du 24 janvier 2014 sur un projet devenu le décret « houdende de persoonsvolgende financiering voor personen met een handicap en tot hervorming van de wijze van financiering van de zorg en de ondersteuning voor personen met een handicap », *Doc.*, parl. fl., sess. 2013-2014, n° 2429/1, pp. 119 et 120.

(87) Avis n° 50.623/AV/3 des 17 et 24 janvier 2012 sur un projet devenu le décret « houdende de Vlaamse sociale bescherming », *Doc.*, parl. fl., sess. 2011-2012, n° 1603/1, pp. 149 à 152 ; avis 58.697/1 du 5 février 2016 sur un projet devenu le décret « houdende de Vlaamse sociale bescherming », *Doc.*, parl. fl., sess. 2015-2016, n° 715/1, pp. 159 et 160.

expose en effet que le législateur ne peut pas se limiter à déterminer simplement l'objet des prestations sociales mises en place et, pour le surplus, à déléguer entièrement au gouvernement le soin de définir leur nature, leur champ d'application et leurs conditions d'octroi. Dans la foulée, les juristes de la haute juridiction administrative ont émis des réserves à l'égard des habilitations jugées trop lâches, appelant à chaque fois l'auteur du projet à arrêter lui-même, dans le texte du décret, les règles auxquelles l'exécution sera ensuite donnée par le gouvernement.

Le Conseil d'État s'est également ému des libertés particulièrement larges prises avec le principe de légalité dans le champ de l'assurance chômage (88). On sait que, encore aujourd'hui, toute la réglementation en la matière repose uniquement sur une disposition de l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs. Adopté dans l'urgence à l'approche de la Libération du pays, l'arrêté-loi a donné mandat au pouvoir exécutif pour organiser le fonctionnement de l'assurance chômage (89). Faute d'avoir été remplacé depuis, comme ça a été le cas dans les autres branches, par une loi en bonne et due forme, la politique du chômage continue d'échapper à tout droit de regard des élus de la nation et à faire l'objet d'une mainmise exclusive du pouvoir exécutif. Dans son avis relatif à l'arrêté royal de 2012 qui a renforcé significativement la dégressivité des allocations de chômage (90), et n'est précédé d'aucune explication, le Conseil d'État a souligné que l'habilitation particulièrement large conférée au roi par l'article 7 de l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 « pourrait se heurter au principe de légalité prévu par l'article 23 de la Constitution », dans la mesure où cette habilitation porte sur « la fixation de l'ensemble de la réglementation du chômage » (91). Dans la foulée, le législateur a reconnu, à l'occasion de l'adoption d'une loi portant des dis-

(88) Pour une discussion plus approfondie du cas singulier de l'assurance chômage, D. DUMONT, « Que reste-t-il du principe de légalité en droit de la sécurité sociale ? », *op. cit.*, n<sup>os</sup> 19 et 24 à 26.

(89) Arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, *M.B.*, 30 décembre 1944, art. 7, en particulier § 1<sup>er</sup>, al. 3, i) : « dans les conditions que le roi détermine, l'Office national de l'emploi a pour mission d'assurer [...] le paiement aux chômeurs involontaires et à leur famille des allocations qui leur sont dues ».

(90) A.R. du 23 juillet 2012 modifiant l'A.R. du 25 novembre 1991 portant la réglementation du chômage dans le cadre de la dégressivité renforcée des allocations de chômage et modifiant l'A.R. du 28 décembre 2011 modifiant les articles 27, 36, 36<sup>ter</sup>, 36<sup>quater</sup>, 36<sup>sexies</sup>, 40, 59<sup>quinquies</sup>, 59<sup>sexies</sup>, 63, 79, 92, 93, 94, 97, 124 et 131<sup>septies</sup> de l'A.R. du 25 novembre 1991 portant la réglementation du chômage, *M.B.*, 30 juillet 2012.

(91) Avis n<sup>o</sup> 51.467/1 du 21 juin 2012 sur un projet devenu l'A.R. du 23 juillet 2012 (cité à la note précédente), non publié mais dont le passage pertinent a été reproduit dans l'avis n<sup>os</sup> 53.293/1 et 53.294/1 du 3 juin 2013 sur un projet devenu la loi portant diverses modifications en vue de l'instauration d'un nouveau système social et fiscal pour les travailleurs occasionnels dans le secteur de l'horeca, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2012-2013, n<sup>o</sup> 53-2990/1, pp. 15 à 18.

positions diverses venue (très) légèrement étoffer l'habilitation légale (92), que la « formulation très ramassée » de cette dernière pose problème dès lors qu'elle porte sur une matière « explicitement attribué[e] au législateur » et dont, par conséquent, « le législateur lui-même doit régler les éléments essentiels » (93). En disant cela, le législateur a ainsi franchi le pas que seule la Cour constitutionnelle se refuse encore à franchir, en considérant que, puisque l'on a affaire à une matière réservée à la loi en vertu de l'article 23 de la Constitution, tous ses éléments essentiels devraient être arrêtés par le pouvoir législatif et lui seul.

**20.** On ajoutera encore que, pour sa part, la Cour de cassation semble retenir une conception plus exigeante du principe de légalité et de la notion de matière réservée que la Cour constitutionnelle. Dans un arrêt de 2002, notre cour suprême a en effet considéré, à propos d'une disposition du code du chômage relative à l'admissibilité aux allocations d'insertion des étrangers, que cette disposition ne répondait pas à la notion de loi au sens de l'article 191 de la Constitution, en vertu duquel une différence de traitement entre Belges et étrangers ne peut être établie que par le législateur, dans la mesure où il y a lieu d'entendre par loi un « acte émanant du pouvoir législatif » – *quod non* évidemment en l'espèce. Et la Cour de souligner en outre que l'article 7 de l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 ne peut pas habiliter le roi à déroger à la Constitution (94). Il s'en déduit que la disposition réglementaire qui était en cause est inconstitutionnelle et doit être écartée par les juridictions du travail. On ajoutera que la Cour aurait parfaitement pu aboutir à la même conclusion sur la base de l'article 23 de la Constitution (95). Elle pourrait très bien y parvenir dans le futur, dans le cadre d'autres contentieux.

(92) Arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, art. 7, § 1<sup>re</sup> septies et § 1<sup>re</sup> octies, introduits par la loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de sécurité sociale, *M.B.*, 6 juin 2014, en vue de compléter l'art. 7, § 1<sup>er</sup>, al. 3, i), de l'arrêté-loi.

(93) Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de sécurité sociale, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2013-2014, n° 53-3359/1, p. 13.

(94) Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 25 mars 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 440, avec les conclusions conformes du ministère public. Quelques mois après cet arrêt, deux nouveaux paragraphes, les §§ 14 et 15, étaient insérés par loi-programme dans l'article 7 de la loi du 28 décembre 1944, afin d'y loger les dispositions du code du chômage relatives aux conditions d'admissibilité et d'octroi propres aux étrangers.

(95) Ainsi que l'avait écrit un auteur isolé dès 1996, « on pourrait contester, sur la base de l'article 23 de la Constitution, qu'un "droit à la sécurité sociale" aussi important que le droit aux allocations de chômage ne soit toujours, pour ses règles fondamentales, pas réglé par une loi mais par un arrêté royal, ce qui ne semble pas conforme au principe de légalité et de hiérarchie des sources du droit, tels qu'ils ressortent de l'énoncé de cette disposition constitutionnelle » : H. FUNCK, « Le droit à l'aide sociale dans la Constitution : quelle incidence sur le droit à l'aide sociale ? », *Rev. dr. comm.*, 1996, n° 19, p. 276.

**21.** Pour résoudre la difficulté – et on terminera par-là cette section –, il faut que soit enfin clarifié le standard de contrôle au regard duquel la Cour constitutionnelle jauge le respect du principe de légalité consacré par l'article 23 de la Constitution. Puisque les droits économiques, sociaux et culturels sont, en vertu d'une disposition expresse de la Constitution, une matière réservée à la loi, nous ne voyons pour notre part, on l'aura compris, aucune raison qui militerait en faveur de l'adoption d'une solution distincte de celle qui s'applique à toutes les autres matières réservées à la loi. Conceptuellement, rien ne différencie par exemple la sécurité sociale de la matière fiscale qui justifierait que le principe de légalité applicable à celle-ci soit distinct de celui applicable à celle-là. Partant, la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels doit être subordonnée elle aussi, ne serait-ce que pour une simple raison de cohérence interne, à l'exigence principielle que le législateur formel détermine lui-même tous les éléments essentiels de la matière en question au terme d'un débat démocratique, ainsi que le soutient la section de législation du Conseil d'État – et ainsi que semble désormais l'admettre le législateur lui-même.

Il en découle qu'en matière de sécurité sociale, de protection de la santé et d'aide sociale et médicale, une délégation au pouvoir exécutif ne devrait être admissible qu'à la double condition, ainsi que la Cour le requiert pour toute matière réservée par la Constitution à la loi, que cette délégation soit définie de manière suffisamment précise, d'une part, et qu'elle porte sur l'exécution de mesures dont les principes ont été définis préalablement par le législateur, d'autre part. Incidemment, on soulignera que pareils réquisits autorisent encore une flexibilité significative. Ils interdisent, en revanche, que le processus normatif soit presque totalement soustrait à la confrontation publique des points de vue au sein d'une assemblée démocratiquement élue, comme cela se produit régulièrement (96).

---

(96) Pour une première tentative d'identifier ce que sont les « éléments essentiels » de la sécurité sociale qui devraient impérativement figurer dans un texte de rang législatif, D. DUMONT, « Que reste-t-il du principe de légalité en droit de la sécurité sociale ? », *op. cit.*, n° 29. Pour une réflexion plus large sur la plausibilité et la désirabilité d'une stratégie de restauration de la loi en matière de sécurité sociale, compte tenu du rôle historique joué par les mécanismes de gestion paritaire, *ibid.*, n°s 31 et 32.

## SECTION 3.

**PAS DE PRESTATIONS SOCIALES SANS DEVOIRS ?  
LA SIGNIFICATION DES « OBLIGATIONS CORRESPONDANTES »**

**22.** Une troisième problématique doit encore être abordée avant de se tourner vers la question de la justiciabilité du droit constitutionnel à la sécurité sociale : il s'agit des contreparties auxquelles l'octroi des prestations sociales peut, en vertu de l'article 23 de la Constitution, être subordonné. En son alinéa 2, la disposition indique en effet que c'est « en tenant compte des obligations correspondantes » que les droits économiques, sociaux et culturels doivent être garantis par le législateur. Quelle est, en matière de protection sociale, la signification de ces « obligations correspondantes » susceptibles d'être consacrées en même temps que les prestations donnant consistance au droit fondamental à la sécurité sociale ? Pas de droits sociaux sans devoirs ?

La question a une résonance particulière dans le contexte général de la transformation progressive de l'État-providence en État social actif depuis le début des années 2000 (97), et plus encore en période d'austérité. De manière générale, tous les systèmes de protection sociale des pays européens et nord-américains sont confrontés à un tournant de l'« activation ». On entend par là la multiplication des mesures qui visent à rapprocher les personnes sans emploi bénéficiaires d'une prestation sociale de la perspective d'une participation au marché du travail. Si ces mesures peuvent prendre la forme d'une amélioration de l'aide fournie par les services publics de l'emploi, d'un développement de l'accompagnement individualisé des demandeurs d'emploi ou d'investissements accrus dans la formation professionnelle, elles consistent aussi souvent, et de plus en plus, en un renforcement, parfois drastique, des conditions à satisfaire pour pouvoir bénéficier d'une prestation de sécurité sociale (98). L'État social actif semble ainsi présenter deux visages, selon qu'il se traduit plutôt

(97) Pour une introduction à ce concept et à ses traductions juridiques, on se permet de renvoyer à D. DUMONT, « Vers un État social "actif" ? », *J.T.*, 2008, pp. 133-139, et aux réf. citées.

(98) Pour des aperçus comparés, J.-C. BARBIER et W. LUDWIG-MAYERHOFER, « The Many Worlds of Activation », *European Societies*, vol. 6, n° 4, 2004, pp. 423-436 ; A. SERRANO PASCUAL et L. MAGNUSSON (dir.), *Reshaping Welfare States and Activation Regimes in Europe*, coll. Work & Society, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2007 ; W. EICHHORST, O. KAUFMANN et R. KONLE-SEIDL (dir.), *Bringing the Jobless into Work? Experiences with Activation Schemes in Europe and the US*, Berlin, Springer, 2008 ; G. VONK, « Repressive Welfare States : The Spiral of Obligations and Sanctions in Social Security », *European Journal of Social Security*, vol. 16, n° 3, 2014, pp. 188-203. Pour une analyse dans une perspective plus juridique, centrée sur le phénomène de la contractualisation des prestations sociales, D. DUMONT, « Activation rime-t-elle nécessairement avec stigmatisation ? Une mise en perspective critique du procès de l'État social actif », *Droit et société*, n° 78, 2011, pp. 447-471.

par une amélioration des dispositifs d'aide à la réinsertion socioprofessionnelle ou alimente davantage des mesures principalement voire exclusivement coercitives.

**23.** La mention d'obligations ne figurait pas dans la proposition initiale de révision de la Constitution. Les développements qui l'accompagnaient faisaient toutefois écho au « droit [*plicht* dans la version néerlandaise, c'est-à-dire non pas droit mais devoir !] du citoyen de collaborer au progrès social et économique de la société dans laquelle il vit » (99). L'insertion de la notion d'obligations correspondantes dans le texte finalement adopté résulte d'un amendement introduit par le sénateur social-chrétien flamand Alex Arts – qui sera, plus tard, juge puis président de la Cour constitutionnelle. L'ajout a été justifié par la considération que « dès l'instant où l'individu obtient des droits fondamentaux socio-économiques et culturels, [il] a personnellement pour obligation de contribuer à leur réalisation » (100). Il s'agissait donc d'investir les titulaires des droits nouvellement consacrés non pas seulement de prérogatives mais aussi de responsabilités.

Dix ans plus tard, Micheline Jamoulle s'inquiétait, à l'heure où montait en puissance dans le discours politique le modèle de l'État social actif, d'« une certaine contestation des valeurs de solidarité et de justice distributive qui sous-tendent la protection sociale ». Elle faisait aussi le constat que, parmi les droits fondamentaux proclamés, c'est sans doute le droit à la sécurité sociale qui est le plus exposé à la dénonciation des limites de l'État-providence (101). D'autres, en sens inverse, ont accentué le principe que les droits sociaux fondamentaux proclamés par l'article 23 ne sont pas inconditionnels (102).

Que l'on déplore ou que l'on se réjouisse de la consécration par le constituant d'obligations correspondantes, la question, juridiquement, est de savoir ce qu'il y a lieu d'entendre par là (§ 1). Comment la marge de manœuvre des législateurs, à qui il revient de réaliser le droit à la sécurité sociale, est-elle encadrée (§ 2) ?

(99) Révision du titre II de la Constitution, par l'insertion d'un article 24*bis* relatif aux droits économiques et sociaux, développements, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 1991-1992, n° 100-2/3°, p. 11.

(100) Révision du titre II de la Constitution, par l'insertion d'un article 24*bis* relatif aux droits économiques et sociaux, amendements proposés par M. Arts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 1991-1992, n° 100-2/3°, p. 6.

(101) M. JAMOULLE, « L'article 23 de la Constitution belge dans ses relations avec les droits sociaux fondamentaux, le droit du travail et la sécurité sociale », *op. cit.*, p. 131.

(102) D. PIETERS et P. SCHOUKENS, « Country Report on Belgium », *op. cit.*, p. 29.

## § 1. Les obligations correspondantes, une notion désormais définie

**24.** Face au silence de la jurisprudence, la question du sens précis à donner à la notion d'obligations correspondantes a longtemps fait l'objet de prises de position contrastées en doctrine. Certains jugeaient la mention des obligations correspondantes sans portée autre que morale et symbolique – un simple appel au sens des responsabilités de chacun – (103), là où d'autres y voyaient au contraire le fondement de la possibilité juridique de limiter les droits consacrés (104). L'on doit à Isabelle Hachez d'avoir clos le débat en proposant une interprétation qui a été reprise à son compte par la Cour constitutionnelle. Soucieuse de donner à l'expression « obligations correspondantes » une portée utile tout en la lisant à la lumière de l'ensemble de l'article 23 de la Constitution, I. Hachez a proposé de considérer que les obligations correspondantes fondent bien la possibilité de restrictions aux droits économiques, sociaux et culturels fondamentaux, mais que – et la précision est cruciale – seules sont admissibles les obligations qui entendent permettre à tout un chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine (105).

Ainsi que l'a souligné l'auteure, l'alinéa second de l'article 23 s'ouvre en effet par les mots « à cette fin » : c'est aux fins de permettre à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine que le législateur s'est vu confier pour mission de garantir les droits économiques, sociaux et culturels, et ce en tenant compte des obligations correspondantes. Autrement dit, la réalisation des droits comme la consécration des obligations qui en constituent l'ombre portée doivent être polarisées par la valeur ultime de la dignité humaine. Il en découle une conséquence importante : l'article 23 de la Constitution n'autorise pas n'importe quelle exigence de contrepartie.

**25.** Dans son arrêt dit *Wooncode* de 2008, rendu en séance plénière, la Cour constitutionnelle a fait sienne cette lecture, en affirmant que les éventuelles obligations imposées pour accéder aux droits énoncés à l'article 23 doivent mettre leurs destinataires en mesure de contribuer à la réalisation effective de l'objectif général de mener une vie conforme à la

(103) P. ex. P. MARTENS, « L'insertion des droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution », *R.B.D.C.*, 1995, p. 13.

(104) P. ex. H. FUNCK, « Le droit à l'aide sociale dans la Constitution », *op. cit.*, nos 12 à 17, pp. 271 à 275.

(105) I. HACHEZ, « Les "obligations correspondantes" dans l'article 23 de la Constitution », *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme* (H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 293-324 (voy. les pp. 317 à 322 et les réf. citées pour une présentation exhaustive et une discussion critique des positions en présence avant elle).

dignité humaine. Et la Cour d'ajouter que, partant, les obligations doivent être proportionnées à cet objectif(106).

Dans l'affaire en cause, la Cour constitutionnelle a validé la disposition du Code du logement de la Région flamande qui conditionne l'accès à un logement social à la volonté des locataires et des candidats-locataires d'apprendre le néerlandais. Elle a accepté le choix du législateur flamand de considérer la disposition à apprendre les rudiments de la langue officielle indispensable pour améliorer la qualité de vie au sein des complexes de logements sociaux et s'assurer de l'implication active de chaque locataire dans ce processus(107). Autrement dit, le bénéfice du droit à un logement décent peut être subordonné à l'exigence d'être disposé à apprendre le néerlandais parce que le respect de pareille obligation doit contribuer à renforcer l'effectivité du droit fondamental en cause – et donc, ultimement, de la dignité humaine. On soulignera que pour apprécier la proportionnalité de la mesure restrictive, et donc vérifier qu'il s'agissait bien d'une obligation correspondante au sens de l'article 23 de la Constitution, la Cour s'est montrée sensible au fait que c'est une obligation de moyens et non de résultat qui est imposée au locataire social, que cette obligation ne porte que sur un niveau de connaissance élémentaire de la langue et que des cours sont mis gratuitement à la disposition des personnes intéressées(108).

Avant d'avaliser le dispositif, la Cour a encore contrôlé les modalités de la sanction prévue en cas de non-respect de l'obligation de *taalbe-reidheid*(109). Sur ce plan, elle a également accordé son blanc-seing mais seulement après avoir constaté que la résiliation du contrat de bail ne peut être actionnée pour la seule raison que l'intéressé ferait preuve de négligence dans l'apprentissage de la langue : pareille sanction serait « manifestement disproportionnée », compte tenu de son incidence. Elle ne peut être prononcée que s'il est prouvé que la négligence constatée a causé des « nuisances graves » ou des « atteintes réelles » à la qualité de la vie et de l'habitat des autres locataires. En outre, elle doit être assortie

(106) C.C., n° 101/2008, 10 juillet 2008, B.33.2. Pour un commentaire de l'arrêt sur ce point, N. BERNARD, « L'arrêt *Wooncode* de la Cour constitutionnelle du 10 juillet 2008 : quand l'arbre (linguistique) cache la forêt », *J.T.*, 2008, pp. 692 et 693 ; E. BREMS, « Vlaamse taalvereisten getoetst aan internationale mensenrechtenverdragen », *Taaleisen, juridisch getoetst* (A. ALLEN et S. SOTTIAUX dir.), Malines, Kluwer, 2009, pp. 9 et 10 ; A. MECHELYNCK, « Activer l'individu sans l'écraser : une utopie ? Réflexions à partir des expériences flamandes de l'*inburgering* et du *Wooncode* », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 70, 2013, pp. 247 et 248.

(107) *Ibid.*, B.34.1.

(108) *Ibid.*, B.34.2.

(109) *Ibid.*, B.34.3 à B.34.6.

d'un contrôle judiciaire préalable, afin qu'un juge puisse vérifier la réalité des nuisances graves ou des atteintes réelles invoquées.

On le voit, la Cour a effectué un contrôle relativement serré de la contrepartie consacrée et de la sanction qui assortit son non-respect avant de décerner le label d'obligation correspondante. Depuis, elle a confirmé à plusieurs reprises la signification attribuée à ce concept (110). Des espèces tranchées, il résulte que la notion d'obligation correspondante peut fonder la possibilité pour le législateur de faire obstacle à des demandes d'aide jugées abusives, mais la Cour s'est à chaque fois attachée à vérifier que l'« abus » combattu était particulièrement marqué (111).

## § 2. Les obligations correspondantes et la protection sociale

**26.** Pour ce qui concerne les transformations en cours et à venir de la sécurité sociale sous le coup de l'activation, le sens donné par la Cour constitutionnelle aux obligations correspondantes devrait contribuer à permettre de « séparer le bon grain de l'ivraie » (112). Juridiquement, le projet d'État social actif est parfaitement compatible avec les droits sociaux fondamentaux dans sa variante émancipatrice. Par le biais des obligations correspondantes, la logique de responsabilisation des bénéficiaires des politiques sociales trouve une assise dans la Constitution, du moins lorsqu'elle signifie et se traduit par des mesures visant à rendre les intéressés davantage acteurs de leur propre parcours de réinsertion – ce qui implique qu'ils aient leur mot à dire au sujet de celui-ci et qu'ils bénéficient d'un soutien effectif, ne se limitant pas à la simple injonction d'être autonomes (113). Plus, on peut même soutenir que les dispositifs d'activation de ce type sont appelés par l'article 23 de la Constitution : c'est « en tenant compte des obligations correspondantes », au sens donné à

(110) C.C., n° 135/2011, 27 juillet 2011, B.8.3.2. (aide matérielle aux demandeurs d'asile) ; C.C., n° 7/2012, 18 janvier 2012, B.19.2. (enseignement en Communauté flamande et exigences linguistiques) ; C.C., n° 24/2015, 5 mars 2015, B.27.2. (logement social en Région flamande et exigences linguistiques) ; C.C., n° 67/2015, 21 mai 2015, B.10.2. (règlement collectif de dettes).

(111) C.C., n° 135/2011, 27 juillet 2011, B.9. et C.C., n° 67/2015, 21 mai 2015, B.11. à B.16. Les deux autres arrêts renseignés à la note précédente portent sur les exigences linguistiques imposées en Flandre en matière d'accès à l'enseignement et au logement social et s'inscrivent plus directement dans la continuité de l'arrêt *Wooncode*.

(112) I. HACHEZ, « Réplique », *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, op. cit., n° 5, p. 140.

(113) Pour des propositions concrètes en ce sens, D. DUMONT, *La responsabilisation des personnes sans emploi en question*, op. cit., n° 909 à 926, pp. 523 à 534 et surtout A. MECHELYNCK, « Mettre l'État social actif au service des capacités. Propositions à partir de l'analyse de l'activation du comportement de recherche d'emploi des chômeurs et de l'*inburgering* », *R.D.S.*, 2014, pp. 469 à 479. Voy. aussi O. DE SCHUTTER, « Welfare State Reform and Social Rights », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2015, vol. 33, n° 2, pp. 151 à 155.

ces dernières par la Cour constitutionnelle, que le législateur a reçu pour tâche de réaliser les droits économiques, sociaux et culturels.

En revanche, les mises en œuvre de l'État social actif qui relèvent de son versant coercitif sont juridiquement plus problématiques et sujettes à caution. Considérons par exemple l'idée, qui refait périodiquement surface dans le monde politique, d'obliger les personnes sans emploi à prêter une forme d'activité non rémunérée en guise de contrepartie au bénéfice des allocations qu'elles perçoivent, ainsi que cela se fait déjà dans plusieurs pays, en particulier anglo-saxons(114). Outre que pareille obligation pose un sérieux problème de compatibilité avec l'interdiction du travail forcé et, plus encore, avec le droit de choisir librement son travail(115), il paraît difficile d'argumenter qu'elle contribue à l'objectif de permettre à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine, en raison de son caractère souvent dégradant et humiliant pour les premiers concernés, couplé à son apport, semble-t-il, généralement assez faible voire nul à l'amélioration des perspectives de réinsertion professionnelle(116). Du reste, telle est l'une des raisons pour lesquelles tout le droit social international s'est construit autour des deux figures conjointes du droit au travail et de la liberté de choisir son emploi, pensées comme indissociables l'une de

(114) Sur le cas de l'aide sociale aux États-Unis, précurseur et emblématique de ce que l'on appelle le *workfare*, D. DUMONT, « Activation Policies for the Unemployed in the United States: Work First », *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work* (E. DERMINE et D. DUMONT dir.), coll. *Work & Society*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2014, pp. 67 à 71.

(115) À ce sujet, voy., en droit international des droits de l'homme, les deux contributions d'Élise Dermine, intitulées « Activation Policies for the Unemployed and the International Human Rights Case Law on the Prohibition of Forced Labour » et « Activation Policies for the Unemployed and the International Human Rights Case Law on the Right to a Freely Chosen Work », dans l'ouvrage précité *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*, *op. cit.*, pp. 103-138 et pp. 139-177, ainsi que W. VANDENHOLE, « Human Rights in a Globalising Economy. Is the Right to Social Protection Qualified by a Duty to Work? », *Between Rights and Responsibilities. A Fundamental Debate* (S. PARMENTIER, H. WERDMÖLDER et M. MERRIGAN dir.), Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2016, pp. 85-112. Pour une première analyse sous cet angle du « service communautaire » introduit en Belgique en 2016 dans le droit à l'intégration sociale (loi du 21 juillet 2016 modifiant la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale, *M.B.*, 2 août 2016, nouveaux art. 3/1 et 11, § 1<sup>er</sup>, al. 5 ; A.R. du 3 octobre 2016 modifiant l'A.R. du 11 juillet 2002 portant règlement général en matière de droit à l'intégration sociale, *M.B.*, 11 octobre 2016, nouvel art. 14/1 ; circulaire du 12 octobre 2016 du ministre de l'Intégration sociale, « La loi du 21 juillet 2016 modifiant la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale », non publiée au *M.B.*, pp. 20 à 23), et que le gouvernement fédéral souhaite instituer également en matière d'assurance chômage (accord de gouvernement du 9 octobre 2014, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2014-2015, n° 54-0020/001, p. 28), voy. E. DERMINE et V. DE GREEF, « Le droit au travail librement entrepris (art. 1<sup>er</sup>, § 2, de la CSE) face aux situations de travail non protégées par le droit social. Les cas du travail pénitentiaire et du *workfare* », *Europees Sociaal Handvest, sociale rechten en grondrechten op de werkvloer/Charte sociale européenne, droits sociaux et droits fondamentaux au travail* (S. VAN DROOGHENBROECK, F. DORSEMONT et G. VAN LIMBERGHEM dir.), coll. Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, Bruxelles, la Charte, 2016, pp. 336 à 342.

(116) B. VAN DER LINDEN, « Chômage indemnisé contre service à la communauté ? », *Regards économiques*, n° 114, 2014, 8 p. et les réf. citées à la littérature internationale.

l'autre(117). Dans une veine moins radicale, la prudence s'impose également face à la vogue de la contractualisation des prestations de sécurité sociale(118). Si celle-ci peut permettre une plus grande personnalisation des prestations et des démarches requises en contrepartie de leur octroi, elle peut en effet tout autant, selon les modalités arrêtées, conduire à une certaine résurgence de la discrétion administrative et une mise sous condition accrue du droit à un revenu de remplacement ou à un revenu minimum(119).

Il s'impose donc, face aux mesures de responsabilisation des allocataires sociaux, de vérifier au cas par cas si elles peuvent bien revendiquer le statut d'obligations correspondantes au sens de l'article 23 de la Constitution. Bien entendu, le législateur jouit d'une marge d'appréciation importante dans la définition des contreparties dont il estime légitime d'assortir une mesure concourant à réaliser le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale, compte tenu du caractère particulièrement indéterminé de la notion de dignité humaine. Il lui incombe toutefois, en vertu de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, d'être attentif à la proportionnalité de la contrepartie arrêtée ainsi qu'à celle de la sanction qui frappe son non-respect. En cas de litige, c'est à la juridiction saisie qu'il appartient de vérifier ce caractère proportionné : le droit constitutionnel à la sécurité sociale ne peut être vidé de son contenu par des obligations ou des sanctions excessivement lourdes au regard des prestations garanties. Les contraintes ne peuvent aller jusqu'à saper l'accès aux ressources matérielles nécessaires à la jouissance d'une vie conforme à la dignité humaine.

**27.** Pour terminer sur cette thématique de l'envers des droits sociaux, cette fois appréhendée dans une perspective tout autre, considérons encore la compatibilité avec l'article 23 de la Constitution de la proposition, beaucoup discutée, d'instituer une « allocation universelle ». À rebours de l'idée dans l'air du temps selon laquelle il conviendrait avant tout de

(117) E. DERMINE, *Droit au travail et politique d'activation des personnes sans emploi. Une étude critique du rôle du droit international des droits humains*, préface de O. DE SCHUTTER et P. VIELLE, coll. Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2017, sous presse, chapitres 1 et 2 du titre I.

(118) En ce sens, J.-F. NEVEN, E. DERMINE, S. PALATE et S. GILSON, « Les droits à la sécurité sociale et à l'aide sociale, médicale et juridique », *op. cit.*, n° 10, p. 1329.

(119) Pour une mise en évidence de cette ambivalence à partir d'une analyse approfondie du cas belge et de sa mise en perspective comparée, D. DUMONT, *La responsabilisation des personnes sans emploi en question*, *op. cit.*, deuxième partie, et son résumé succinct dans *Id.*, « De Tocqueville à Lucky Bunny : la (dé)responsabilisation des personnes sans emploi en question », *Chron. D.S.*, 2011, pp. 101-106.

« serrer les vis » et de durcir les conditions d'éligibilité des prestations de sécurité sociale, les tenants de l'allocation universelle plaident pour l'octroi à tout citoyen majeur, qu'il soit riche ou pauvre et quelle que soit sa situation familiale, d'un revenu de base radicalement inconditionnel. Ce revenu serait délibérément délié de toute exigence de contrepartie quelconque en termes d'efforts d'insertion ou de disponibilité pour le marché de l'emploi. Faut-il le dire, l'idée fait l'objet d'un débat nourri(120).

Certains ont soutenu que pareil scénario ne pourrait juridiquement pas voir le jour en Belgique, en raison de la volonté expresse du constituant que chacun collabore au progrès économique et social : la consécration des obligations correspondantes ferait obstacle à la mise en place d'une prestation déconnectée de l'exigence de principe de prêter ou de chercher à prêter une activité économique(121). Nous ne partageons pas cette lecture. Ainsi que l'expose Isabelle Hachez, ce que le constituant impose au législateur, c'est « d'apprécier s'il convient d'assortir » les prestations matérialisant les droits sociaux fondamentaux d'éventuelles obligations à charge de leurs bénéficiaires. « Cela ne veut pas dire que le législateur doive nécessairement consacrer des obligations », mais « qu'il doit [...] se demander si, pour que les droits économiques, sociaux et culturels soient effectifs, il ne convient pas de leur adjoindre des obligations »(122). Rien n'empêche le législateur de considérer que l'objectif de promotion de la dignité humaine sera mieux servi par l'absence de contrepartie. L'article 23 de la Constitution ne saurait donc être instrumentalisé pour arbitrer en droit le débat relatif à l'opportunité ou non d'instaurer une allocation universelle.

Pour le surplus, on soulignera que l'allocation universelle est une idée éminemment plurielle, qui fait l'objet de déclinaisons très variées sur le plan des justifications comme des modalités pratiques. Des scénarios très différents s'affrontent, en particulier autour de la question du montant de l'allocation et de son articulation avec le système de protection sociale

(120) Voy. par exemple, au sein d'une littérature très vaste, sa défense par P. VAN PARIJS et Y. VANDERBORGHT, *Basic Income. A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2017 et sa vive critique par les auteurs rassemblés dans l'ouvrage collectif *Contre l'allocation universelle* (M. ALALUF et D. ZAMORA dir.), coll. Lettres libres, Montréal, Lux, 2016.

(121) H. FUNCK, « Le droit à l'aide sociale dans la Constitution », *op. cit.*, n° 17, pp. 274 et 275. Adde A. VANDEBURIE, *L'article 23 de la Constitution*, *op. cit.*, n° 95, p. 101 : « Ce que le constituant avait en vue, c'était donc d'éviter de tomber dans un système d'assistance publique généralisée inconditionnelle où les citoyens perdraient leur dignité d'Homme en laissant s'évaporer leurs propres responsabilités d'acteurs de notre société ».

(122) I. HACHEZ, « Les "obligations correspondantes" dans l'article 23 de la Constitution », *op. cit.*, pp. 296 et 305, y compris la note infrapaginale n° 36.

existant : s'agit-il de le compléter ou de s'y substituer, en tout ou en partie ? Dans le second scénario, la garantie à tout un chacun d'un revenu minimum inconditionnel pour solde de tout compte pourrait en réalité très bien avoir pour effet, non pas tellement de nous faire basculer dans une civilisation du *farniente*, mais bientôt plutôt de sur-responsabiliser les individus les plus vulnérables, bref d'accroître *de facto* les contraintes économiques (123). Il serait étrange que la Constitution ne l'autorise pas au nom d'une soi-disant exigence juridique d'instituer des obligations correspondantes. Encore une fois, c'est bien sur le terrain éthique et politique que la discussion doit être menée.

\*

\* \*

**28.** Après avoir circonscrit le champ matériel du droit constitutionnel à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale, puis identifié ses débiteurs et enfin délimité les contreparties susceptibles d'assortir ses mises en œuvre, nous pouvons à présent nous tourner vers la problématique – centrale – de sa portée juridique, et plus précisément de son invocabilité en justice. L'article 23, alinéa 3, 2°, ne serait qu'un tigre de papier s'il ne pouvait être mobilisé devant un juge afin que celui-ci puisse en garantir l'effectivité. Juger le degré de justiciabilité du droit à la sécurité sociale implique de commencer par revenir sur un passage obligé : l'absence d'effet direct des droits constitutionnels économiques, sociaux et culturels, bien connue mais dont sont souvent déduites des conséquences excessives en termes de prérogatives du juge, singulièrement au contentieux objectif (section 4).

Une fois démontrée la possibilité d'en réalité toujours invoquer le droit à la sécurité sociale dans le cadre d'un contrôle de légalité, nous distinguerons ensuite entre le versant positif et le versant négatif de ce droit. Dans une section encore assez exploratoire, nous nous demanderons d'abord si et comment il est possible de soumettre au contrôle d'un juge les mises en œuvre positives du droit à la sécurité sociale, c'est-à-dire les dispositifs qui concrétisent ce droit, dans la mesure où ils ressortissent en premier lieu au pouvoir d'appréciation du législateur (section 5). Nous terminerons en réinvestissant un terrain plus connu et mieux balisé, à savoir l'obligation

(123) Pour une discussion de la variante de l'allocation universelle défendue de longue date par le philosophe Philippe Van Parijs, le promoteur de l'idée la plus connue à l'échelle internationale, D. DUMONT, *La responsabilisation des personnes sans emploi*, *op. cit.*, n°s 821 à 842, pp. 466 à 482 (et n°s 879 à 885, pp. 504 à 509).

(négative) de standstill, qui constitue le principal palliatif au défaut d'effet direct et dont la méthodologie est à présent bien établie, quoi qu'elle ne soit pas toujours suivie de manière rigoureuse par la jurisprudence (section 6).

De l'ensemble de ce parcours, il ressortira que des constructions juridiques solides sont indubitablement disponibles pour contribuer à donner plus de « muscle » au droit constitutionnel à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale.

#### SECTION 4.

### LE DROIT À LA SÉCURITÉ SOCIALE, UN DROIT JUSTICIABLE ? L'ABSENCE D'EFFET DIRECT ET SES (NON-)CONSÉQUENCES

**29.** L'histoire des rétroactes de l'article 23 de la Constitution a déjà été contée à maintes reprises et il n'entre pas dans notre propos de la relater une fois encore (124). Comme on le sait, la réticence que le constituant a longtemps manifestée à l'endroit de l'inscription dans notre charte fondamentale des droits économiques, sociaux et culturels s'explique en partie par la crainte que ceux-ci puissent directement fonder les citoyens à réclamer en justice le bénéfice de nouvelles prestations et ainsi imposer à l'État d'agir. Au début des années 1990, c'est précisément l'affirmation, répétée à d'innombrables reprises tout au long des travaux préparatoires, que l'article 23 serait sans effet direct qui a permis aux auteurs de la proposition de révision constitutionnelle d'emporter l'adhésion. Il n'est guère d'études consacrées à l'article 23 qui ne rappelle ce passage des travaux parlementaires – ou d'autres du même acabit : « les auteurs de la présente proposition voudraient voir ces droits fondamentaux inscrits dans le cadre du droit positif, sans qu'il leur soit pour autant attribué un effet immédiat. Ils ne pourront entrer en vigueur que si le législateur prend les mesures d'exécution concrètes » (125).

Pour rappel, l'effet direct, ou effet immédiat, ou encore applicabilité directe, est habituellement défini comme l'aptitude d'une norme à

(124) Voy. notamment A. VANDEBURIE, *L'article 23 de la Constitution*, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 7 à 38, pp. 5 à 38 et M. STROOBANT, « Woordingsgeschiedenis van artikel 23: het Akkoord van "Le Rye d'Ave" Rochefort », *Sociale en economische grondrechten/Les droits économiques et sociaux*, *op. cit.*, pp. 19-57.

(125) Révision du titre II de la Constitution, par l'insertion d'un article 24bis relatif aux droits économiques et sociaux, développements, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 1991-1992, n<sup>o</sup> 100-2/3<sup>o</sup>, p. 4.

conférer par elle-même des droits aux particuliers, en manière telle que ceux-ci peuvent le cas échéant s'en prévaloir devant un juge. Sont revêtues de l'effet direct, ou dites *self-executing*, les normes qui sont suffisamment claires et précises, d'une part, et qui ne nécessitent pas de mesures de mise en œuvre pour pouvoir être appliquées, d'autre part (126). L'effet direct d'une règle est donc tributaire de son degré, à la fois, de précision et de complétude, lu à la lumière de l'environnement normatif dans lequel elle s'insère. Si, prise dans son contexte d'application, la norme en cause apparaît suffisamment précise et ne doit pas faire l'objet de mesures d'exécution, elle est d'application directe et, partant, fonde un droit subjectif.

Dans la foulée de la volonté exprimée par le constituant historique, le consensus est large, tant en jurisprudence qu'en doctrine, pour considérer que les droits économiques, sociaux et culturels énumérés par l'article 23, en tout cas le droit à la sécurité sociale, n'ont pas d'effet direct (127)/(128). C'est, en vertu du libellé même du texte, au législa-

(126) Pour cette définition traditionnelle et ces critères, voy. par exemple S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk recht*, *op. cit.*, pp. 74 et 75. Apparue initialement dans le contexte des relations entre les ordres juridiques international (en particulier européen) et interne, la notion d'effet direct a été « importée » en droit constitutionnel belge essentiellement à la suite de l'insertion dans la Constitution des droits économiques, sociaux et culturels. La problématique avait toutefois déjà fait l'objet d'une première analyse sous l'angle de la portée des dispositions constitutionnelles par A. VANWELKENHUYZEN, « L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles », *Rapports belges au XI<sup>e</sup> congrès de l'Académie internationale de droit comparé* (Centre interuniversitaire de droit comparé), vol. 2, Anvers/Bruxelles, Kluwer/Bruylant, 1985, pp. 95-115.

(127) Pour s'en tenir au droit à la sécurité sociale, voy., mais sans véritable discussion et plus sous la forme d'un rappel des intentions du constituant, M. DISPERSYN, « Le droit à la sécurité sociale dans l'article 23 de la Constitution », *op. cit.*, pp. 225 et 229 ; J.-F. LECLERCO, « Sociale zekerheid : honderdduizend of niets, stop je of ga je verder ? », *op. cit.*, n° 7, p. 319 ; J.-F. FUNCK, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 35. *Contra*, on y reviendra à la fin de la section suivante (voy. *infra*, n° 38). M. JAMOUSSE, « L'article 23 de la Constitution belge dans ses relations avec les droits sociaux fondamentaux, le droit du travail et la sécurité sociale », *op. cit.*, pp. 136 à 147. *Adde* A. VAN LOOVEREN, « Sociale grondrechten en minimarechten », *op. cit.*, n° 9 à 15, pp. 248 à 251, mais qui semble en réalité davantage se prononcer au sujet de l'effet direct du droit de mener une vie conforme à la dignité humaine consacré par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 23 qu'à propos du droit à la sécurité sociale proprement dit. Enfin, certains auteurs semblent ne pas fermer complètement la porte à l'éventuelle reconnaissance d'un effet direct à l'article 23, al. 3, 2° : D. PIETERS et P. SCHOUKENS, « Country Report on Belgium », *op. cit.*, pp. 27 à 29 et P. SCHOUKENS, « Belgium: The Right to Social Security in the Belgian Constitution », *op. cit.*, p. 13.

(128) Fait en revanche l'objet d'appréciations plus contrastées la question de savoir si l'alinéa 1<sup>er</sup> de la disposition, qui affirme le droit de chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine, n'est pas susceptible de se voir reconnaître un effet direct. On se limitera à signaler qu'un nombre limité d'auteurs répondent positivement à cette question et considèrent que l'article 23, al. 1<sup>er</sup>, constitue le creuset d'une forme de droit à des conditions minimales d'existence : voy. notamment les références citées par A. VANDEBURIE, *L'article 23 de la Constitution*, *op. cit.*, n° 84 et 85, pp. 88 à 90. Quelques décisions judiciaires isolées, à notre connaissance toutes rendues par des juridictions de première instance, sont déjà allées en ce sens, à chaque fois en rapport avec la problématique du mal-logement : voy. par exemple, en matière d'aide sociale, Trib. trav. Nivelles (2<sup>e</sup> ch.), 8 novembre 2005, *Chron. D.S.*, 2008, p. 108, qui condamne un CPAS à « accompagner activement dans [s]es démarches » de recherche d'un logement plus adapté à sa situation familiale une bénéficiaire du revenu d'intégration en mauvaise santé dont l'époux est atteint d'une maladie nécessitant un lourd

teur, ou plutôt aux législateurs, qu'il appartient de concrétiser les droits économiques, sociaux et culturels, afin de donner corps au prescrit constitutionnel. Et il est largement admis que, dans l'accomplissement de cette mission, les législateurs fédéral, régionaux et communautaires disposent, chacun dans les limites de ses compétences, d'une large marge d'appréciation : c'est à eux qu'il appartient d'opérer les choix politiques fondamentaux, d'adopter les textes nécessaires, de définir les notions centrales, de procéder aux arbitrages budgétaires... Au demeurant, la sécurité sociale a été bâtie bien avant l'introduction de l'article 23 dans la Constitution : les interlocuteurs sociaux et le législateur n'ont pas attendu le constituant pour s'attaquer à la question sociale. Qui entend cerner les contours du droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale est donc renvoyé au dédale de textes légaux et réglementaires constitutif du droit de la sécurité sociale, mais aussi, avons-nous argumenté, au magma normatif produit par les entités fédérées en matière de santé et d'aide aux personnes (129). Bref, l'article 23, alinéa 3, 2°, ne peut *a priori* pas servir de fondement à l'invocation d'un droit subjectif à telle ou telle prestation positive devant un juge, pas davantage du reste que les dispositions équivalentes consignées dans les instruments internationaux de protection des droits sociaux fondamentaux.

Jusqu'ici, tout le monde ou presque est d'accord. C'est au sujet de la suite de l'histoire que persistent certains malentendus, que l'on voudrait contribuer à dissiper, à nouveau à l'aide de la théorie générale des libertés publiques (§§ 1<sup>er</sup> et 2).

### **§ 1. Le droit à la sécurité sociale, un droit toujours invocable au contentieux objectif**

**30.** Quelle attitude doit adopter le juge lorsqu'un requérant invoque à l'appui de sa prétention le droit constitutionnel à la sécurité sociale – ou une disposition internationale équivalente ? Les décisions judiciaires,

traitement médical. Le tribunal souligne que le CPAS aurait été tenu par une obligation non pas de moyens mais de résultat, celle de mettre directement un logement à disposition, si l'intéressée avait été à la rue ou vivant dans des conditions d'insalubrité portant gravement atteinte à la dignité humaine. Autrement dit, l'intensité de l'obligation imposée au débiteur du droit en cause est différenciée en fonction de la gravité de la situation de la personne concernée. On précisera toutefois que le tribunal ne dit pas explicitement s'il se fonde sur le droit à la dignité humaine (art. 23, al. 1<sup>er</sup>) ou sur le droit à un logement décent (art. 23, al. 3, 3°) – ou sur une lecture combinée des deux.

(129) Sur le champ matériel du droit fondamental consacré, voy. *supra*, nos 6 à 13.

notamment des juridictions du travail, ne sont pas rares qui se limitent encore à citer l'article 23 mais sans en discuter la portée ni l'utiliser pour motiver le dispositif(130), comme s'il ne pouvait forcément être d'aucun appui – ou que faute de savoir quelle pouvait être son utilité, mieux valait se garder d'en faire usage. Pour sa part, le Conseil d'État rend encore régulièrement des arrêts dans lesquels il balaie d'emblée un moyen fondé sur l'article 23 de la Constitution en raison de son absence d'effet direct(131).

Pareille retenue est sans doute marquée par la persistance dans les représentations juridiques courantes de la bipartition classique des droits fondamentaux entre les libertés-franchises et les droits-créances, soit entre les droits civils et politiques, d'une part (liberté d'association, liberté d'expression, etc.), et les droits économiques, sociaux et culturels, de l'autre (droit au logement, droit au travail, etc). Selon cette classification bien connue des droits de l'homme en deux « générations » successives(132), les droits de la première génération, typiques de l'État libéral du XIX<sup>e</sup> siècle, appellent des pouvoirs publics avant tout une abstention d'agir, afin de ne pas porter atteinte aux prérogatives individuelles, tandis que les droits de la seconde, emblématiques du déploiement de l'État-providence au XX<sup>e</sup> siècle, nécessitent à l'inverse de la part des autorités une action positive, afin de se voir reconnaître un contenu précis et une certaine effectivité. Cette lecture duale rejaillit sur la justiciabilité des droits fondamentaux : là où, en règle générale, elle ne poserait guère de difficultés pour les libertés-franchises, que l'on oppose à la puissance publique pour se prémunir d'une ingérence, elle serait beaucoup moins évidente dans le cas des droits-créances, que l'on mobilise pour revendiquer une prestation : étant donné leur indétermination, n'est-ce en effet pas en premier lieu à l'État et non aux juges qu'il appartient de veiller sur eux(133) ?

(130) C'est ce qu'Adélaïde Remiche qualifie d'invocation « ornementale » de la disposition par le juge : A. REMICHE, *La justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels en Belgique*, op. cit., p. 47, et les décisions citées à la note infrapaginale n° 142.

(131) *Ibid.*, p. 74, et les décisions citées à la note infrapaginale n° 218.

(132) Pour une mise en discussion, voy. les contributions rassemblées dans l'ouvrage collectif *Classer les droits de l'homme* (E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL dir.), coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2004.

(133) En faveur de l'injusticiabilité des droits économiques, sociaux et culturels, voy. les mots sévères souvent cités de F. RIGAUD, « Droit international et droits de l'homme », *J.T.*, 1988, p. 705, et la réplique, aujourd'hui oubliée mais à bien des égards pionnière, de X. DIJON, « La Convention européenne et les droits de l'homme le plus démunis », *J.T.*, 1988, pp. 716-722.

**31.** Bien qu'elle conserve une certaine pertinence pour rendre compte des transformations du rôle de l'État dans une perspective historique (134), cette bipartition traditionnelle des droits de l'homme en deux générations est en réalité d'un secours limité pour conceptualiser adéquatement la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux. C'est que même dépourvu de l'effet direct, le droit à la sécurité sociale peut malgré tout, dans certaines circonstances, être utilement invoqué devant une juridiction et se voir reconnaître des effets (135). Tout en étant à lui seul trop vague et incomplet pour servir de base à l'établissement d'un droit subjectif, il est néanmoins habilité à servir de point de référence pour vérifier la conformité d'une norme de rang inférieur, c'est-à-dire légal ou réglementaire.

Ainsi que l'a mis en effet en évidence Isabelle Hachez dans une synthèse convaincante sur la notion d'effet direct, si le caractère directement applicable d'une norme en matière de droits de l'homme, qu'elle soit internationale ou constitutionnelle, est effectivement déterminant dans le cadre d'un contentieux subjectif, cette exigence apparaît en revanche superflue au contentieux objectif, en tout cas s'agissant de déterminer son invocabilité (136).

Pour qu'un individu puisse revendiquer devant une juridiction de l'ordre judiciaire la protection d'un droit propre, il doit effectivement parvenir à démontrer l'existence d'un droit subjectif. Partant, s'il prétend tirer ce droit de l'article 23 de la Constitution – ou d'une norme de droit

(134) Il faut souligner qu'à l'échelle internationale, en revanche, la consécration des droits sociaux fondamentaux a largement précédé celle des droits civils et politiques, ainsi que le rappellent régulièrement les juristes de droit social (p. ex. M. JAMOULLE, « L'article 23 de la Constitution belge dans ses relations avec les droits sociaux fondamentaux, le droit du travail et la sécurité sociale », *op. cit.*, p. 122 et A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, pp. 9 à 24). On pense, en particulier, à la fondation de l'Organisation internationale du travail dès 1919, au sortir de la Première Guerre mondiale, et à la proclamation par cette organisation de la fameuse déclaration de Philadelphie en 1944, quelques jours avant le débarquement allié en Normandie, sans parler des nombreuses conventions élaborées sous son giron, plusieurs décennies avant l'adoption du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Convention européenne des droits de l'homme. À ce sujet, voy. l'étude richement documentée de P.-O. DE BROUX, « L'internationalisation des droits sociaux fondamentaux. De la paix mondiale à la justice sociale : les origines de la Charte sociale européenne », *Europees Sociaal Handvest, sociale rechten en grondrechten op de werkvloer/Charte sociale européenne, droits sociaux et droits fondamentaux au travail*, *op. cit.*, pp. 15-39.

(135) En ce sens, voy. l'argumentaire de H. VANDERLINDEN, « Effectiviteit van de sociale grondrechten in het Belgische recht, mythe of realiteit ? », *R.W.*, 2008-2009, pp. 1202-1216, à propos de l'ensemble des droits consacrés par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et la Charte sociale européenne.

(136) I. HACHEZ, « La pertinence de l'exigence d'applicabilité directe selon le type de contentieux », *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national* (S. VAN DROOGHENBROECK dir.), coll. Grands arrêts, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 173-186, et les nombreuses réf. mobilisées et discutées. En ce sens aussi, mais de manière plus elliptique, H. VANDERLINDEN, « Effectiviteit van de sociale grondrechten in het Belgische recht, mythe of realiteit ? », *op. cit.*, pp. 1208 et 1209 (et p. 1216).

international équivalente –, il lui incombe d'en établir le caractère directement applicable. Faute pour lui d'y parvenir, le juge judiciaire devra déclarer non fondé le moyen pris sur cette base.

En revanche, il ne se justifie pas de soumettre l'invocabilité de l'article 23 à la preuve de son applicabilité directe au contentieux objectif. Car dans cette hypothèse, le litige a pour objet non pas la protection d'un droit subjectif mais la préservation de la légalité au sein de l'ordre juridique : « le procès est fait à un acte de l'autorité publique » (137), dont le juge est appelé à vérifier la conformité avec l'ensemble des règles hiérarchiquement supérieures. Puisque la mission de la juridiction saisie est, dans cette hypothèse, de contrôler objectivement la compatibilité de l'acte légal ou réglementaire incriminé avec un standard de protection des droits fondamentaux, il n'y a pas lieu de déterminer si ledit standard confère un véritable droit subjectif ne ménageant aucune marge d'appréciation dans le chef de son débiteur. On soulignera que la Cour constitutionnelle a fait sienne cette position dans un arrêt de principe de 2003, dans le contexte du contentieux de l'aide sociale aux enfants en séjour illégal (138)/(139).

Il en résulte qu'au contentieux objectif, le droit fondamental à la sécurité sociale et à l'aide sociale est toujours invocable – ce qui laisse à ce stade

(137) I. HACHEZ, « La pertinence de l'exigence d'applicabilité directe selon le type de contentieux », *op. cit.*, p. 181.

(138) C.A., 22 juillet 2003, n° 106/2003, B.4.2., où, interrogée sur la conformité de l'exclusion du droit à l'aide sociale des enfants étrangers en séjour irrégulier avec une convention internationale en matière de droits de l'homme ratifiée par la Belgique – en l'occurrence la Convention relative aux droits de l'enfant –, la Cour affirme pour la première fois que l'applicabilité directe des articles invoqués est irrelevante et ne conditionne pas leur invocabilité. Et la Cour, *in casu*, de déclarer la disposition litigieuse de la loi organique des CPAS contraire à la Convention sur la base d'un contrôle combiné avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Comme on le sait, cet arrêt a conduit le législateur à réadmettre au bénéfice de l'aide sociale matérielle les enfants en séjour irrégulier, puis leurs parents.

(139) Quant à la section du contentieux administratif du Conseil d'État, elle ne s'y est pas encore ralliée de manière univoque et sa jurisprudence demeure assez éclatée. Certains arrêts vont toutefois dans le sens indiqué. On pense par exemple à l'affaire *Verdoodt* (C.E. (9<sup>e</sup> ch.), 28 avril 2008, *Verdoodt*, n° 182.454, *R.W.*, 2008-2009, p. 997, obs. W. VANDENHOLE, « Het leerstuk van de directe werking van de verdragsbepalingen inzake socio-economische mensenrechten in beweging » et *Chron. D.S.*, 2010, p. 50, obs. J. JACQMAIN, « De l'usage judiciaire de la Charte sociale européenne », dans laquelle le Conseil d'État a annulé une décision de démission d'un fonctionnaire de l'autorité flamande pour cause d'inaptitude professionnelle, prise à la suite de deux évaluations successives négatives, prenant effet dans les dix jours, alors que l'intéressé avait plus de 25 ans d'ancienneté. Constatant sa compétence « pour vérifier directement la conformité des actes administratifs par rapport aux traités internationaux », le haut conseil a considéré que l'acte attaqué violait le droit à un délai de préavis raisonnable en cas de cessation de l'emploi consacré par l'article 4, § 4, de la Charte sociale européenne. Cela étant, le raisonnement est un peu obscurci par une référence au caractère directement applicable dans l'ordre juridique interne de la disposition en cause, dans la mesure où pareille référence est, en soi, superflue, en tout cas s'agissant de se prononcer sur l'invocabilité de la disposition (I. HACHEZ, « La pertinence de l'exigence d'applicabilité directe selon le type de contentieux », *op. cit.*, p. 183, note infrapaginale n° 44).

encore entière la question de savoir comment le juge doit se prononcer au fond. Et, faut-il le rappeler, le contentieux objectif n'est pas l'apanage de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État. Il se peut en effet très bien que dans le cadre d'un litige devant une juridiction judiciaire portant sur des droits subjectifs, un conflit de normes soit soulevé à titre incident, sur la base de l'article 159 de la Constitution, qui impose comme on le sait aux cours et tribunaux de laisser inappliqués les actes réglementaires illégaux. Partant, rien n'empêche que l'article 23 de la Constitution soit invoqué devant une juridiction du travail si c'est dans l'objectif non pas de fonder directement sur cette disposition sa prétention principale mais d'obtenir au préalable que soit écartée une norme réglementaire jugée incompatible avec le droit fondamental à la sécurité sociale.

## § 2. Les obligations (positives et négatives) déduites du droit à la sécurité sociale

**32.** Toujours invocable, l'article 23 l'est donc. Mais avec quelle efficacité et pour obtenir quoi ? En dépit de son degré de généralité, différentes obligations en découlent sur lesquelles un contrôle juridictionnel objectif de l'action publique peut prendre pied. C'est que les auteurs de la proposition de révision constitutionnelle eux-mêmes n'entendaient pas inscrire dans la Constitution « des droits qui seraient dépourvus, dans la pratique quotidienne, de tout contenu pour les citoyens ». La consécration des droits économiques, sociaux et culturels, poursuivaient-ils, « aura pour conséquence de donner à ceux-ci ce que l'on pourrait appeler un ancrage constitutionnel ». Et le constituant d'envisager lui-même au moins une hypothèse, à côté de celle, classique, de retenir l'interprétations des normes la plus conforme à l'article 23 de la Constitution(140) : « il ne pourra plus être porté atteinte aux droits reconnus dans la législation interne sans enfreindre la Constitution »(141). On reconnaît évidemment là l'obligation de standstill, sur laquelle nous reviendrons plus en détail dans notre dernière section(142), que les trois juridictions supérieures avaient à l'époque déjà déduite de l'article 13 du Pacte international relatif aux

(140) Sur la directive d'interprétation conforme en matière de sécurité sociale, sur laquelle nous ne nous attarderons pas, J.-F. NEVEN, E. DERMINE, S. PALATE et S. GILSON, « Les droits à la sécurité sociale et à l'aide sociale, médicale et juridique », *op. cit.*, nos 15 à 24, pp. 1335 à 1342, et la jurisprudence analysée. Pour un exemple, en matière de minimex, C. trav. Mons (6<sup>e</sup> ch.), 27 avril 1999, *Chron. D.S.*, 2000, p. 173.

(141) Révision du titre II de la Constitution, par l'insertion d'un article 24bis relatif aux droits économiques et sociaux, développements, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 1991-1992, n° 100-2/3°, pp. 9 et 13.

(142) *Voy. infra*, nos 39 à 59.

droits économiques, sociaux et culturels consacrant le droit à l'éducation et à l'instauration progressive de la gratuité de l'enseignement(143). Si, en règle, l'article 23 de la Constitution ne peut être invoqué en justice pour contraindre les autorités publiques à agir dans un sens déterminé, il peut donc en revanche parfaitement être mobilisé pour critiquer un acte légal ou réglementaire qui porterait atteinte aux droits économiques et sociaux consacrés, et chercher à en rétablir la constitutionnalité : même privés de l'effet direct, ces droits n'en sont pas moins justiciables.

Mais pour bien le percevoir, il importe de clarifier les différentes obligations qui découlent de l'article 23 et pèsent sur ses débiteurs. En réalité – et c'est un lieu commun dans la doctrine en matière de libertés publiques –, tous les droits fondamentaux imposent aux pouvoirs publics des obligations à la fois positives et négatives, ou de faire et de ne pas faire. Ainsi, la liberté d'expression requiert de l'État non pas seulement de laisser parler ceux qui souhaitent s'exprimer, mais aussi de garantir positivement cette liberté dans les rapports entre particuliers, en interdisant qu'il y soit porté atteinte et en veillant au respect effectif de cette interdiction. Inversement, si le droit au logement postule à titre principal la mise en place de politiques publiques facilitant l'accès du plus grand nombre à un logement de qualité, il emporte également l'obligation négative pour les pouvoirs publics de s'abstenir d'évincer les occupants d'habitations sociales sans motif.

C'est pourquoi le consensus est de plus en plus grand pour considérer qu'il n'y a pas de différence de nature entre les droits civils et politiques, d'un côté, et les droits économiques, sociaux et culturels, de l'autre. Les premiers imposent à l'État d'abord et avant tout une abstention d'agir, là où les seconds requièrent à titre principal une action positive, mais les uns et les autres ne s'y limitent pas et nécessitent tous des actions comme des abstentions(144). Plus précisément, les organes des Nations Unies et, à leur suite, l'ensemble de la doctrine en droit international des droits de l'homme s'accordent pour considérer que chaque droit fondamental, indépendamment de la génération dont il relève, impose en réalité trois

(143) C.E., 6 septembre 1989, *M'Feddal* n° 32.989 ; Cass., 20 décembre 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 392 ; C.A., 7 mai 1992, n° 33/1992.

(144) À cet égard, voy. le travail fondateur de M. SEPULVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, coll. School of Human Rights Research, Anvers-Oxford, Intersentia, 2003.

types d'obligations à l'État : respecter, protéger et réaliser<sup>(145)</sup>. Incontournable à l'échelle internationale depuis les années 2000, cette triade reste largement méconnue des juges en Belgique<sup>(146)</sup>. C'est pourquoi il paraît nécessaire d'en dire un bref mot ici<sup>(147)</sup>.

L'obligation de respecter (*to respect*) impose à l'État de s'abstenir de porter atteinte lui-même aux droits fondamentaux des citoyens. Elle est donc négative, à la différence des deux autres. L'obligation de protéger (*to protect*) enjoint aux autorités publiques de prévenir et de sanctionner les comportements privés qui entravent la jouissance des droits fondamentaux. Il s'agit, autrement dit, de faire respecter ces derniers dans les rapports horizontaux entre particuliers. Enfin, l'obligation de réaliser, ou mettre en œuvre (*to fulfil*), demande à l'État de prendre des mesures juridiques, matérielles et financières pour assurer que chacun puisse jouir effectivement de ses droits fondamentaux, par exemple en construisant des logements, en ouvrant des écoles et en instituant des prestations sociales. Cette dernière obligation est sans aucun doute la plus emblématique des droits économiques, sociaux et culturels. C'est elle aussi qui fonde ce que l'on a pris l'habitude de qualifier, en droit belge, de principe de standstill, soit cette exigence de ne pas diminuer le niveau de protection d'un droit fondamental<sup>(148)</sup>. Puisque le législateur a l'obligation de mettre progressivement en œuvre les droits de l'homme, il ne peut corrélativement amoindrir le niveau de mise en œuvre déjà atteint. Déduite *a contrario*

(145) C'est à l'aune de cette typologie tripartite que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui est l'organe de surveillance du respect de leurs engagements par les États parties au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, présente, dans ses « observations générales », les obligations qui découlent pour les États des différents droits fondamentaux consacrés : voy. ainsi Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « Observation générale n° 14 : le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte) », doc. E/C.12/2000/4, 2000, §§ 33 à 37 et *Id.*, « Observation générale n° 19 : le droit à la sécurité sociale (art. 9 du Pacte) », doc. E/C.12/GC/19, 2008, §§ 43 à 51. Le Comité n'a pas encore adopté d'observation générale sur le droit à un niveau de vie suffisant (art. 11 du Pacte). En doctrine, voy., sur ce triptyque, le manuel de référence de O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, chapitres 3, 4 et 5.

(146) En doctrine, la seule analyse consacrée au droit constitutionnel à la sécurité sociale qui y fasse écho est celle de H. VERSCHUEREN, « Het recht op sociale zekerheid als een grondrecht », *op. cit.*, n° 7, p. 6. Au sein des études d'ensemble sur l'article 23 de la Constitution, la trilogie onusienne est mentionnée furtivement par M. VERDUSSEN et N. BONBLED, « Les droits culturels et sociaux dans la Constitution belge », *op. cit.*, p. 44. La thèse d'Adélaïde Remiche est en revanche entièrement articulée autour d'elle : A. REMICHE, *La justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels en Belgique*, *op. cit.*

(147) Pour une présentation de la typologie tripartite des obligations déduites des droits fondamentaux inscrite dans le contexte juridique belge, I. HACHEZ, « La portée des droits constitutionnels », *Les droits constitutionnels en Belgique*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 331-354.

(148) Pour sa part, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels évoque, dans ses observations générales, une interdiction de principe de rétrograder : Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « Observation générale n° 14 : le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte) », *op. cit.*, § 32 et *Id.*, « Observation générale n° 19 : le droit à la sécurité sociale (art. 9 du Pacte) », *op. cit.*, § 42.

de l'obligation positive de réaliser, il s'agit, à l'instar de l'obligation de respecter, d'une obligation négative.

**33.** Très bien, dira-t-on, mais en quoi tout ceci intéresse-t-il la justiciabilité du droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale consacré par l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution et ses équivalents à l'échelle internationale ? Contrairement à la tendance qui persiste en jurisprudence, cette justiciabilité ne peut définitivement plus être pensée sur le mode du tout ou rien, selon que l'on s'accorde sur l'applicabilité directe de la disposition ou sur son absence – plutôt son absence, en l'occurrence. L'invocabilité de la disposition et son efficacité sur le plan juridique doivent s'apprécier à chaque fois en fonction du type d'obligation à charge des pouvoirs publics qui est en jeu dans le litige : réclame-t-on, négativement, une inaction, en particulier celle de ne pas porter atteinte au niveau de protection antérieurement conféré à telle ou telle prestation, ou mobilise-t-on l'obligation positive pour l'État de rendre plus effectif le droit à la sécurité sociale ?

#### SECTION 5.

### COMMENT JUGER LES MISES EN ŒUVRE DU DROIT À LA SÉCURITÉ SOCIALE ? LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE À LA RESCOURSSE DU VERSANT POSITIF DU DROIT À LA SÉCURITÉ SOCIALE

**34.** Le régime juridique de l'obligation (négative) de standstill est aujourd'hui relativement bien balisé et, sur un plan théorique au moins, sa justiciabilité ne pose plus de problèmes majeurs. C'est pourquoi on en détaillera la méthodologie ainsi que les applications dont elle a fait l'objet en matière de protection sociale dans la section suivante (149), de manière à pouvoir nous concentrer ici d'abord sur la facette positive du droit à la sécurité sociale, la plus délicate. En 2016, Herwig Verschueren terminait un survol des instruments érigeant la sécurité sociale en un droit fondamental par ce constat : « le point de savoir si l'article 23 de la Constitution, d'une manière générale et indépendamment d'un éventuel recul du niveau de protection, peut être invoqué pour éprouver la compatibilité d'une mesure prise, n'est pas clair » (150).

(149) Voy. *infra*, nos 39 à 59.

(150) H. VERSCHUEREN, « Het recht op sociale zekerheid als een grondrecht », *op. cit.*, n° 52, p. 35 (traduction libre). Voy. aussi J.-F. NEVEN, E. DERMINE, S. PALATE et S. GILSON, « Les droits à la sécurité sociale et à l'aide sociale, médicale et juridique », *op. cit.*, n° 59, p. 1370 : « le contrôle direct est peu porteur ».

La question est effectivement compliquée. Essayons de dissiper un peu le brouillard. Il nous semble que, sur le plan des principes, l'on peut répondre par l'affirmative à la question soulevée par H. Verschueren. C'est que, ainsi qu'on l'a vu, il ne se justifie pas d'exiger la complétude de la norme indispensable à la reconnaissance d'un droit subjectif dans le cadre d'un contentieux objectif, de sorte qu'un examen de constitutionnalité s'accommode de l'existence d'un pouvoir d'appréciation dans le chef des autorités. Il n'empêche que, à l'évidence, l'intensité du contrôle juridictionnel de conformité va varier en fonction du plus ou moins grand degré de précision de la norme de référence invoquée<sup>(151)</sup>. Plus cette dernière est vague et ménage au bénéficiaire du législateur une marge d'appréciation substantielle, plus le juge sera enclin à se montrer déférent et à opérer un contrôle seulement marginal, au nom de la séparation des pouvoirs. La plausibilité d'une censure de la disposition litigieuse est donc proportionnelle au degré de précision du standard protecteur sur lequel se fonde le contrôle de conformité. C'est pourquoi il incombe au juge de déterminer au cas par cas le degré de force normative dont peut se prévaloir le standard invoqué.

**35.** S'agissant du droit fondamental à la sécurité sociale, la Cour constitutionnelle semble, jusqu'à présent, n'avoir été amenée à contrôler la conformité d'une norme législative au regard du versant positif de ce droit qu'à trois reprises<sup>(152)</sup>. Dans aucune des trois espèces, elle n'a conclu à une violation de l'article 23. Il faut dire que l'obligation de réaliser le droit à la sécurité sociale est éminemment programmatique. Partant, la Cour n'a pas manqué de souligner que « le législateur [...] dispose, afin de garantir le droit à la sécurité sociale, d'une large marge d'appréciation », avant d'ajouter qu'elle ne pourrait à son estime censurer les mesures prises afin d'atteindre cet objectif « que si elles procédaient d'une appréciation manifestement déraisonnable »<sup>(153)</sup> – *quod non*, selon elle, dans la première affaire tranchée. Dans son second arrêt, la Cour s'est contentée d'affirmer que l'article 23, alinéa 3, 2<sup>o</sup>, de la Constitution « ne garantit [...]

(151) I. HACHEZ, « La pertinence de l'exigence d'applicabilité directe selon le type de contentieux », *op. cit.*, pp. 182 et 183, et l'importante étude de R. ABRAHAM citée.

(152) C.A., 26 avril 2007, n<sup>o</sup> 66/2007 ; C.C., 17 avril 2008, n<sup>o</sup> 64/2008 ; C.C., 22 mai 2014, n<sup>o</sup> 83/2014. La première décision a été commentée par A. VANDEBURIE, « Le rôle de la Cour constitutionnelle de Belgique dans la protection des droits économiques, sociaux et culturels garantis par l'article 23 de la Constitution (avant et après la loi spéciale du 9 mars 2003). Mise en perspective de l'arrêt de la Cour d'arbitrage n<sup>o</sup> 66/2007 du 26 avril 2007 », *C.D.P.K.*, 2007, n<sup>os</sup> 19 à 25, pp. 141 à 149 (le commentaire porte principalement sur l'invocabilité au contentieux objectif de l'article 23) et par J.-F. NEVEN, E. DERMINE, S. PALATE et S. GILSON, « Les droits à la sécurité sociale et à l'aide sociale, médicale et juridique », *op. cit.*, n<sup>os</sup> 55 à 58, pp. 1367 à 1369.

(153) C.A., 26 avril 2007, n<sup>o</sup> 66/2007, B.10.4.

pas au citoyen que son droit à la sécurité sociale sera progressivement porté à un niveau plus élevé »(154). Dans le troisième, qui portait sur la question de savoir si le droit constitutionnel à la sécurité sociale emporte une obligation d'ouvrir le droit à la pension de survie non pas seulement au conjoint survivant d'un travailleur salarié décédé mais également, en l'absence de mariage, à son cohabitant légal, la Cour a renvoyé au législateur le soin d'en juger(155).

Bref, la Cour accepte d'ériger le droit fondamental à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale en norme de référence et à opérer un contrôle de conformité au regard de celle-ci – ce qui confirme, soit dit en passant, qu'au contentieux objectif il n'y a pas lieu de s'embarrasser de la question de savoir si le requérant peut ou non se prévaloir d'un droit subjectif –, mais l'indétermination du « droit » consacré paraît telle qu'elle semble ouvrir un boulevard aux autorités publiques(156).

**36.** En réalité, la précision de la norme ne devrait pas, nous semble-t-il, être jaugée uniquement à l'aune de son libellé textuel. De ce point de vue, c'est-à-dire au seul regard de la lettre de la disposition constitutionnelle, il est indubitable que les contours exacts du droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale sont pour le moins évasifs, et on comprend parfaitement les réticences des juges à s'engager dans un contrôle juridictionnel plus serré de l'action publique. Mais, en soi, l'écueil de l'imprécision affecte la plupart des droits fondamentaux, indépendamment de la génération dont ils relèvent, tant et aussi longtemps qu'ils n'ont pas fait l'objet d'un travail interprétatif. Or – et sans doute est-ce ici que l'« approche intégrée » du droit des droits de l'homme brièvement évoquée en introduction mériterait le plus d'être approfondie (157) –, il ne faut pas perdre de vue que la Belgique a souscrit

(154) C.C., 17 avril 2008, n° 64/2008, B.22.

(155) C.C., 22 mai 2014, n° 83/2014, B.18. et B.19.

(156) Nous n'avons pas connaissance de décisions dans lesquelles le Conseil d'État aurait été amené à contrôler la conformité d'un acte administratif à l'obligation positive de réaliser le droit à la sécurité sociale. De manière générale, dans les décisions où la haute juridiction administrative accepte d'examiner la conformité d'un acte à un standard de protection des droits de l'homme, elle porte elle aussi attention, et à bon droit, au degré de précision de la disposition invoquée. Pour reprendre l'exemple de l'affaire *Verdoordt* évoquée plus haut (voy. la note n° 139), l'arrêt considère que la norme restrictive prise par l'autorité flamande viole l'obligation – mais négative, celle-là – de respecter le droit à un délai de préavis raisonnable qui lui incombe en vertu de l'article 4, § 4, de la Charte sociale européenne, dans la mesure où cette obligation est « suffisamment précise » pour faire obstacle à une décision de démission par une autorité publique prenant effet dans un délai de dix jours d'un agent ayant plus de 25 ans d'ancienneté à son service.

(157) Voy. *supra*, n° 3.

à différents engagements internationaux qui lient le législateur. On pense bien entendu et en particulier, s'agissant des droits sociaux, au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels(158), à la plupart des conventions importantes de l'OIT(159) et à la Charte sociale européenne révisée(160), autant d'instruments que la Belgique a ratifiés.

De manière constante, la Cour constitutionnelle considère que lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une disposition constitutionnelle, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent « un ensemble indissociable » avec les garanties inscrites dans la disposition constitutionnelle en cause(161). Précisément, il y a fort à parier que la disposition constitutionnelle qui nous intéresse pourrait beaucoup gagner en densité normative en étant lue à la lumière des dispositions équivalentes qui figurent dans ces standards internationaux de référence et, plus encore, de l'interprétation qui en est faite par leurs organes de contrôle respectifs : le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT et le Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe.

Certes, il ne s'agit pas de juridictions mais de collèges d'experts indépendants. Toutefois, si leurs observations, conclusions et décisions n'ont pas autorité de chose jugée, et n'ont donc pas la qualité de décisions de justice au sens strict, elles n'en sont pas moins dotées de l'autorité de la chose interprétée et, à ce titre, bénéficient d'un poids évident(162). C'est pourquoi l'on parle du reste souvent de « quasi-jurisprudence » ou de

(158) Loi du 15 mai 1981 portant approbation des actes internationaux suivants : a) Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, b) Pacte international relatif aux droits civils et politiques, faits à New York le 19 décembre 1966, *M.B.*, 6 juillet 1983.

(159) Pour la liste de ces conventions et la date des instruments de ratification, voy. la page consacrée à la Belgique dans la base de données de l'Organisation internationale du travail NORMLEX : [www.ilo.org](http://www.ilo.org), rubriques Normes du travail, NORMLEX, Données comparatives sur les ratifications, Toutes les conventions, Par pays, Belgique ([www.ilo.org/dyn/normlex/fr/?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200\\_COUNTRY\\_ID:102560](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102560)).

(160) Loi du 15 mars 2002 portant assentiment à la Charte sociale européenne révisée et à l'annexe, faites à Strasbourg le 3 mai 1996, *M.B.*, 10 mai 2004.

(161) L'arrêt de principe est C.A., 22 juillet 2004, n° 136/2004, B.5.3. Je remercie Adélaïde Remiche d'avoir attiré mon attention sur ce point. Sur cette théorie du « tout indissociable » et ses développements jurisprudentiels, voy. la dissertation doctorale de Géraline Rosoux et le résumé que l'auteure en a proposé dans G. ROSOUX, « Les droits fondamentaux, au cœur de la pluralité des sources et de la pluralité des juges : vers une "dématérialisation" des droits fondamentaux ? », *Rev. dr. Liège*, 2016, pp. 5-52. Pour une application précoce au droit constitutionnel à la sécurité sociale, M. DISPERSYN, « Le droit à la sécurité sociale dans l'article 23 de la Constitution », *op. cit.*, p. 229 : « sa portée et son contenu ne peuvent [...] être vraiment dégagés qu'en procédant à une lecture interdépendante de l'ensemble de nos engagements internationaux ».

(162) S. EBORAH, « International Human Rights Courts », *Oxford Handbook of International Adjudication* (C. ROMANO et al. dir.), Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 237.

« *soft jurisprudence* » pour les désigner (163). Produite par sédimentation au fil des exercices périodiques de contrôle sur rapport et des saisines sur la base de plaintes individuelles ou collectives, la quasi-jurisprudence des organes internationaux de surveillance du respect des droits sociaux fondamentaux contribue à préciser les exigences qui découlent de ces droits, tantôt par des analyses de portée générale, par le biais par exemple d'observations générales ou d'observations interprétatives, tantôt par des applications à des cas concrets.

Pour surmonter l'écueil de l'imprécision du droit constitutionnel à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale au sein de l'ordre juridique belge, plaideurs et juges seraient bien avisés d'aller puiser dans les ressources offertes par la très riche production des quasi-jurisdictions internationales évoquées (164). Pareille démarche devrait contribuer à éclairer significativement la portée dudit droit lorsqu'il est mobilisé comme norme de référence pour juger la validité d'une disposition légale ou réglementaire litigieuse.

**37.** On se limitera ici à prendre un seul exemple pour tenter d'illustrer brièvement le propos – étant entendu que, une fois encore, l'analyse devrait à l'évidence être substantiellement approfondie, dans une perspective plus appliquée (165). On peut *a priori* tout à fait concevoir le relatif désarroi dans lequel la Cour constitutionnelle doit être plongée lorsqu'elle est saisie d'un moyen contestant une réforme législative en matière de protection sociale au nom de l'obligation positive qui pèse sur le législateur de réaliser le droit à la sécurité sociale, d'autant que la matière est souvent d'une très grande technicité. Pour autant, couper tout de suite court à la discussion au motif que l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution ne garantirait pas au citoyen un droit à voir le niveau de protection du

(163) Pour un plaidoyer en faveur de leur prise en compte par le juge belge, S. VAN DROOGHENBROECK, « La prise en compte de la "soft jurisprudence" », *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, op. cit., pp. 329-336. Pour un relevé des auteurs, de plus en plus nombreux, qui parlent désormais plus simplement de « jurisprudence », sans plus accoler au mot les termes « quasi » ou « soft », voy. E. DERMINE, *Droit au travail et politique d'activation des personnes sans emploi*, op. cit., pp. 37 et 38, notes infrapaginales n°s 51, 52, 54 et 55.

(164) « Une meilleure diffusion de la *soft jurisprudence* [...] serait de nature à doper l'effectivité des droits sociaux », a-t-on pu écrire (I. HACHEZ et F. LOUCKX, « Morceaux choisis sur la justiciabilité des droits sociaux au sein de l'ordre juridique belge : de l'effet direct à la responsabilité civile », *Europees Sociaal Handvest, sociale rechten en grondrechten op de werkvloer/Charte sociale européenne, droits sociaux et droits fondamentaux au travail*, op. cit., n° 13, p. 108). À cet égard, voy. les différentes études de synthèse mentionnées aux notes n°s 13 à 15, qui présentent précisément l'intérêt majeur de résumer les acquis de centaines d'observations, conclusions et décisions produites au fil des années.

(165) Quelques contributeurs s'y risquent à propos de certaines branches de la sécurité sociale dans l'ouvrage collectif précité *Grondrechten en sociale zekerheid*, op. cit.

droit à la sécurité sociale graduellement élevé (166) ne convainc pas. C'est que, comme le pointe très justement Adélaïde Remiche, l'affirmation est difficilement compatible avec le droit international des droits de l'homme et le caractère téléologique des droits sociaux fondamentaux (167).

En vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, les États parties sont tenus d'agir « au maximum de [leurs] ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice » des droits consacrés (art. 2, § 1<sup>er</sup>), parmi lesquels figure le droit à la sécurité sociale. Le Pacte impose également aux États de reconnaître le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant, « ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence » (art. 11). L'obligation de principe de chercher à progresser dans la mise en œuvre du droit est exprimée plus clairement encore par la Charte sociale européenne, en ce qu'elle engage les États parties non seulement à « établir » ou « maintenir » un système de sécurité sociale (art. 12, § 1<sup>er</sup>), mais aussi à « s'efforcer de [le] porter progressivement [...] à un niveau plus haut » (art. 12, § 3). Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels comme le Comité européen des droits sociaux, qui sont les interprètes les plus autorisés de ces deux instruments, ont par ailleurs développé toute une « jurisprudence » dont il se dégage sans ambiguïté que le devoir pour les États de mettre en œuvre le droit à la sécurité sociale emporte bien une obligation de principe de chercher à progresser vers une meilleure protection de ce droit (168). Il en découle que lu à la lumière des dispositions internationales précitées – que le plaideur avait d'ailleurs mobilisées dans l'affaire évoquée –, l'article 23, alinéa 3, 2<sup>o</sup>, dans son versant positif fait peser sur les législateurs belges le devoir de porter, chacun dans les limites de ses compétences, une dynamique de progrès en matière de protection sociale.

Contextualisé, le prescrit constitutionnel peut ainsi gagner en densité normative et constituer une limite à la liberté d'action du législateur.

(166) C.C., 17 avril 2008, n<sup>o</sup> 64/2008, B.22.

(167) A. REMICHE, *La justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels en Belgique*, *op. cit.*, pp. 151 et 303 (et pp. 177 à 198 sur les fondements et la portée en droit international des droits de l'homme de la progressivité de l'obligation de réaliser les droits économiques, sociaux et culturels). Pour sa part, Maxime Stroobant juge la position de la Cour constitutionnelle sur ce point contraire à « l'esprit » de l'article 23 : M. STROOBANT, « Algemeen besluit », *Sociale en economische grondrechten/Les droits économiques et sociaux*, *op. cit.*, p. 203.

(168) Voy., respectivement, B. SAUL, D. KINLEY et J. MOWBRAY, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, pp. 151 à 157 et G. KATROUGALOS, « Social Security in the "Case Law" of the Social Rights Committee », *op. cit.*, pp. 90 à 92.

**38.** Peut-être se pourrait-il même – et on en terminera par là – que la technique suggérée puisse permettre d'identifier, pour certaines prestations, une forme de noyau dur intangible, ou socle minimum, qu'il appartiendrait au législateur de garantir en toutes circonstances. En ce sens, le Comité européen des droits sociaux a par exemple condamné la Finlande, à la suite d'une réclamation collective, pour violation du droit à la sécurité sociale consacré par la Charte sociale européenne, au motif que le montant minimum de plusieurs revenus de remplacement était encore inférieur à 40 % du revenu national médian, soit un niveau jugé « manifestement insuffisant » (169). Dans cette perspective, garantir le droit à la sécurité sociale ne se réduit plus à une vague exigence programmatique laissant toute latitude aux pouvoirs publics mais emporte l'obligation d'instituer au moins un certain nombre de dispositifs de base conformes à des standards incompressibles.

Mais n'est-ce pas alors le poncif selon lequel le droit constitutionnel à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale serait dénué de l'effet direct qui mériterait d'être revisité ? Interprété à l'aune de la quasi-jurisprudence internationale, son invocabilité pourrait devenir envisageable au contentieux subjectif, en tant qu'il constituerait le réceptacle de véritables droits à un certain nombre de prestations sociales minimales, réalisant l'essence du droit fondamental en cause (170).

Telle est du reste la voie que Micheline Jamoulle avait déjà laissé entrapercvoir furtivement en 2002 dans sa contribution au *Liber amicorum Maxime Stroobant*, le père de l'article 23. Contestant que l'option du constituant historique puisse être érigée en interprétation authentique et retenue comme la seule envisageable, elle avait clôturé son étude par ces mots : « Il suffit de faire œuvre d'imagination... » (171). Simple pirouette oratoire de juriste ? Au vrai, le constituant lui-même n'avait pas totalement fermé la porte au procédé interprétatif suggéré – qui n'est finalement rien d'autre qu'une lecture d'un droit fondamental consacré au sein de l'ordre juridique interne à la lumière du droit international et de la pratique

(169) Comité européen des droits sociaux, décision du 9 septembre 2014, *Finnish Society of Social Rights c/ Finlande*, réclamation n° 88/2012, §§ 64 et 74, consultable sur la base de données HUDOC du Conseil de l'Europe à l'adresse <http://hudoc.esc.coe.int>. Je remercie Adélaïde Remiche d'avoir attiré mon attention sur cette décision.

(170) Dans le même sens, L. GOOSSENS, « Het grondrecht op sociale zekerheid en sociale bijstand », *op. cit.*, n°s 21 à 24, pp. 810 et 811, n° 49, p. 823 et n°s 52 et 53, p. 824.

(171) M. JAMOULLE, « L'article 23 de la Constitution belge dans ses relations avec les droits sociaux fondamentaux, le droit du travail et la sécurité sociale », *op. cit.*, p. 147.

prétorienne de ses organes de surveillance –, puisqu'après avoir rabâché la rengaine de l'absence d'applicabilité directe des droits fondamentaux socio-économiques tout au long des développements de la proposition de révision constitutionnelle, il n'en avait pas moins pris l'initiative d'affirmer également, dans un passage aujourd'hui un peu oublié : « l'insertion [de ces droits] dans la Constitution, même en termes vagues et généraux, pourra donner lieu, dans certains cas, à des obligations spécifiques dans le chef des pouvoirs publics. Dans ce cas, une personne individuelle pourra dès lors, sur la base de la Constitution, solliciter directement l'intervention des pouvoirs publics » (172).

#### SECTION 6.

### PEUT-ON DÉFAIRE LES MISES EN ŒUVRE DU DROIT À LA SÉCURITÉ SOCIALE ? L'EFFET DE STANDSTILL, OU LE VERSANT NÉGATIF DU DROIT À LA SÉCURITÉ SOCIALE

**39.** Au terme de cette première exploration d'un territoire encore mal cartographié, revenons en des contrées plus familières des juristes de droit social, pour terminer cet aperçu par un exercice de synthèse sur l'effet de standstill, ou effet-cliquet, appliqué à la matière de la protection sociale. On délaisse donc à présent le versant programmatique du droit à la sécurité sociale au profit de sa facette négative, et plus précisément l'obligation de principe de ne pas régresser dont elle est porteuse.

On l'a rappelé, c'est le constituant lui-même qui, dans les travaux préparatoires de l'article 23, a expressément affirmé que l'inscription dans notre charte fondamentale des droits économiques, sociaux et culturels emportait une obligation de ne pas porter atteinte à leurs mises en œuvre déjà acquises (173). Rapidement, la doctrine lui a emboîté le pas, notamment dans le champ qui nous intéresse, en affirmant que la constitutionnalisation du droit à la sécurité sociale permet de « s'opposer à toute tentative de démantèlement d'éléments essentiels de la sécurité sociale » (174).

(172) Révision du titre II de la Constitution, par l'insertion d'un article 24bis relatif aux droits économiques et sociaux, développements, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 1991-1992, n° 100-2/3°, p. 12.

(173) *Voy. supra*, n° 32.

(174) M. DISPERSYN, « Le droit à la sécurité sociale dans l'article 23 de la Constitution », *op. cit.*, p. 223 (et p. 227). Pour s'en tenir aux premiers commentaires qui ont suivi : M. STROOBANT, « De grondwettelijke rechten op bescherming van de gezondheid en op geneeskundige bijstand », *op. cit.*, pp. 455 et 456 ; M. JAMOUILLE, « L'article 23 de la Constitution belge dans ses relations avec les droits sociaux fondamentaux, le droit du travail et la sécurité sociale », *op. cit.*, p. 145 ; A. VAN LOOVEREN, « Sociale grondrechten en minimarechten »,

Toutefois, si l'idée générale est aujourd'hui bien connue et progressivement entrée dans les mœurs, il faut malgré tout constater que son manquement continue de ne pas aller de soi : confrontées à un moyen invoquant l'effet de standstill, les juridictions du travail « pataugent » parfois encore et ne semblent pas toujours très à l'aise (175). Dans son manuel de droit de la sécurité sociale, le seul qui évoque l'article 23 de la Constitution, Jean-François Funck affirme pour sa part, après avoir pointé une série de questions délicates à son estime encore en attente de réponses : « la portée de ce principe de "standstill" reste encore imprécise » (176).

Pourtant, la méthodologie du principe de non-rétrogression est aujourd'hui relativement bien établie dans la doctrine en matière de libertés publiques, de même que dans la jurisprudence des juridictions suprêmes. On peut même considérer que, sur un plan théorique au moins, la marche à suivre est connue. Ça ne veut pas dire que l'application du mode d'emploi au cas d'espèce soit toujours chose aisée, loin s'en faut. À l'évidence, juger de la conformité au principe de standstill d'une réforme sensible en matière de sécurité sociale implique bien souvent, pour ne pas dire toujours, de procéder à de délicates appréciations qui amènent le juge aux frontières de la séparation des pouvoirs. Mais, précisément, c'est une raison de plus pour tenter d'être au moins bien au clair sur le cadre juridique à l'intérieur duquel ces appréciations doivent être opérées.

**40.** Juridiquement, l'exigence de non-rétrogression se déduit *a contrario* de l'obligation positive de réaliser les droits économiques, sociaux et culturels. Puisque le législateur a pour tâche de mettre progressivement en œuvre ces droits, il ne peut à tout le moins pas diminuer le niveau de protection qu'il leur a déjà conféré en légiférant à rebours des droits garantis. Sur le plan contentieux, l'existence d'une obligation de standstill

*op. cit.*, nos 17 à 19, pp. 252 à 254 ; J.-F. LECLERCO, « Sociale zekerheid : honderdduizend of niets, stop je of ga je verder ? », *op. cit.*, nos 8 à 10, pp. 319 à 321. Une exception, restée isolée : H. FUNCK, « Le droit à l'aide sociale dans la Constitution : quelle incidence sur le droit à l'aide sociale ? », *op. cit.*, n° 24, p. 278, qui évoquait pour sa part « une prétendue obligation de non-régression ».

(175) H. FUNCK, « L'article 23 de la Constitution, à travers la jurisprudence des cours et tribunaux (1994-2008) : un droit en arrière-fond ou l'ultime recours du juge ? », *Sociale en economische grondrechten/Les droits économiques et sociaux*, *op. cit.*, nos 45 et 46, pp. 105 et 106 : « Les références à cette notion sont extrêmement rares ; les cours et tribunaux semblent manifestement chercher à éviter de devoir répondre à l'argument, lorsqu'il est invoqué ».

(176) J.-F. FUNCK, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 35, où l'auteur se demande notamment si le principe revêt un caractère absolu ou relatif. Postérieurement, Paul Schoukens écrivait encore, un peu dans le même sens : « it is not clear in which way the standstill-principle of the Constitutional Court should be applied in practice at this moment. Although it has been extensively studied by the legal doctrine, the standstill-principle still needs further elaboration and refinement » (P. SCHOUKENS, « Belgium: The Right to Social Security in the Belgian Constitution », *op. cit.*, p. 15).

adossée à l'article 23 de la Constitution a été reconnue pour la première fois par le Conseil d'État en 1999, en matière de protection de l'environnement(177). S'agissant du droit qui nous intéresse, les trois juridictions suprêmes ont eu l'occasion de franchir le pas tour à tour en matière d'aide sociale, dès 2002 s'agissant de la Cour constitutionnelle – qui a été confrontée à un très abondant contentieux en matière d'aide sociale aux étrangers –, tandis que la Cour de cassation a clos la marche en 2014, dans le contexte, comme le Conseil d'État peu de temps avant elle, d'une affaire relative aux aides à la mobilité aux personnes handicapées instituées par une entité fédérée(178).

Parmi les trois juridictions, c'est le Conseil d'État qui est allé le plus loin le premier en affirmant, dans son arrêt *Cleon Angelo*, que l'article 23 de la Constitution implique une obligation de standstill « dans [toutes] les matières qu'il couvre »(179), et donc y compris en matière de sécurité sociale et de protection de la santé. Il a été suivi par la Cour de cassation, qui a affirmé elle aussi, à l'occasion d'une affaire où était en cause le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables que, « dans les matières qu'il couvre, l'article 23 de la Constitution implique une obligation de standstill »(180). Si la Cour constitutionnelle ne semble pas l'avoir encore explicitement confirmé à son tour, en tout cas pas au moyen d'une formule équivalente(181), c'est, en droit, la seule solution acceptable, puisque, de manière générale, l'article 23 de la Constitution obéit à un régime juridique commun, de sorte que tous les droits socio-économiques fondamentaux

(177) C.E. (7<sup>e</sup> ch.), 29 avril 1999, *Jacobs*, n° 80.018, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 424, obs. S. WYCKAERT, « Het "standstill"-effect in de milieurechtspraak van de Raad van State », où le haut conseil conclut en outre au caractère fondé du moyen pris de la violation de l'obligation de standstill. De manière générale, le droit à un environnement sain est manifestement celui en rapport avec lequel le standstill a connu les développements les plus rapides et les plus importants : voy. I. HACHEZ et B. JADOT, « Environnement, développement durable et standstill : vrais ou faux amis ? », *Amén.*, 2009, pp. 5-25, et les nombreuses réf. jurisprudentielles et légisprudentielles citées.

(178) Voy., dans l'ordre, C.A., 27 novembre 2002, n° 169/2002, B.6.4. à B.6.6., *T. vreemd.*, 2003, p. 319, obs. S. BOUCKAERT, « De verplichte materiële dienstverlening aan kandidaat-vluchtelingen en de toets door het Arbitragehof aan het grondrechteninstrumentarium in het algemeen en aan het standstillbeginsel in het bijzonder » ; C.E. (6<sup>e</sup> ch.), 23 juillet 2011, *Cleon Angelo*, n° 215.309, *A.P.*, 2011, p. 414, avec le rapport conforme de l'auditeur B. JADOT ; Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 15 décembre 2014, *J.T.T.*, 2015, p. 118.

(179) Ce point est souligné par I. HACHEZ, « Le principe de standstill : actualités et perspectives », *R.C.J.B.*, 2012, p. 9.

(180) Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 18 mai 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 694.

(181) La Cour a déjà été amenée à dire que « l'article 23 de la Constitution implique une obligation de standstill » (C.C., 17 juillet 2014, n° 107/2014, B.23. et C.C., 19 mars 2015, n° 36/2015, B.15.3.), mais c'était à chaque fois en rapport avec le droit au travail et à une rémunération équitable et sans préciser expressément que l'obligation s'impose dans toutes les matières couvertes par la disposition, de sorte que l'on ne sait si l'on est autorisé à prêter à la formule adoptée une portée tout à fait générale.

qu'il proclame emportent, en règle, une obligation de standstill(182). En tout état de cause, la Cour constitutionnelle a précisé, dans son arrêt « saut d'index » de 2016, que l'obligation de standstill s'applique également au droit à la sécurité sociale et au droit aux prestations familiales(183).

**41.** En termes de mécanisme juridique, l'effet de standstill présente, pour le juge ou le plaideur amené à le manier, l'intérêt majeur de contourner le problème de l'indétermination intrinsèque des droits constitutionnels économiques et sociaux. Certes, on a vu que face à l'indétermination de l'obligation positive de réaliser le droit à la sécurité sociale, une piste potentiellement féconde consiste à aller puiser des ressources interprétatives dans le droit international des droits de l'homme et dans la pratique prétorienne de ses organes de surveillance, de manière à « densifier » l'obligation dont le respect est soumis à un contrôle juridictionnel(184). Mais cela reste une voie complexe et encore balbutiante. Par contraste, le principe de non-rétrogression peut être invoqué sans qu'il faille nullement s'astreindre à ce travail de clarification de la norme de référence. En dépit du libellé vague et ouvert de l'article 23, son contenu s'assimile en effet, pour les besoins du contrôle de conformité au standstill, à la mise en œuvre que lui avait donnée le législateur dans l'ordre juridique interne avant l'adoption de la réforme litigieuse. Lorsqu'est invoquée l'obligation négative de ne pas régresser, le juge doit en effet vérifier si la disposition déferée à son contrôle porte atteinte au droit économique et social en cause tel que celui-ci était garanti par les autorités publiques nationales(185).

(182) En 2010, Marc Bossuyt, alors président de la Cour constitutionnelle, écrivait encore qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que celle-ci n'a pas déduit de l'article 23 une obligation de standstill de portée générale : M. BOSSUYT, « Artikel 23 van de Grondwet in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof », *op. cit.*, p. 62. Certes, mais une chose est de constater que la Cour constitutionnelle n'a pas encore été amenée à reconnaître pareille obligation, une autre est de suggérer que l'article 23 n'emporterait pas, en règle, une telle obligation pour chacun des droits fondamentaux consacrés. Juridiquement, on ne voit pas ce qui pourrait permettre de justifier la seconde position. Dans le même sens, à propos du droit à la sécurité sociale et à la protection de la santé, F. LOUCKX, « Grondrechten en de ziekteverzekering », *Grondrechten en sociale zekerheid*, *op. cit.*, n° 16, p. 150.

(183) C.C., 13 octobre 2016, n° 130/2016, B.15.1. Voy. aussi C.C., 13 octobre 2016, n° 129/2016, B.20.2. On soulignera que si la Cour n'a pas eu l'occasion de reconnaître expressément l'obligation de standstill en matière de sécurité sociale plus tôt, c'est sans doute en partie parce que la branche du chômage – probablement le secteur le plus exposé aux mesures d'austérité – est entièrement de nature réglementaire (voy. *supra*, n° 19), de sorte que les délicates questions de constitutionnalité que soulèvent régulièrement les réformes prises dans ce secteur ne peuvent être déferées à la Cour constitutionnelle.

(184) Voy. *supra*, nos 36 à 38.

(185) Il découle de cette construction que l'obligation de ne pas régresser est dépourvue de normativité autonome : son invocation doit nécessairement être combinée à celle du droit économique et social dont l'abaissement du niveau de protection est allégué. Peut-être est-ce en raison de cette absence de normativité autonome que la Cour de cassation a affirmé, dans le contexte d'un litige relatif à la loi de compétence uni-

Ainsi précisée, la norme de référence cesse de présenter le caractère vague et flou qui est le sien lorsqu'elle est appréhendée sous l'angle de son versant positif. Partant, le contrôle de constitutionnalité peut se faire beaucoup plus rigoureux. La question n'est plus : le législateur a-t-il respecté son obligation générale et programmatique de garantir le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale, mais : le législateur a-t-il diminué le niveau de protection de ce droit au regard de celui qu'il lui avait lui-même donné précédemment ? Partant, l'invocabilité de l'obligation de standstill dans le cadre d'un contentieux objectif, que ce soit devant la Cour constitutionnelle ou le Conseil d'État, ou devant les juridictions judiciaires à l'occasion d'un contrôle de légalité incident, ne pose en soi pas de difficultés.

**42.** Aujourd'hui, les trois juridictions suprêmes emploient une même formule, à l'une ou l'autre variante mineure près, pour définir l'obligation de standstill : cette dernière « interdit » ou « s'oppose à ce que le législateur compétent réduise sensiblement [ou significativement] le niveau de protection offert par la législation applicable, sans qu'existent pour ce faire des motifs d'intérêt général » (186). La formule amène à préciser la portée de l'obligation et à en détailler le régime juridique, à l'occasion de quoi nous examinerons de plus près les applications concrètes dont elle a fait l'objet en matière de protection sociale (187). Trois points en particulier doivent être analysés tour à tour. Le premier concerne l'exigence que le recul constaté soit « sensible », ou « significatif », pour devenir suspect au regard de l'obligation de standstill (§ 1). Le second a trait à l'identification de la norme précise qui sert de base à la comparaison pour établir l'existence d'un éventuel recul (significatif) (§ 2). Le troisième point, enfin, et le plus important, est que l'interdiction de régresser est relative et non absolue, puisque, par exception, un recul peut être justifié par des motifs d'intérêt général (§ 3).

verselle, que « l'obligation de standstill n'est pas un principe général de droit » : Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 14 janvier 2004, *Chron. D.S.*, 2004, p. 506, avec les conclusions conformes de l'avocat général J. Spreutels, obs. H. MORMONT. La Cour a jugé que les conventions de Genève en matière de droit international humanitaire ne prescrivent pas aux États parties de consacrer le mécanisme de la compétence universelle et, partant, n'emportent pas une interdiction d'en limiter la portée voire d'y renoncer.

(186) Pour ce qui concerne le droit à la sécurité sociale, la protection de la santé et l'aide sociale et médicale, voy., en plus des trois arrêts de principe cités à la note n° 178, les arrêts ultérieurs de la Cour constitutionnelle, tous également rendus en matière d'aide sociale, à l'exception du dernier : C.A., 14 janvier 2004, n° 5/2004, B.14.6. ; C.A., 28 juillet 2006, n° 123/2006, B.14.3. ; C.C., 1<sup>er</sup> septembre 2008, n° 132/2008, B.9. ; C.C., 27 juillet 2011, n° 135/2011, B.5.2. ; C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, B.6.2. et B.36.2. ; C.C., 1<sup>er</sup> octobre 2015, n° 133/2015, B.6.2 ; C.C., 17 mars 2016, n° 42/2016, B.13.1. ; C.C., 13 octobre 2016, n° 130/2016, B.15.1.

(187) Pour des analyses antérieures, J.-F. NEVEN, E. DERMINE, S. PALATE et S. GILSON, « Les droits à la sécurité sociale et à l'aide sociale, médicale et juridique », *op. cit.*, nos 37 à 47, pp. 1351 à 1361 et L. GOOSSENS, « Het grondrecht op sociale zekerheid en sociale bijstand », *op. cit.*, nos 15 à 24, pp. 808 à 811.

L'ensemble de ce régime juridique a été largement pétri, à tâtons, par la doctrine et la section de législation du Conseil d'État en dialogue avec la jurisprudence, dans le courant des années 2000. On doit à Isabelle Hachez d'en avoir construit dans sa thèse de doctorat la version la plus aboutie et affinée à ce jour, nourrie par les enseignements du droit international des droits de l'homme (188).

Comme on le verra, ce n'est finalement que depuis le début des années 2010 que l'obligation de standstill a commencé à gagner en effectivité dans la jurisprudence en matière de protection sociale (§ 4).

### § 1. L'établissement d'une atteinte à l'obligation de standstill : l'exigence d'un recul sensible en matière sociale

**43.** Pour qu'une réforme litigieuse devienne débitrice de justifications sous l'angle du respect de l'obligation de non-rétrogression, il importe en premier lieu que soit établi un recul (189). Dès le tout premier arrêt dans lequel elle a admis l'existence d'une obligation de standstill, du reste en matière d'aide sociale, la Cour constitutionnelle a clairement affirmé que cette obligation « ne peut [...] s'entendre comme imposant à chaque législateur, dans le cadre de ses compétences, de ne pas toucher aux modalités » du droit en cause et « ne le prive pas du pouvoir d'apprécier de quelle manière ce droit sera le plus adéquatement assuré » (190). En l'espèce, était en cause la substitution à l'aide financière en espèces octroyée par

(188) Voy. son maître ouvrage : I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, coll. Droits fondamentaux, Bruxelles/Athènes/Baden-Baden, Bruylant/Sakkoulas/Nomos Verlagsgesellschaft, 2008. Les idées forces en sont présentées succinctement dans *Id.*, « Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative » *R.B.D.C.*, 2007, pp. 69-83. Sur le régime juridique de l'obligation de standstill en droit international des droits de l'homme, voy. également D. ROBITAILLE, « Pour une théorie de la justiciabilité substantielle et processuelle des droits économiques et sociaux », *R.T.D.H.*, 2013, pp. 225 à 228, et les nombreuses réf. à la littérature internationale ainsi qu'aux observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. *Adde* encore G. MAES, « Het standstillbeginsel in vedragsbepalingen in art. 23 G.W. : progressive (sociale) grondrechtenbescherming », *R.W.*, 2005-2006, pp. 1081-1094.

(189) Dans deux arrêts rendus coup sur coup sur recours de la Ligue des droits de l'homme à propos du remplacement du minimex par le droit à l'intégration sociale, la Cour a rejeté le moyen pris de la violation du *standstill* en faisant à chaque fois le constat, quant au point incriminé, d'un *statu quo* : C.A., 14 janvier 2004, n° 5/2004, B.14. ; C.A., 28 juillet 2006, n° 123/2006, B.14.

(190) C.A., 27 novembre 2002, n° 169/2002, B.6.6. Dans un sens similaire, même si la formule n'est pas textuellement reprise, C.C., 1<sup>er</sup> septembre 2008, n° 132/2008, B.8. à B.12. (à propos de la suppression de la catégorie des conjoints en matière de revenu d'intégration et son remplacement par un droit individualisé de chacun des deux membres du couple à un revenu au taux cohabitant). Du côté des juridictions du travail, voy., en matière d'aide sociale aux enfants en séjour illégal, Trib. trav. Bruxelles (15<sup>e</sup> ch.), 25 octobre 2004, *Chron. D.S.*, 2005, p. 163.

les CPAS d'une aide matérielle en nature fournie dans les centres d'accueil pour (à l'époque) une catégorie déterminée de candidats-réfugiés. La Cour a considéré que la réforme attaquée ne diminuait pas, pour la catégorie concernée, le niveau de protection du droit à l'aide sociale mais modalisait celui-ci autrement.

Depuis, la formule est régulièrement répétée par la Cour. Le constat devrait suffire à apaiser les craintes de ceux qui, encore aujourd'hui, continuent à redouter que le principe de standstill ne prive les pouvoirs publics de la prérogative d'opérer de nouveaux choix en matière de politique économique et sociale, singulièrement dans le champ de la sécurité sociale(191). Juridiquement, l'obligation de standstill ne consiste pas à figer dans le marbre toutes les options retenues à un moment donné du temps. Il ne s'agit pas d'une constitutionnalisation de l'immobilisme.

**44.** En outre, le recul doit être « sensible », ou « significatif », pour devenir suspect au regard de l'obligation de standstill. La jurisprudence l'exige de manière constante. Pourtant, il pourrait y avoir là matière à discussion. La pertinence du maintien inconditionnel et systématique de ce réquisit a ainsi été contestée par I. Hachez, pour des motifs conceptuels auxquels nous nous rallions. D'après cette auteure, il est justifié d'exiger que le recul soit significatif, afin de préserver la marge d'appréciation du législateur, lorsque l'auteur de la norme a entendu modifier uniquement les modalités de mise en œuvre d'un droit tout en maintenant, globalement, un niveau de protection équivalent. En revanche, soutient la même auteure, cette exigence n'a pas lieu d'être, sous peine de risquer de vider le principe de standstill de sa substance, lorsque l'auteur de la norme a porté atteinte à un droit sans chercher à maintenir, au moyen de mesures alternatives ou compensatoires, un niveau de protection équivalent. Dans cette seconde hypothèse, il serait juridiquement plus cohérent d'admettre l'atteinte à l'obligation de standstill dès qu'un recul peut être constaté, puis d'examiner si cette atteinte viole ou non ladite obligation, étant entendu que celle-ci n'est pas absolue(192).

Pour l'heure, la jurisprudence se montre toutefois inflexible. Sans doute se retrancher derrière le caractère non significatif d'un recul est-il parfois une façon pour le juge d'éviter de devoir se prononcer sur un moyen pris de la violation du principe de non-rétrogression. On se permettra

(191) J. VANDE LANOTTE *et al.*, *Belgisch publiekrecht, op. cit.*, n° 965, p. 683.

(192) Sur tout ceci, voy. I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux, op. cit.*, n°s 345 à 350, pp. 377 à 385.

toutefois de souligner que le procédé a pour effet pervers, et peu conforme à la logique même du principe, qu'une succession de reculs qui seraient jugés, chacun pris isolément, non significatifs, ne fera jamais l'objet d'un contrôle au regard de l'obligation de standstill, quand bien même, cumulés, l'ensemble de ces reculs apparaîtrait particulièrement marqué.

**45.** Indépendamment des doutes que l'on peut avoir à propos du bien-fondé intrinsèque de cette exigence prétorienne, comment évaluer, en particulier en matière de protection sociale, si une régression doit ou non être jugée significative ? Force est de constater que l'on ne dispose d'aucun guide prédéterminé et que, partant, tout semble en partie affaire d'espèce. Un resserrement du champ d'application d'une prestation, un durcissement de ses conditions d'octroi, une réduction de son montant, une coupe dans son financement sont *a priori* autant d'évolutions susceptibles de constituer des reculs sensibles dans le niveau de protection qui était préalablement conféré au droit en cause – indépendamment encore une fois, à ce stade, de leur caractère éventuellement justifiable.

Dans les espèces tranchées jusqu'ici par les juridictions supérieures, la limitation substantielle d'un droit a été à plusieurs reprises considérée comme emportant un recul significatif. Ainsi en est-il allé de la possibilité donnée par le législateur à Fedasil de refuser l'octroi de l'aide matérielle à un demandeur d'asile à compter de l'introduction d'une troisième demande d'asile, puis, peu de temps après, dès l'introduction d'une deuxième demande, alors que le bénéfice de l'aide matérielle était jusqu'alors déconnecté de la procédure d'asile tant et aussi longtemps que celle-ci était en cours, recours compris(193). Ont, *a fortiori*, été jugés constitutifs d'une régression sensible la suppression pure et simple d'un certain nombre de possibilités d'interventions en faveur de la mobilité des personnes handicapées(194), toute comme l'exclusion totale de l'accessibilité à l'aide sociale d'une catégorie d'étrangers séjournant légalement sur le territoire belge, alors que cette catégorie avait auparavant droit à l'aide

(193) C.C., 27 juillet 2011, n° 135/2011, B.4. à B.10. ; C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, B.5. à B.12. En réalité, la Cour ne constate pas formellement l'existence d'un recul significatif mais on peut considérer qu'elle la présuppose, puisque, dans les deux cas, elle discute longuement la justification de la réforme litigieuse. Par ailleurs, dans le second arrêt, a également été jugée (implicitement) constitutive d'un recul sensible la suppression du droit à l'aide sociale à tous les ressortissants de l'Union européenne et aux membres de leur famille pendant les trois premiers mois de leur séjour en Belgique : C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, B.32. à B.51.

(194) C.E. (6<sup>e</sup> ch.), 23 juillet 2011, *Cleon Angelo*, n° 215.309, A.P., 2011, p. 414, avec le rapport conforme de l'auditeur B. JADOT.

sociale dans les mêmes conditions que toute personne en séjour régulier(195).

En revanche, la Cour constitutionnelle a estimé, à propos du décret flamand refondant les dispositifs de soutien financier aux personnes souffrant d'un handicap, qu'il n'entraînait pas en soi de recul significatif. Le requérant – une association de défense des personnes handicapées – soutenait que le nouveau système mis en place allait entraîner une réduction sensible du niveau de la protection sociale pour certaines personnes handicapées, dans la mesure où il fait désormais dépendre l'octroi et le montant des interventions d'une logique entièrement nouvelle, susceptible de déboucher sur des résultats variés. Après avoir rappelé que l'obligation de standstill ne prive pas le législateur du pouvoir d'apprécier de quelle manière le droit constitutionnel à l'aide sociale est le plus adéquatement assuré, la Cour admet, au moins implicitement, que la possibilité d'un recul important est réelle pour certaines personnes, mais refuse de considérer que le décret en cause aura nécessairement cette conséquence, compte tenu de ce qu'en réalité, seule sa mise en œuvre effective permettra de le déterminer, ainsi que la section de législation du Conseil d'État l'avait conclu dans son avis(196). Et la Cour de renvoyer explicitement aux juridictions compétentes le soin de vérifier, le cas échéant, que les mesures d'exécution du décret prises par le gouvernement, en ce compris sur le plan des moyens alloués, sont bien conformes avec l'obligation de standstill(197).

Soit dit en passant, on notera que le contrôle très lâche du respect du principe de légalité opéré par la Cour dans le même arrêt, dans la ligne de la jurisprudence que nous avons rapportée dans notre deuxième section(198), l'amène à délaissier largement au pouvoir exécutif la tâche de respecter le principe de non-rétrogression. Pour le reste, on observe qu'elle prend au sérieux l'argument tiré de la violation du principe de standstill mais se montre soucieuse, face à une réforme de grande ampleur longuement discutée, d'observer une certaine déférence vis-à-vis des choix de

(195) C.C., 1<sup>er</sup> octobre 2015, n° 133/2015, B.7.1.

(196) Avis n° 54.820/1 du 24 janvier 2014 sur un projet devenu le décret « houdende de persoonsvolgende financiering voor personen met een handicap en tot hervorming van de wijze van financiering van de zorg en de ondersteuning voor personen met een handicap », *Doc.*, parl. fl., sess. 2013-2014, n° 2429/1, pp. 114 et 115.

(197) C.C., 17 mars 2016, n° 42/2016, B.10. à B.14.

(198) *Voy. supra*, n° 18.

politique sociale posés, d'autant que ceux-ci ont été clairement explicités dans les travaux préparatoires(199).

**46.** Il faut le souligner : tous les constats d'existence d'un recul, significatif ou non, épinglés dans les lignes qui précèdent sont postérieurs à 2010, et donc relativement récents. De surcroît, les quelques affaires évoquées seront prochainement suivies par d'autres, compte tenu de l'actualité législative et jurisprudentielle(200). On pense par exemple, parmi d'autres, au recul de l'âge légal du départ à la retraite de 65 à 67 ans à l'horizon 2030 et au durcissement corrélatif des conditions d'accès à la retraite anticipée(201). On pense aussi et surtout à la limitation dans le temps à trois ans des allocations d'insertion accessibles aux jeunes sans emploi sur la base des études(202). D'autres discussions encore ne manqueront

(199) Pour un autre exemple de cas dans lequel les requérants ont été jugés en défaut d'établir la régression significative invoquée – en matière de politique du médicament et de droit à la santé –, C.E. (6<sup>e</sup> ch.), 18 juin 2013, *Hertoghe*, n<sup>o</sup> 223.953.

(200) On notera que dans son arrêt relatif au saut d'index décidé par le gouvernement Michel en 2014 aux fins de neutraliser temporairement le mécanisme d'augmentation automatique des salaires et des allocations sociales face au renchérissement du coût de la vie, la Cour constitutionnelle a en revanche estimé non nécessaire d'examiner si la mesure attaquée constitue un recul significatif de la protection du droit à une rémunération équitable et du droit à la sécurité sociale, avant de déclarer la mesure contestée en tout état de cause conforme à l'obligation de standstill, en raison de la légitimité des objectifs d'intérêt général, consistant en la création d'emplois et la limitation des dépenses publiques, poursuivis par le législateur : C.C., 13 octobre 2016, n<sup>o</sup> 130/2016, B.17.3. et B.18. Même si ce procédé n'est pas rare dans la jurisprudence de la Cour, il faut bien constater que, méthodologiquement, il n'est pas cohérent, dans la mesure où il ne s'indique de vérifier la validité du recul que si, préalablement, l'existence de pareil recul (significatif) a été établie.

(201) Loi du 10 août 2015 visant à relever l'âge légal de la pension de retraite et portant modification des conditions d'accès à la pension de retraite anticipée et de l'âge minimum de la pension de survie, *M.B.*, 21 août 2015, contre laquelle deux recours en annulation sont actuellement pendants devant la Cour constitutionnelle (aff. jointes n<sup>os</sup> 6348 et 6365). Pour une première analyse, nuancée, sous l'angle de la conformité au standstill, B. MARTEL, V. PERTRY et G. VAN LIMBERGHEM, « Grondrechten en de pensioenhervorming », *Grondrechten en sociale zekerheid, op. cit.*, n<sup>os</sup> 40 à 55, pp. 322 à 334.

(202) A.R. du 28 décembre 2011 modifiant les articles 27, 36, 36ter, 36quater, 36sexies, 40, 59quinquies, 59sexies, 63, 79, 92, 93, 94, 97, 124 et 131septies de l'A.R. du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, *M.B.*, 30 décembre 2011, 5<sup>e</sup> éd., suivi peu de temps après par le renforcement des exigences d'âge et de niveau de formation auxquelles l'admissibilité aux allocations d'insertion est conditionnée : A.R. du 30 décembre 2014 modifiant les articles 36, 59bis, 59bis/1, 63, 64, 71bis, 72, 89bis, 114, 116, 126, 131bis, 153, 154, 155 et 157bis de l'A.R. du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage et abrogeant les articles 89, 90 et 125 dans le même arrêté, *M.B.*, 31 décembre 2014. L'ONEm s'est pourvu en cassation contre un arrêt dans lequel la Cour du travail de Liège a conclu à une violation, à tout le moins dans une hypothèse précise, de l'effet de standstill : C. trav. Liège (8<sup>e</sup> ch., sect. Neufchâteau), 10 février 2016, *ONEm c/ C.L.*, R.G. n<sup>o</sup> 2015/AU/48. D'autres juridictions de première instance ont conclu dans le même sens : Trib. trav. Liège (1<sup>er</sup> ch., div. Verviers), 23 mai 2016, *V.V. c/ ONEm*, R.G. n<sup>o</sup> 15/22/A ; Trib. trav. Liège (4<sup>e</sup> ch., div. Liège), 21 juin 2016, *X c/ ONEm*, R.G. n<sup>o</sup> 15/3413/A ; Trib. trav. Liège (3<sup>e</sup> ch., div. Huy), 2 décembre 2016, *P.B. c/ ONEm*, R.G. n<sup>o</sup> 15/97/A. Toutes ces décisions sont consultables sur [www.terralaboris.be](http://www.terralaboris.be). Elles suivent largement, *mutatis mutandis*, l'argumentaire esquissé à propos du renforcement de la dégressivité des allocations de chômage ordinaires dans D. DUMONT, « Dégressivité accrue des allocations de chômage versus principe de standstill », *op. cit.* *Contra* : Trib. trav. Brabant wallon (3<sup>e</sup> ch., div. Nivelles), 31 mai 2016, *M.S. c/ ONEm*, R.G. n<sup>o</sup> 15/1515/A, inédit ; Trib. trav. Bruxelles (17<sup>e</sup> ch.), 24 juin 2016, *I.B. c/ ONEm*, R.G. n<sup>o</sup> 14/9663/A, [www.juridat.be](http://www.juridat.be). Nous n'avons pas connaissance de décisions néerlandophones sur le sujet, mais il faut dire que plus des deux tiers des exclusions prononcées pour fin de droits concernent des chômeurs wallons. En amont de la question de

certainement pas de naître à l'avenir, notamment dans le contexte de la défédéralisation progressive de la sécurité sociale (203).

l'éventuelle justification qui pourrait être apportée pour « blanchir » la diminution du niveau de protection, il paraît difficilement contestable que le passage d'allocations illimitées dans le temps à des allocations octroyées pendant une durée maximale de trois ans s'assimile à un recul sensible. Pour une évaluation de cette réforme (et d'autres, telles le renforcement de la dégressivité des allocations ordinaires) au regard de l'obligation de standstill, P. PALSTERMAN, « Grondrechten en de werkloosheidsreglementering. Kritische benadering van de grondwettigheid van recente wijzigingen », *Grondrechten en sociale zekerheid*, *op. cit.*, pp. 255-287.

(203) À ce sujet, voy. D. DUMONT, « La sécurité sociale et la sixième réforme de l'État : rétroactes et mise en perspective générale », *R.B.S.S.*, vol. 57, n° 2, « L'impact de la sixième réforme de l'État sur la sécurité sociale et le marché du travail : regards de juristes » (D. DUMONT dir.), 2015, p. 207 et p. 218, et les réf. citées. S'agissant du cas particulier des prestations familiales, désormais à la fois intégralement communautarisées et consacrées comme droit social fondamental par l'article 23, al. 3, 6°, de la Constitution (voy. *supra*, n° 11), la question s'est posée de savoir si ladite consécration emportait une quelconque plus-value sur le plan juridique. Il a été défendu que son effet pourrait être d'imposer une évaluation plus sévère du respect de l'obligation de standstill dans l'hypothèse où une entité fédérée porterait atteinte au niveau de protection antérieurement acquis, dans le sens où l'appréciation du recul et de son éventuelle justification devrait désormais s'opérer à l'intérieur du seul domaine des allocations familiales, et non plus en tenant compte de l'ensemble des branches de la sécurité sociale et donc des éventuelles compensations susceptibles d'intervenir au sein de celles-ci : X. DELGRANGE, « Les enjeux et les risques de la constitutionnalisation et de la défédéralisation des allocations familiales », *De communautarisering van de gezinsbijslagregeling/La communautarisation des allocations familiales*, *op. cit.*, n°s 17 et 19, pp. 60 à 62. Cette lecture se heurte *a priori* à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, dans la mesure où celle-ci ne semble pas « cloisonner » de façon étanche les différents droits protégés par l'article 23 de la Constitution. À tout le moins dans un arrêt, relatif du reste aux allocations familiales, la Cour avait-elle ainsi affirmé que « l'ensemble des droits économiques, sociaux et culturels » contribue à donner consistance au droit à la dignité humaine, de sorte que, lorsqu'est mis en cause un aspect de l'un de ces droits, elle estime devoir tenir compte, pour opérer son contrôle, « de toutes les dispositions législatives qui contribuent à ce que soit garanti le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine » : C.A., 26 avril 2007, n° 66/2007, B.10.3. et B.10.5. Dans les développements de la proposition de révision constitutionnelle relative à la consécration du droit aux prestations familiales, le constituant a toutefois indiqué que « le fait que [ce droit] fera désormais l'objet d'une garantie spécifique dans l'article 23 de la Constitution a pour conséquence que le législateur compétent ne pourra plus justifier une éventuelle réduction significative du droit aux allocations familiales pour le motif que cette réduction serait compensée par d'autres mesures de sécurité sociale ou de politiques de revenus », semblant ainsi au premier abord rejoindre l'opinion doctrinale précitée, mais avant d'ajouter « sauf si ces mesures [compensatoires] sont spécifiquement destinées à prendre en compte la charge que représentent pour les familles l'entretien et l'éducation des enfants ». Et le constituant de rappeler ensuite que l'obligation de standstill ne prive pas les autorités compétentes en matière d'allocations familiales de la prérogative d'apprécier de quelle manière ce droit sera le plus adéquatement assuré : proposition de révision de l'article 23 de la Constitution en vue de garantir le droit aux allocations familiales, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2012-2013, n° 5-2240/1, pp. 2 et 3. Par voie de conséquence, la majorité des auteurs semblent s'accorder pour considérer que l'inscription expresse du droit aux prestations familiales dans l'article 23 de la Constitution ne modifie pas fondamentalement la situation antérieure, sinon en interdisant une suppression pure et simple des prestations familiales, comprises comme toute contribution aux frais d'entretien et d'éducation des enfants : J. VELAERS, « De gezinsbijslagen in het "institutionneel akkoord voor de zesde staatshervorming" », *op. cit.*, n° 5, pp. 32 et 33 ; H. VERSCHUEREN, « De zesde staatshervorming en de defederalisering van de gezinsbijslagen », *op. cit.*, pp. 176 et 177 ; B. STEEN, « De gemeenschapsbevoegdheden inzake gezinsbeleid en gezinsbijslagen na de zesde staatshervorming », *op. cit.*, n°s 28 et 29, pp. 430 à 432 ; L. GOOSSENS, « Het grondrecht op sociale zekerheid en sociale bijstand », *op. cit.*, n° 12, p. 808 ; L. DE MEYER, « Grondrechten en de gezinsbijslagen », *op. cit.*, n°s 31 à 34, pp. 194 à 196 ; L. DE GEYTER, « De gezinsbijslagen », *De bevoegdheden van de gemeenschappen* (B. SEUTIN et G. VAN HAEGENDOREN dir.), coll. Bibliotheek grondwettelijk recht, Bruges, die Keure, 2017, n°s 867 et 869 à 871, pp. 481 à 483, et les réf. aux débats parlementaires citées.

À ce stade, on se contentera d'indiquer que la logique du standstill commande à notre sens de raisonner en termes relatifs au stade de l'établissement de l'existence ou non d'un recul significatif. Il nous semble ainsi qu'il n'y a pas lieu de s'interroger, à cette étape du raisonnement, sur la question de savoir si la dignité humaine est mise à mal pour jauger le caractère sensible d'une régression. Dédduit de l'obligation faite par le constituant au législateur de chercher à réaliser progressivement les droits économiques, sociaux et culturels, le principe de non-rétrogression protège contre les amoindrissements (significatifs) du niveau de protection préalablement conférés à ces droits, quel que ce soit ce niveau. En revanche, l'impact du recul opéré sur la préservation de la substance du droit en cause peut éventuellement jouer un rôle au stade, ultérieur, de l'examen de la justification de la régression – mais pas pour établir l'existence même de celle-ci.

## § 2. L'identification de la norme servant de base à la comparaison : la formule du « point mobile »

47. En second lieu, il faut préciser au regard de quelle norme législative ou réglementaire le recul (significatif) doit être établi.

Dans ses premiers arrêts rendus en matière d'aide sociale, la Cour constitutionnelle utilisait comme point de référence, pour établir si le niveau de protection du droit fondamental en cause avait été amoindri, la législation qui était applicable en la matière au moment de l'entrée en vigueur de l'article 23 de la Constitution (204). Autrement dit, ce sont les acquis sociaux tels qu'ils étaient configurés en 1994 qui auraient été constitutionnalisés. Cette solution a fait long feu : il est désormais acquis que la norme servant de base pour établir si le niveau de protection du droit socio-économique fondamental concerné a été diminué, est celle qui était applicable au moment de l'adoption de la réforme litigieuse, et non celle qui prévalait lors de l'entrée en vigueur de l'article 23 de la Constitution (205).

(204) C.A., 27 novembre 2002, n° 169/2002, B.6.5. et C.A., 14 janvier 2004, n° 5/2004, B.14.6. Dans sa mercuriale de 2007, le procureur général Leclercq y fait encore référence, alors que la Cour constitutionnelle était à l'époque déjà revenue sur cette jurisprudence : J.-F. LECLERCQ, « Sociale zekerheid: honderduizend of niets, stop je of ga je verder? », *op. cit.*, n° 8, p. 319. *A fortiori* en allait-il de même lorsque Jean-François Funck a publié, en 2014, la seconde édition de son manuel de droit de la sécurité sociale : J.-F. FUNCK, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 35. Voy. encore D. PIETERS et P. SCHOUKENS, « Country Report on Belgium », *op. cit.*, p. 30.

(205) S'agissant de l'article 23, al. 3, 2°, la Cour constitutionnelle s'est départie de la référence à la date de l'entrée en vigueur de l'article 23 dans C.A., 28 juillet 2006, n° 123/2006, B.14.3. En matière d'aide sociale

Dans le jargon, c'est la formule dite du « point mobile », par opposition à celle du « point fixe ». Consacrée par la Cour constitutionnelle à l'invitation de la doctrine, cette formule s'impose pour des raisons conceptuelles à nouveau. Puisque l'effet de *standstill* se déduit *a contrario* de l'obligation positive qui pèse sur les pouvoirs publics de donner corps aux droits économiques et sociaux, tous les progrès réalisés après l'entrée en vigueur de l'article 23 dans le sens d'une plus grande effectivité desdits droits doivent être pris en compte pour mesurer s'il a été ou non porté atteinte au niveau de protection de ces droits (206).

Cette vue dynamique implique donc, quand est contrôlée la conformité d'une disposition litigieuse à l'exigence de non-rétrogression, de ne pas de figer la protection sociale dans l'état qui était le sien en 1994. Les innombrables réformes opérées depuis doivent pleinement entrer en ligne de compte : le *standstill* est bien un effet-cliquet. Au demeurant, pour que le juge saisi puisse autant que possible se prononcer en connaissance de cause, le plaideur qui invoque une violation du principe de non-rétrogression gagne sans aucun doute à prendre soin de décrire l'état précis de la protection conférée au droit en cause avant et après la réforme litigieuse et à comparer les niveaux de protection distincts qui en résultent, de manière à faire clairement ressortir les différences.

**48.** En revanche, il importe de préciser que les normes de base servant au contrôle doivent avoir le statut de dispositions légales ou réglementaires. Une simple pratique administrative ne peut faire naître un droit au *statu quo* sous l'angle de l'article 23 de la Constitution. La Cour de cassation a consacré cette solution en cassant un arrêt par lequel la cour du travail de Liège avait, en matière d'aides à la mobilité aux personnes handicapées, considéré comme une « norme » susceptible de servir de base pour vérifier

---

et de sécurité sociale, sa jurisprudence est constante depuis (voy. les arrêts cités à la note n° 186). En matière d'aide juridique, laquelle est consacrée par la même disposition, la Cour a étrangement renoué avec la thèse du point fixe dans un arrêt isolé (C.C., 18 décembre 2008, n° 182/2008, B.7.3.), avant, là aussi, d'opter pour la formule du point mobile, en se référant à la législation existante et non plus à la législation telle qu'elle était en vigueur en 1994 (C.C., 3 février 2011, n° 19/2011, B.8.1. ; C.C., 14 février 2013, n° 7/2013, B.68.3.). Le Conseil d'État a tenu un raisonnement similaire dans son arrêt *Cleon Angelo* (voy. la note n° 178).

(206) À ce sujet, voy. encore I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux*, op. cit., n°s 329 à 331, pp. 360 à 362. Dans la rigueur des principes, il y aurait donc en réalité lieu d'opérer le contrôle de conformité au *standstill* au regard de la législation matérialisant le droit fondamental en cause qui réalisait son plus haut niveau de protection, et non pas simplement au regard de celle directement antérieure à la norme litigieuse. Cette voie, qui est celle prenant le plus au sérieux le caractère téléologique des droits fondamentaux, n'a toutefois encore jamais été retenue en jurisprudence. Plus conforme à la logique du *standstill*, elle empêcherait que des reculs successifs éventuellement considérés, chacun pris isolément, non significatifs mais entraînant, additionnés, une régression sensible, ne fassent jamais l'objet d'un contrôle au regard du principe de non-rétrogression (voy. *supra*, n° 44), en permettant de constater l'atteinte.

le respect de l'obligation de standstill une pratique administrative de l'ex-Agence wallonne pour l'intégration des personnes handicapées – intégrée depuis au sein de l'AViQ (Agence pour une vie de qualité) – consistant à accorder, au cas par cas semble-t-il, un certain type d'intervention dans le coût d'adaptation du véhicule automobile malgré l'exclusion expresse de la prise en charge en cause par les textes applicables(207). Après avoir bénéficié d'une intervention pécuniaire à plusieurs reprises, une personne se l'était vue refuser à l'occasion d'une nouvelle demande, référence à la réglementation en vigueur à l'appui. Ainsi que l'y avait invitée la doctrine(208), la Cour de cassation a considéré que l'administration n'est pas destinataire de l'obligation de standstill (209).

Il s'en déduit que c'est au législateur et au pouvoir exécutif, du moins quand il est dans l'exercice de sa fonction réglementaire, que cette obligation s'impose. C'est logique puisque, juridiquement, ce sont eux aussi qui sont débiteurs de l'obligation positive de réaliser les droits fondamentaux et donc, corrélativement, de celle ne pas porter atteinte à leur niveau de protection antérieur. Partant, la comparaison doit toujours s'effectuer entre deux normes proprement dites.

Par voie de conséquence, une institution publique de sécurité sociale ne saurait être tenue de poursuivre, sur la base du principe de standstill, une pratique dépourvue de fondement légal ou réglementaire. On pense par exemple à la règle dite du « cachet » longtemps pratiquée par l'ONem à l'égard de certaines catégories d'artistes pour établir leur admissibilité à l'assurance chômage moyennant des modalités fortement assouplies par rapport à celles prévues par la réglementation du chômage. Même appliquées pendant de nombreuses années, et donc ayant pu créer un sentiment de sécurité juridique, des circulaires plus favorables qu'une réglementation d'ordre public ne peuvent créer de droit au maintien des avantages que leur application procurait(210).

(207) C. trav. Liège (3<sup>e</sup> ch.), 8 novembre 2013, *J.T.T.*, 2014, p. 6.

(208) X. DELGRANGE et I. HACHEZ, « La prise en compte de la pratique dans l'appréciation du standstill : une indéniable source de complexité », *Les sources du droit revisitées*, vol. 3, *Normativités concurrentes, op. cit.*, pp. 137-178, où la seconde auteure revient, pour l'infléchir substantiellement, sur l'analyse développée sur ce point dans sa thèse (I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux, op. cit.*, n<sup>os</sup> 356 à 379, pp. 388 à 404).

(209) Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 15 décembre 2014, *J.T.T.*, 2015, p. 118.

(210) Pour une illustration, C. trav. Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.), 27 juin 2014, *Chron. D.S.*, 2015, p. 459. Cela étant, la Cour considère que l'ONem s'est rendu responsable d'une faute en créant à tort une attente légitime dans le chef de l'administré.

### § 3. La vérification de la proportionnalité du recul (sensible) opéré : un contrôle substantiel et procédural

**49.** Une fois l'existence d'un recul sensible établi, à partir de la comparaison entre la disposition litigieuse et la législation ou la réglementation qui était applicable jusqu'à celle-ci, il s'indique de vérifier si la régression constatée peut éventuellement être justifiée par des motifs d'intérêt général. C'est évidemment l'étape la plus décisive.

L'irréversibilité des acquis sociaux consacrée par l'article 23 de la Constitution n'est pas absolue mais relative. Il s'agit, autrement dit, d'une irréversibilité de principe, sujette à dérogation. Conceptuellement, cette solution s'explique à nouveau par le fait que l'obligation de standstill est déduite de l'obligation positive de mettre en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels. Partant, son régime juridique est tributaire de celui de cette dernière. Et puisque l'obligation de réaliser est relative, il ne peut qu'en aller de même de l'obligation de standstill qui lui est adossée. L'effet cliquet s'accommode donc de restrictions, afin de préserver le pouvoir d'appréciation des autorités publiques. Toutefois – et c'est capital, sous peine de vider le principe de toute portée utile –, ces restrictions ne sont acceptables que pour autant qu'elles soient dûment justifiées et proportionnées au regard du but d'intérêt général poursuivi (211). Fût-elle relative, l'irréversibilité du niveau de protection antérieurement acquis n'en reste pas moins le principe. Au reste, cela correspond à un engagement pris par le constituant lui-même (212).

L'exigence de vérifier la proportionnalité de la mesure régressive n'apparaît pas explicitement dans la définition uniforme du standstill retenue par les trois juridictions supérieures (213). Juridiquement, elle n'en est pas moins certaine, dans la mesure où, de manière générale, toute atteinte aux droits fondamentaux – à moins qu'ils ne fassent partie du cercle très fermé des droits absolus, comme le droit à la vie, et ne souffrent alors aucune atteinte – doit toujours faire l'objet d'un contrôle au regard du

(211) De la même manière mais en droit international, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies a indiqué dès 1990, dans l'une de ses toutes premières observations générales, consacrée à la nature des obligations des États parties au PIDESC, que « toute mesure délibérément régressive [...] doit impérativement être examinée avec le plus grand soin et pleinement justifiée par référence à la totalité des droits sur lesquels porte le Pacte, et ce en faisant usage de toutes les ressources disponibles » : Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « Observation générale n° 3 : la nature des obligations des États parties (art. 2 du Pacte) », doc. E/1991/23, 1990, § 9.

(212) Voy. le passage des travaux préparatoires rappelé *supra*, n° 32.

(213) Voy. *supra*, n° 42.

principe de proportionnalité. Il en va donc de même quand est en jeu le standstill (214).

### a) Présentation théorique

**50.** Plus précisément, l'examen de la proportionnalité d'une réforme emportant une diminution significative du niveau de protection d'un droit socio-économique fondamental doit s'opérer sur un double plan : substantiel (i) et procédural (ii), celui-ci étant l'accessoire de celui-là (215).

On précise d'emblée – et on y reviendra – que les décisions qui suivent de bout en bout le canevas qui suit, élaboré dans sa thèse par I. Hachez, ne sont pas, c'est un euphémisme, monnaie courante. Ce canevas n'en procède pas moins d'une reconstruction rationnelle des analyses régulièrement opérées par les juges eux-mêmes, qu'ils soient nationaux ou internationaux, même si c'est parfois implicitement, dans un autre ordre, de manière lacunaire ou encore de façon seulement superficielle. Il se nourrit également de la jurisprudence du Conseil d'État, laquelle tend, surtout depuis les années 2010 s'agissant de la protection sociale, à se montrer plus systématique (216).

#### i) *Le versant substantiel du contrôle de proportionnalité*

**51.** Sous l'angle substantiel, il s'impose de vérifier que, premièrement, le recul (significatif) opéré obéit à un motif d'intérêt général, que, deuxièmement, il est approprié et même nécessaire au regard de ce motif, et que, troisièmement, il n'emporte pas des conséquences disproportionnées pour les droits des personnes concernées. Dans un avis consacré aux importantes restrictions apportées au droit à l'aide matérielle des auteurs de demandes d'asile multiples, la section de législation du Conseil d'État a ainsi rappelé que toute réduction sensible du niveau de protection offert par la législation en vigueur doit pouvoir être justifiée par des motifs liés

(214) Voy. ainsi H. VERSCHUEREN, « Het recht op sociale zekerheid als een grondrecht », *op. cit.*, n° 51, p. 34 : « Er moet dus een proportionaliteitstoets worden uitgevoerd ».

(215) Pour l'exposé complet de cet examen à deux niveaux de la justification d'une atteinte, I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux*, *op. cit.*, nos 392 à 402, pp. 417 à 429, d'une part, et nos 403 et 406 à 410, pp. 429 et 431 à 437, d'autre part, et les nombreuses réf., notamment au droit international des droits de l'homme, mobilisées.

(216) Pour une présentation de la jurisprudence antérieure, voy. B. STEEN, « Artikel 23 van de Grondwet en de rechtspraak van de Raad van State », *op. cit.*, nos 11 à 16, pp. 121 à 127. L'auteur relevait que le principe de standstill apparaissait plus souvent dans les avis rendus par les chambres francophones que néerlandophones et surtout en rapport avec le droit à un environnement sain et la matière de l'enseignement.

à l'intérêt général, avant d'ajouter qu'« une telle justification doit satisfaire le principe de proportionnalité, ce qui signifie que les mesures doivent être appropriées, nécessaires à l'intérêt général poursuivi et proportionnées au sens strict » (217).

Reprenons tour à tour chacune de ces trois exigences de fond.

- 1° Celle de pouvoir se prévaloir d'un ou plusieurs motifs d'intérêt général, d'abord, est admise très largement, ainsi qu'en atteste la jurisprudence, on le verra, dans la mesure où il s'agit *a priori* d'une prérogative du législateur. Soutenir la croissance économique, promouvoir l'emploi, lutter contre la fraude sociale ou encore, plus prosaïquement, préserver l'équilibre budgétaire sont, juridiquement, autant de motifs d'intérêt général admissibles au regard de l'article 23 de la Constitution. Mais à tout le moins faut-il se prévaloir d'un motif légitime.
- 2° L'atteinte, ensuite, doit être apte à atteindre le motif d'intérêt général allégué et, plus encore, nécessaire pour y parvenir. Cela implique que l'auteur de la norme se soit assuré que celle-ci est propre à atteindre l'objectif poursuivi, mais aussi, et surtout, pour reprendre une formule de la section de législation du Conseil d'État, qu'il n'existe pas « des mesures moins restrictives » susceptibles d'atteindre le même objectif (218). Autrement dit, établir la nécessité de la restriction revient à avoir envisagé les différents scénarios susceptibles de réaliser l'objectif et opté, parmi eux, pour la voie la moins attentatoire au droit fondamental préjudicié (219).
- 3° Enfin, à supposer le recul sensible approprié et nécessaire au regard d'un ou plusieurs motifs d'intérêt général, il reste encore à en soupeser la proportionnalité au sens strict, c'est-à-dire à anticiper, au terme d'une balance des intérêts, les préjudices qui vont en résulter en contrepartie des avantages escomptés. Quel va être le « prix à payer » de la régression opérée au nom du motif d'intérêt général

(217) Avis n° 49.951/4 du 11 juillet 2011 sur une proposition devenue la loi modifiant la législation en vue de résoudre la crise de l'asile, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2010-2011, n° 53-0813/010, p. 8.

(218) Avis n° 50.306/2 du 19 septembre 2011 sur un projet devenu le décret relatif aux supports de cours, *Doc.*, parl. Comm. fr., sess. 2011-2012, n° 254/1, p. 15.

(219) Dans son observation générale sur le droit à la sécurité sociale, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels demande pour sa part aux États qui prendraient des mesures rétrogrades de prouver qu'ils l'ont fait « après avoir mûrement pesé toutes les autres solutions possibles » et après les avoir « examinées en profondeur » : Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « Observation générale n° 19 : le droit à la sécurité sociale (art. 9 du Pacte) », doc. E/C.12/GC/19, 2008, § 42.

pour les bénéficiaires du droit négativement impacté ? Ce prix ne peut pas être démesuré (220)/(221).

ii) *Le versant procédural du contrôle de proportionnalité*

**52.** Pour que les juridictions puissent exercer leur contrôle sur la validité des restrictions opérées, pèse aussi sur les pouvoirs législatif et exécutif une obligation de nature formelle – c'est le versant procédural du contrôle de proportionnalité : il appartient aux auteurs de la norme de s'expliquer soigneusement sur les raisons qui motivent la régression (222). Comme l'écrit I. Hachez, en envisageant le cas des restrictions en matière sociale justifiées par le mantra de l'activation, le législateur ne peut par exemple pas « durcir les conditions d'accès aux programmes sociaux ou réduire le montant des prestations sociales sans expliquer les raisons qui [le] poussent à changer de politique » (223). La section de législation du Conseil d'État attire régulièrement l'attention des auteurs de projets potentiellement problématiques au regard de l'article 23 de la Constitution sur l'obligation de standstill. Dans certains avis, le Conseil d'État insiste pour que la justification des choix opérés soit plus circonstanciée que dans l'avant-projet soumis, de manière à ce que son auteur montre expressément avoir examiné attentivement la légitimité et la proportionnalité de la mesure restrictive envisagée.

C'est ainsi que, saisi du projet du gouvernement fédéral de subordonner l'octroi de la garantie de revenu aux personnes âgées (GRAPA) – soit la prestation d'aide sociale non contributive destinée aux personnes de plus de 65 ans – à une condition nouvelle de dix années de résidence effective en Belgique, dont au moins cinq années ininterrompues, en lieu

(220) S'agissant du Comité onusien à nouveau, il formule de son côté cette exigence en exprimant son intention de vérifier si les mesures rétrogrades « auront un impact durable sur la réalisation du droit à la sécurité sociale, des retombées déraisonnables sur des droits acquis à la sécurité sociale, ou [si] elles priveront un individu ou un groupe de l'accès minimum aux éléments essentiels de la sécurité sociale » : *ibid.*, § 42.

(221) Pour une critique de l'argument, qualifié de « *verwijzingsargument* », selon lequel une privation d'une prestation à caractère assuranciel déconnecté de l'état de besoin peut être rendue acceptable par un renvoi vers l'aide sociale, en raison de ce qu'il sous-estime l'impact de l'enquête sur les ressources à laquelle l'octroi d'une prestation résiduaire est conditionné, V. FLOHIMONT, « *Gelijkheid en discriminatie: wordt het recht op sociale zekerheid in vraag gesteld ?* », *op. cit.*

(222) Herwig Verschueren expose ainsi : « Uit deze verplichting wordt ook afgeleid dat de regelgever die een bepaald beschermingsniveau verlaagt, de verplichting heeft om dit degelijk te motiveren » (H. VERSCHUEREN, « *Het recht op sociale zekerheid als een grondrecht* », *op. cit.*, n° 51, p. 35). Paul Schoukens abonde dans le même sens : « The right to social security hence requires the legislator to motivate possible changes [...] » (P. SCHOUKENS, « *Belgium : The Right to Social Security in the Belgian Constitution* », *op. cit.*, p. 19).

(223) I. HACHEZ, « Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative », *op. cit.*, n° 15, p. 80.

et place de l'exigence d'avoir sa résidence en Belgique au moment de l'introduction de la demande, le Conseil d'État a relevé ceci : « L'exposé des motifs justifie sommairement le régime en projet par le fait que "le but du présent projet de loi est d'ajouter aux conditions d'octroi existantes une condition d'octroi supplémentaire de résidence effective en Belgique afin de renforcer le lien que le bénéficiaire doit avoir avec la Belgique et son système d'assistance sociale". Toutefois, pareille motivation n'est en soi pas suffisante pour pouvoir justifier le recul significatif qu'entraîne la mesure en projet. Les auteurs du projet devront [donc] également démontrer que le renforcement visé du lien des bénéficiaires avec la Belgique et son système d'assistance sociale est lié à un motif d'intérêt général au sens de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et, subsidiairement, qu'une résidence effective de dix ans en Belgique, à n'importe quel stade de la vie, constitue un critère pertinent pour démontrer ce lien (permanent). Cette justification plus large devra en outre être inscrite dans l'exposé des motifs » (224).

**53.** Quant à l'articulation entre les volets substantiel et procédural du contrôle de proportionnalité, I. Hachez enseigne que lorsque l'auteur d'une réforme querellée prouve avoir apprécié la conformité d'un recul à l'obligation de standstill, en particulier sous l'angle de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict, le juge doit en principe faire preuve d'une certaine retenue dans son contrôle, afin de préserver la marge d'appréciation du pouvoir législatif (ou exécutif). Mais, ajoute-t-elle, cette relative déférence n'a en revanche pas lieu d'être lorsque l'auteur ne démontre pas avoir veillé à prendre en compte l'exigence de justifier avec soin son action – ou, ce qui revient à peu près à la même chose, l'a prise en compte mais en se fondant sur une méthodologie incorrecte. En pareille hypothèse, il incombe au juge d'« exercer un contrôle strict de l'obligation de standstill, et, en cas de doute sur la proportionnalité de la mesure régressive, celui-ci

---

(224) Avis n° 59.786/1/V du 16 août 2016 sur un projet devenu la loi modifiant la loi du 22 mars 2001 instituant la garantie de revenus aux personnes âgées, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2141/001, p. 20. Dans la même veine, voy. également l'avis n° 57.658/1-2 du 16 juin 2015 sur un projet devenu la loi visant à relever l'âge légal de la pension de retraite et portant modification des conditions d'accès à la pension de retraite anticipée et de l'âge minimum de la pension de survie, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2014-2015, n° 54-1180/001, p. 107. Soit dit en passant, on soulignera que, opérant un contrôle principalement sous l'angle formel, compte tenu des lacunes sur ce plan de l'avant-projet qui lui a été soumis, le premier avis cité met l'accent sur l'exigence que le législateur puisse se prévaloir d'un motif d'intérêt général clairement explicité et, à supposer cela fait, établisse ensuite l'appropriation au regard de celui-ci de la mesure en projet, mais ne poursuit pas l'examen sur le plan substantiel, ce qui l'aurait conduit à accentuer l'importance de démontrer également la nécessité ainsi que la proportionnalité au sens strict de la mesure.

devrait profiter au requérant, conformément aux règles répartitrices de la charge de la preuve » (225).

#### **b) Le standstill face aux amoindrissements du niveau de la protection sociale dans la jurisprudence : une prise au sérieux variable**

**54.** Cette épure théorique étant exposée, il faut toutefois maintenant ajouter qu'en pratique, la jurisprudence, y compris celle de la Cour constitutionnelle, pêche parfois par un manque de rigueur. Régulièrement, le juge saisi s'en tient en effet à constater la présence d'un ou plusieurs motif(s) d'intérêt général sans vérifier ensuite la proportionnalité du recul significatif opéré au regard de celui-ci ou ceux-ci, ou à tout le moins en opérant un contrôle particulièrement lâche qui n'examine pas concrètement la proportionnalité de la mesure régressive. De la sorte, la simple invocation par le législateur de l'une ou l'autre préoccupation de bon aloi, dont la légitimité est aisément admise, et à bon droit du reste, tend à suffire pour laver la réforme suspecte de tout soupçon d'inconstitutionnalité sous l'angle du standstill.

Ainsi y en va-t-il lorsque que la limitation dans le temps à trois ans des allocations d'insertion, qui concerne plusieurs dizaines de milliers de bénéficiaires, est considérée comme acceptable au regard de l'obligation de standstill pour la seule raison que, à travers cette réforme, le législateur poursuivait l'objectif d'assurer l'équilibre budgétaire dans un contexte de crise économique et que pareil objectif constitue un motif d'intérêt général (226). Qu'il en aille ainsi – à supposer en tout cas que l'objectif poursuivi était bien celui-là, car le préambule de l'arrêté royal portant la réforme est particulièrement laconique et évoque également, à côté de « la réalisation de l'objectif budgétaire prévu », du reste sans plus de détails, l'augmentation du taux d'emploi (227) –, personne ne le conteste. Mais, à lui seul, le constat ne suffit pas pour pouvoir conclure que la fixation d'une période maximale de trois ans en lieu et place d'une durée illimitée constitue une mesure proportionnée au but poursuivi, d'autant qu'elle a été couplée à

(225) I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux*, op. cit., n<sup>os</sup> 411 et 412, pp. 437 et 438 (et n<sup>os</sup> 413 et 414, pp. 439 à 441, et les nombreuses citations de la thèse de S. VAN DROOGHENBROECK sur ces règles répartitrices de la charge de la preuve).

(226) Voy. par exemple Trib. trav. Brabant wallon (3<sup>e</sup> ch., div. Nivelles), 31 mai 2016, *M.S. c/ ONEm*, R.G. n<sup>o</sup> 15/1515/A, inédit, déjà cité à la note n<sup>o</sup> 202.

(227) Voy. le préambule précédant l'A.R. du 28 décembre 2011 modifiant les articles 27, 36, 36ter, 36quater, 36sexies, 40, 59quinquies, 59sexies, 63, 79, 92, 93, 94, 97, 124 et 131septies de l'A.R. du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, *M.B.*, 30 décembre 2011, 5<sup>e</sup> éd.

un net durcissement de la procédure de contrôle du respect de l'obligation de rechercher activement un emploi – qui n'a fait, elle, l'objet d'aucune explication (228). L'argument tiré des contraintes financières ne permet pas d'immuniser le choix politique dont la constitutionnalité est contestée de tout contrôle juridictionnel.

De même, on peut juger quelque peu bâclé le contrôle de proportionnalité auquel la Cour constitutionnelle s'est livrée quand il lui a fallu statuer sur la possibilité donnée à Fedasil de refuser l'octroi de l'aide matérielle à un candidat-réfugié dès sa première demande d'asile rejetée (229). Les auteurs de la proposition de loi à l'origine de la restriction, qui a suivi de peu la suppression du caractère automatique de l'aide matérielle, intervenue à peine deux ans plus tôt, ont justifié le recul en faisant état d'une nécessité de dissuader la multiplication des demandes d'asile introduites à des fins dilatoires et dans le seul but de prolonger indéfiniment les droits au séjour et à l'aide matérielle. En guise de contrôle de proportionnalité, la Cour s'est limitée pour l'essentiel à affirmer que viser à décourager l'introduction abusive de demandes d'asile est un objectif légitime et que l'interruption de l'aide matérielle dès l'introduction d'une seconde demande d'asile est une mesure pertinente pour atteindre cet objectif (230).

Qu'on le juge sympathique ou non sur le plan politique, l'objectif exprimé ressortit en effet indéniablement à la souveraineté du législateur. Que la mesure prise soit pertinente au regard de cet objectif, il était difficile d'en douter, puisque, par hypothèse, plus l'accès à un soutien quelconque est restreint, moins il y a de chance qu'il soit sollicité abusivement, et même sollicité tout court, faute de pouvoir encore l'être. Mais la vraie question était la suivante, celle que ni la Cour ni le législateur avant elle n'ont abordé : pour autant, était-il nécessaire, pour éviter à l'avenir toute surcharge de la procédure d'asile et des structures d'accueil, de priver immédiatement d'aide matérielle tous les candidats-réfugiés dont une

(228) Voy. le préambule précédant l'A.R. du 20 juillet 2012 modifiant l'A.R. du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, *M.B.*, 30 juillet 2012. Un recours introduit sur la base du *standstill* à l'encontre d'une décision de l'ONEm prise à la suite du durcissement évoqué a été rejeté par Trib. trav. Liège (6<sup>e</sup> ch., div. Dinant), 8 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1425. À nouveau, le raisonnement suivi par le tribunal apparaît toutefois critiquable sous l'angle de la méthodologie suivie.

(229) L'analyse critique qui suit est entièrement reprise de I. HACHEZ et S. VINCENT, « Principe de *standstill* et droit à l'accueil des demandeurs d'asile. De l'ABC d'une méthodologie à l'allégorie de la grenouille », *A.P.*, 2015, n<sup>os</sup> 10 et 11, pp. 77 à 80, et les renvois aux travaux préparatoires. Sur le contexte législatif sous-jacent et son évolution, voy. H. MORMONT et J.-F. NEVEN, « Le droit à l'aide sociale et le droit à l'intégration sociale en faveur des étrangers : questions d'actualité », *Questions spéciales de droit social. Hommage à Michel Dumont* (J. CLESSE et J. HUBIN dir.), coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2014, n<sup>os</sup> 55 à 61, pp. 63 à 66.

(230) C.C., 30 juin 2014, n<sup>o</sup> 95/2014, B.5. à B.12.

première demande d'asile a été recalée, sauf décision en sens contraire prise au cas par cas, et sans plus attendre les résultats de l'« examen de rattrapage » que constitue l'introduction d'une seconde demande – parfois mieux présentée et motivée que la première, pour d'évidentes raisons liées aux parcours personnels des intéressés ? Force est de constater que l'on ne trouve nulle part dans les travaux préparatoires une évaluation de la loi qui venait d'être prise à peine deux ans plus tôt au nom du même objectif pour supprimer l'aide matérielle à partir de l'introduction d'une troisième demande d'asile, pas davantage qu'une mise en évidence concrète, étayée par exemple par des sources chiffrées, de son caractère insuffisant pour contrer les « abus » allégués (231)/(232).

55. De ces quelques exemples (233), l'on pourrait être tenté d'induire que la méthodologie exposée plus haut s'apparente en réalité davantage à

(231) De surcroît, la Cour se réfère, en guise de point de comparaison, à la législation immédiatement antérieure, soit celle déjà réformée pour permettre l'exclusion de l'aide matérielle des auteurs de demandes d'asile multiples, alors que, théoriquement, c'est au regard de la législation dans sa version réalisant le plus haut niveau de protection du droit à l'aide sociale que la comparaison s'imposait (voy. la note n° 206), soit, en l'espèce, celle qui ne liait pas l'octroi de l'aide au stade de la procédure d'asile. On peut penser que l'absence de prise en compte par la Cour de l'exacte ampleur de la régression a influé sur l'examen de sa justification : I. HACHEZ et S. VINCENT, « Principe de standstill et droit à l'accueil des demandeurs d'asile », *op. cit.*, pp. 73 à 77.

(232) Plus loin dans le même arrêt, la Cour censure en revanche, pour violation de l'effet de standstill, combiné avec la directive « séjour » de l'Union européenne (directive 2004/38/CE), la suppression du droit à l'aide sociale alloué par les CPAS aux citoyens européens qui ont la qualité de travailleur et aux membres de leur famille pendant les trois premiers mois de leur séjour en Belgique : C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, B.32. à B.44. L'incompatibilité de la solution retenue par le législateur avec la directive séjour avait été signalée par la doctrine : H. MORMONT et J.-F. NEVEN, « Le droit à l'aide sociale et le droit à l'intégration sociale en faveur des étrangers : questions d'actualité », *op. cit.*, nos 15 et 16, pp. 26 à 28. C'est la première fois que la Cour constitutionnelle a procédé à une annulation en matière d'aide sociale sur la base du principe de standstill. Toutefois, c'est surtout sa lecture combinée avec la directive européenne invoquée qui semble avoir été déterminante, dans la mesure où la Cour a en revanche validé l'exclusion du bénéfice de l'aide sociale durant les trois premiers mois de leur séjour des autres catégories de ressortissants de l'Union européenne, sans véritable discussion, sinon l'indication que cette exclusion est, elle, autorisée par la directive (B.45 à B.51.).

(233) Parfois, c'est bien plus en amont encore que dans les exemples qui précèdent que l'argument pris d'une violation du standstill est évacué : simplement en déclarant le recours irrecevable faute pour le requérant d'intérêt à agir. Ainsi le Conseil d'État s'est-il débarrassé d'un recours introduit par le réseau flamand de lutte contre la pauvreté à l'encontre de l'arrêté royal qui a significativement accru la dégressivité des allocations de chômage en affirmant que l'objet de l'arrêté attaqué « n'a pas de lien direct avec la "lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale" », objet social du requérant : C.E. (9<sup>e</sup> ch.), 20 décembre 2012, *Vlaams netwerk van verenigingen waar armen het woord nemen t/ Belgische Staat*, n° 221.853. Pour un bref commentaire critique de cette étonnante fin de non-recevoir, D. DUMONT, « Dégressivité accrue des allocations de chômage versus principe de standstill », *op. cit.*, pp. 774 et 775. Un peu de la même manière mais en présence d'un enjeu autrement plus vaste, la Cour constitutionnelle a déclaré irrecevables l'ensemble des recours en annulation introduits à l'encontre de la loi portant assentiment au traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire. Conclu entre la quasi-totalité des États membres de l'Union européenne, ce traité – dit « TSCG », ou encore traité « austérité » – renforce substantiellement la discipline budgétaire au sein des États parties en leur enjoignant de consacrer de manière pérenne dans leur droit interne le principe d'équilibre des finances publiques, parfois qualifié de « règle d'or », et d'instituer des mécanismes de correction automatique des dépenses en cas d'écarts importants par rapport aux objectifs budgétaires fixés. Parmi de nombreux autres moyens tenant, en particulier, à la protection de la souveraineté

une construction doctrinale en attente de réception jurisprudentielle qu'à une description de la pratique prétorienne. D'aucuns, et non des moindres, ont même été jusqu'à se demander si l'on n'était pas directement passé de la reconnaissance formelle du standstill à son évidemment progressif (234). Au vrai, le propos n'aurait pas été totalement infondé encore jusqu'au début des années 2010. Mais il n'en va désormais plus ainsi. En dépit des contre-exemples qui précèdent, qu'une juridiction supérieure constate une violation du standstill en matière de protection sociale au terme d'un raisonnement rigoureux a en effet cessé de relever du cas d'école.

Dans son arrêt *Cleon Angelo* de 2011 déjà mentionné à plusieurs reprises, la section du contentieux administratif du Conseil d'État a ainsi annulé des arrêtés du gouvernement de la COCOF par lesquels celui-ci avait sensiblement diminué le niveau de protection en vigueur en matière d'aides à la mobilité des personnes handicapées. Dans son arrêt, le Conseil d'État a jugé contraire à l'obligation de standstill qui accompagne le droit constitutionnel à l'aide sociale, la suppression d'un certain nombre de possibilités d'interventions sans que soit invoqué par l'auteurs des normes régressives le moindre motif d'intérêt général susceptible de légitimer, le cas échéant, la régression opérée. Le seul des arrêtés litigieux qui était précédé d'un rapport au gouvernement se limitait à faire état, dans ce rapport, d'une volonté de contrer des décisions des juridictions du travail, avalisées par la Cour de cassation, ayant condamné une interprétation erronée

---

parlementaire et de l'identité nationale, les requérants (des particuliers, diverses associations de la société civile et une organisation syndicale) avaient argumenté que l'incorporation en droit belge de la règle d'or budgétaire et sa sanctuarisation allaient conduire les autorités publiques à ne plus pouvoir faire face à leurs obligations en matière de droits sociaux fondamentaux, à commencer par celle de préserver le niveau de protection déjà conféré à ceux-ci – et même ne serait-ce que celle de pouvoir invoquer, en cas de recul, un motif d'intérêt général déterminé au terme d'une délibération démocratique. La Cour a rejeté l'ensemble des recours en déniant aux requérants un intérêt à agir. S'agissant des droits sociaux fondamentaux et de l'inquiétude formulée par rapport à la subordination de leur protection aux diktats de l'équilibre budgétaire, la Cour a considéré que les engagements pris par la Belgique en ratifiant le traité se réduisent au respect de « limites chiffrées » et « ne portent pas sur les choix de fond que les autorités respectives peuvent opérer dans les domaines politiques qui leur ont été attribués », de sorte qu'aucune partie requérante ne démontrerait être affectée par les dispositions attaquées : C.C., 28 avril 2016, n° 62/2016, B.6.6. et B.6.8. Autrement dit, le TSCG ne serait pas de nature à porter atteinte aux droits sociaux fondamentaux, en dépit de son incidence sur la limitation des dépenses de sécurité sociale. Pour une analyse critique de l'idée selon laquelle la loi d'assentiment au traité, d'une part, et l'article 23 de la Constitution et les dispositions internationales équivalentes, d'autre part, ne seraient en soi pas susceptibles de contradiction, voy. M. EL BERHOUMI *et al.*, « La Cour constitutionnelle face au pacte budgétaire européen : un arrêt sans intérêt ? », *J.T.*, 2017, à paraître, nos 23 à 27. Adde P. DERMINE, « La discipline budgétaire européenne à l'aune de la Constitution belge », *J.T.*, 2016, pp. 471-472.

(234) P. MARTENS, « Les droits sociaux sont-ils constitutionnalisables ? », *Le droit du travail au XXI<sup>e</sup> siècle. Liber amicorum Claude Wantiez*, coll. Droit social, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 266 : « Doit-on voir dans ces différentes manières de relativiser le standstill l'annonce de sa mort prochaine, sa proclamation étant admissible dans les périodes de prospérité mais problématique dans les temps de régression sociale ? ».

de la réglementation retenue par l'administration compétente(235). Vouloir faire obstacle à des décisions de justice ne saurait s'analyser, en soi, comme un motif d'intérêt général susceptible de justifier une réduction significative du niveau de protection de la personne handicapée. C'est la première fois qu'un constat d'invalidité sous l'angle du standstill était prononcé par une juridiction suprême en dehors du domaine pionnier de l'environnement.

Encore, on pourrait dire que le gouvernement de la COCOF s'était montré particulièrement peu adroit, en allant jusqu'à omettre de faire état d'un ou plusieurs motifs d'intérêt général, sinon, et pour l'une des mesures régressives contestées seulement, un motif à l'évidence irrecevable – rétablir une interprétation erronée de l'administration condamnée par la Cour de cassation. Sans doute ce cas de figure doit-il être relativement marginal(236).

En 2015, la Cour constitutionnelle a dû statuer sur la conformité au standstill de l'exclusion hors du champ de l'aide sociale des étrangers autorisés à séjourner légalement sur le territoire belge au terme d'une régularisation octroyée en raison de ce qu'ils sont titulaire d'un permis de travail B – autorisant à occuper un emploi – ou d'une carte professionnelle – autorisant à exercer une profession indépendante(237). Le recul était particulièrement marqué, puisqu'auparavant, les étrangers concernés avaient le droit, comme toute personne qui ne séjourne pas illégalement dans le royaume, de solliciter le bénéfice de l'aide sociale au CPAS, à charge pour celui-ci, comme pour tout demandeur, de statuer sur la demande au regard des conditions d'octroi du droit à l'aide sociale. À présent, voilà qu'ils étaient automatiquement inéligibles et donc « préventivement » privés du droit de s'adresser au CPAS. Opérée par le biais d'une loi-programme portée par le gouvernement fédéral, cette mesure avait été justifiée par la volonté, récurrente, de lutter contre les abus du droit à l'aide sociale, ainsi que par des préoccupations budgétaires. Au terme

(235) C.E. (6<sup>e</sup> ch.), 23 juillet 2011, *Cleon Angelo*, n° 215.309, A.P., 2011, p. 414, avec le rapport conforme de l'auditeur B. JADOT. Pour un bref commentaire, I. HACHEZ, « Le principe de standstill : actualités et perspectives », *op. cit.*, pp. 15 et 16.

(236) Encore que : la Cour constitutionnelle a par exemple dû rappeler, à propos de l'exclusion du droit à l'aide sociale des citoyens européens qui ont la qualité de travailleur et des membres de leur famille pendant les trois premiers mois de leur séjour en Belgique (voy. la note n° 232), que le législateur avait présentée comme la simple transposition d'une faculté offerte par la directive « séjour » – *quod non* –, qu'une transposition contraire au prescrit d'une directive et à la jurisprudence de la Cour de justice n'est pas un motif d'intérêt général susceptible de justifier une régression : C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, B.38.

(237) C.C., 1<sup>er</sup> octobre 2015, n° 133/2015, B.5. à B.11. Pour un commentaire, J. HENEFTE, « Quand le principe de standstill s'impose en matière d'aide sociale », A.P., 2016, pp. 39-44.

d'un raisonnement marqué par une « méthodologie sans faille » (238), la Cour conclut que la disposition litigieuse et la régression sensible qu'elle entraîne violent l'article 23 de la Constitution.

Elle relève la présence de motifs d'intérêt général mais ne s'y arrête pas, et procède à un contrôle serré de la proportionnalité de la mesure querellée au regard de ces motifs. Sous cet angle, la Cour constate en particulier qu'au vu de l'arsenal juridique préexistant, qu'elle analyse concrètement, le CPAS a déjà « suffisamment d'arguments pour refuser, au cas par cas, le droit à l'aide sociale à la personne qui tente d'abuser du système », mais aussi que, par ailleurs, l'octroi de l'autorisation de séjour en raison de la possession d'un permis de travail B ou d'une carte professionnelle répond à des exigences strictes et peut faire l'objet d'un retrait lorsque ces exigences cessent d'être satisfaites (239). Pour ces deux raisons, il a semblé à la Cour que l'ordre juridique belge était déjà largement outillé pour lutter contre les abus qui préoccupent le législateur. Même si la Cour ne le dit pas explicitement, c'est donc bien sous l'angle de la nécessité de la mesure en cause que l'auteur de celle-ci a échoué à la convaincre (240) : au vu de l'explication très succincte apportée dans les travaux préparatoires, que la Cour cite, le législateur n'avait manifestement pas cherché à s'assurer que la restriction introduite était bien de nature à atteindre l'objectif poursuivi tout en n'étant pas plus préjudiciable au droit en cause que les mécanismes de contrôle déjà existants – ou que d'autres qui auraient pu être adoptés. Enfin, on notera que si la mesure querellée avait passé le cap du test de nécessité, la Cour aurait alors dû en jauger la proportionnalité au sens strict. À cet égard, son examen se serait sans doute focalisé sur l'atteinte à la substance même du droit à l'aide sociale, puisque les étrangers visés en étaient entièrement privés.

S'agissant du droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale, c'est le constat de violation de l'obligation de

(238) J. HENEFFE, « Quand le principe de *standstill* s'impose en matière d'aide sociale », *op. cit.*, p. 40.

(239) C.C., 1<sup>er</sup> octobre 2015, n° 133/2015, B.8. et B.9.

(240) J. HENEFFE, « Quand le principe de *standstill* s'impose en matière d'aide sociale », *op. cit.*, p. 43. Certes, le considérant final de l'arrêt se termine par l'assertion que le recul significatif observé « ne peut être justifié par aucun motif d'intérêt général » (B.10.1.), ce qui pourrait laisser accroire, au terme d'une lecture rapide, que c'est l'absence de tels motifs qui justifie le constat de violation, mais il s'agit bien d'un raccourci, puisque la Cour elle-même a préalablement constaté et approuvé les motifs d'intérêt général invoqués par le législateur à l'appui de la mesure contestée, à savoir la prévention de la fraude à l'aide sociale et le souci de réserver les moyens disponibles aux personnes qui en ont réellement besoin (voy. le considérant B.9.1., qui s'ouvre par les mots « Le législateur peut légitimement... »). En réalité, c'est bien sous l'angle du caractère (non) nécessaire du moyen pris pour atteindre les objectifs légitimes poursuivis que le législateur a été jugé en défaut et donc le caractère disproportionné de la régression établi.

standstill le plus franc à ce jour qui ait été prononcé par une juridiction supérieure (241).

**56.** Par ailleurs, faut-il le dire, il est bien sûr aussi des contrôles de proportionnalité qui aboutissent à valider la restriction opérée et n'en sont pas moins menés avec sérieux. On pense par exemple au premier des deux arrêts rendus par la Cour constitutionnelle à propos des limitations apportées au droit à l'aide matérielle des auteurs de demandes d'asile multiples (242). On s'en souvient, était en cause la possibilité conférée à Fedasil de priver d'aide le demandeur qui introduit une troisième demande d'asile. La Cour avait pris acte, dans ce premier arrêt, de la volonté du législateur d'endiguer la multiplication des demandes d'asile destinées uniquement à prolonger le bénéfice du droit à l'aide matérielle. Mais l'intéressant est qu'elle ne s'était pas arrêtée à ce constat et avait discuté, certes brièvement, la question de savoir si la mesure prise n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. En l'espèce, la Cour s'était montrée sensible au fait que la faculté donnée à Fedasil ne s'appliquait (à l'époque) qu'à un groupe limité d'étrangers, à savoir ceux qui ont déjà épuisé deux procédures d'asile sans succès. Sans doute la Cour aurait-elle emporté davantage encore la conviction en procédant préalablement au test de nécessité, mais à tout le moins faut-il lui faire crédit d'avoir examiné si la mesure litigieuse ne portait pas atteinte de manière disproportionnée aux droits des personnes concernées (243).

On le voit, l'effectivité du principe de non-rétrogression sort ainsi progressivement du champ où elle avait le plus prospéré initialement, à savoir la protection de l'environnement, pour gagner définitivement les droits sociaux – de surcroît dans un contexte général de restrictions budgétaires marquées (244).

(241) S'agissant d'un arrêt rendu sur question préjudicielle, un recours en annulation a été introduit à la suite de son prononcé, conformément à la possibilité prévue par la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle, afin d'obtenir la disparition de l'ordre juridique de la disposition déclarée inconstitutionnelle, soit l'article 57sexies de la loi organique des CPAS introduit au sein de celle-ci en 2013 (aff. n° 6435).

(242) C.C., 27 juillet 2011, n° 135/2011, B.4. à B.10.

(243) Comme le souligne dans son manuel de droit constitutionnel André Alen, juge à la Cour, cet arrêt a donné « plus de consistance » au contrôle de standstill : A. ALEN et K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, op. cit., n° 81, p. 37. Ce même arrêt est également mis en exergue par S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk recht*, op. cit., p. 428.

(244) Nous n'examinerons pas ici la question de savoir si une violation par l'État de son obligation de standstill – ou, de manière plus générale, de ses engagements internationaux en matière de garantie des droits sociaux fondamentaux – pourrait éventuellement entraîner une mise en cause de sa responsabilité civile. Mais voy. à ce sujet les réflexions exploratoires de H. VANDERLINDEN, « Effectiviteit van de sociale grondrechten in het Belgische recht, mythe of realiteit ? », op. cit., pp. 1213 à 1216 et I. HACHEZ et F. LOUCX, « Morceaux choisis sur la justiciabilité des droits sociaux au sein de l'ordre juridique belge : de l'effet direct à la responsabilité civile », op. cit., n° 23

#### § 4. Le standstill et la protection sociale, une rencontre riche de potentialités ?

57. Quel bilan peut-on tirer ? « Qui s'intéresse à l'obligation de standstill doit se montrer patient », pronostiquait la principale spécialiste du sujet dans la conclusion de son exposé de soutenance de thèse (245). De fait, alors que l'article 23 de la Constitution et le principe de non-rétrogression qu'il recèle s'imposent depuis 1994 aux débiteurs du droit à la sécurité sociale, il a fallu attendre très exactement vingt ans pour qu'un premier constat de violation du standstill soit prononcé par la Cour constitutionnelle en matière de protection sociale, et presque autant du côté du Conseil d'État, tandis que, pour sa part, la Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de franchir le pas.

Aujourd'hui encore, les possibilités d'évacuer à peu de frais un moyen fondé sur le standstill sont nombreuses, quand ce ne sont pas les requérants eux-mêmes qui tendent le bâton pour se faire battre, en se montrant peu rigoureux dans leurs recours : tantôt on considèrera que le recul incriminé n'est pas significatif ; tantôt on acceptera qu'il l'est – ou, plus simplement, on omettra de trancher la question – mais on s'arrêtera au constat de l'existence de motifs d'intérêt général, fût-ce des motifs fort opportunément reconstruits *a posteriori* par l'auteur de la réforme querelée ; tantôt encore on poussera le raisonnement plus loin, en établissant l'existence d'une régression sensible puis en identifiant le but susceptible de la légitimer, mais en opérant ensuite un contrôle de proportionnalité excessivement déférent ou qui s'arrête au milieu du gué. Bref, les possibilités de malmener l'effectivité du principe de standstill demeurent nombreuses (246). Assurément, celui-ci n'a rien d'une « arme fatale » contre les démantèlements de la protection sociale.

et 24, pp. 115 à 117. Sur un plan théorique, il ne semble pas y avoir d'obstacle rédhitoire à une telle mise en cause, compte tenu de la reconnaissance par la Cour de cassation de ce que, en règle, l'État peut être tenu pour responsable d'une omission ou d'une intervention législative fautive (respectivement Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 594, avec les conclusions du premier avocat général J.-F. Leclercq et Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 10 septembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2228), quand bien même il disposerait d'une marge d'appréciation. En matière de droits sociaux fondamentaux, la principale difficulté à franchir pour pouvoir engager la responsabilité de l'État du fait du législateur consisterait toutefois à réussir à démontrer que l'autorité publique en cause n'a pas agi « comme le ferait un législateur normalement prudent et diligent », par exemple en raison d'une violation caractérisée du standstill, afin d'établir l'existence d'une faute. À notre connaissance, il n'existe pas de précédent à ce jour.

(245) I. HACHEZ, « Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative », *op. cit.*, n° 18, p. 83.

(246) Voy. le propos chagrin de *Id.*, « Le standstill en matière de droits fondamentaux : de la reconnaissance d'un principe à la négation de sa portée ? », *D'urbanisme et d'environnement. Liber amicorum Francis Haumont* (C.-H. BORN et F. JONGEN coord.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 913-924.

**58.** Il n'empêche, on ne peut désormais plus, en matière sociale, ne voir en lui que l'une de ces constructions éthérées réservées aux amateurs de théorie pure. Compte tenu des constats d'invalidité prononcés à l'endroit de certaines réformes régressives, l'obligation de standstill a cessé de s'avérer sans impact concret (247). Plus, la voie est maintenant ouverte pour que cet impact s'accroisse, pour peu que l'on veuille bien manier la méthodologie du principe avec toute la précision qu'il requiert (248). D'autant que, dans le même temps, les occurrences du standstill commencent à se multiplier aussi dans la jurisprudence du Conseil d'État en matière sociale (249). Certes, certains avis, il est vrai souvent rendus dans des délais très courts, demeurent étrangement laconiques voire totalement silencieux. Mais d'autres, en nombre croissant, sont révélateurs

(247) Comp. avec le constat fait au début des années 2010, et à juste titre, par J.-F. NEVEN, E. DERMINE, S. PALATE et S. GILSON, « Les droits à la sécurité sociale et à l'aide sociale, médicale et juridique », *op. cit.*, n° 75, p. 1382. À l'heure où ils écrivaient, les auteurs relevaient aussi que « les grandes "saignées" – réduction des prestations en fonction de la situation familiale – datent des années 1980 », et donc sont antérieures à l'entrée en vigueur de l'article 23 de la Constitution (*ibid.*, n° 40, p. 1354, note infrapaginale n° 134).

(248) Pour une décision d'une juridiction du travail particulièrement exemplaire de ce point de vue, voy. C. trav. Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.), 18 janvier 2017, *ONEm c/ A.N.*, R.G. n° 2015/AB/501, inédit. La Cour y établit, au terme d'un raisonnement irréprochable sur le plan méthodologique, la non-conformité avec l'exigence de standstill de la suppression soudaine, en 2012, de la dispense de la procédure d'activation du comportement de recherche d'emploi dont bénéficiaient jusqu'alors les chômeurs souffrant d'une inaptitude permanente au travail de 33 % au moins (A.R. du 23 juillet 2012 modifiant l'A.R. du 25 novembre 1991 portant la réglementation du chômage dans le cadre de la dégressivité renforcée des allocations de chômage et modifiant l'A.R. du 28 décembre 2011 modifiant les articles 27, 36, 36ter, 36quater, 36sexies, 40, 59quinquies, 59sexies, 63, 79, 92, 93, 94, 97, 124 et 131septies de l'A.R. du 25 novembre 1991 portant la réglementation du chômage, *M.B.*, 30 juillet 2012). L'abrogation de cette dispense a eu pour effet de soumettre du jour au lendemain à la procédure de contrôle des efforts de recherche d'emploi des chômeurs qui en étaient dispensés depuis sa mise en place en 2004 (sur cette évolution, voy. V. DE GREEF, « L'activation silencieuse des personnes partiellement inaptes au travail dans l'assurance chômage », *R.D.S.*, 2016, pp. 243-275), sachant que ladite procédure venait en outre, au même moment, d'être rendue sensiblement plus stricte pour les bénéficiaires, tels l'intimé, d'allocations d'insertion (A.R. du 20 juillet 2012 modifiant l'A.R. du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, *M.B.*, 30 juillet 2012). La Cour établit d'abord, au terme d'une comparaison systématique entre les dispositions réglementaires nouvelles et antérieures, l'existence d'un recul significatif, intervenu de surcroît sans aucune mesure transitoire, puis constate l'absence de toute justification dans les préambules des arrêtés royaux contestés. Face aux motifs budgétaires allégués *a posteriori* par l'ONEm dans le cadre du litige – motifs du reste contradictoires par rapport aux déclarations de la ministre de l'Emploi de l'époque (V. DE GREEF, « L'activation silencieuse des personnes partiellement inaptes au travail dans l'assurance chômage », *op. cit.*, n° 8, p. 253) –, la Cour relève ensuite que l'auteur de la réforme ne montre pas s'être interrogé sur la pertinence, au regard de l'objectif budgétaire apparemment poursuivi, de la soumission à la procédure d'activation des chômeurs souffrant d'une inaptitude permanente au travail significative, pas plus que sur la possibilité d'atteindre ledit objectif budgétaire par un moyen moins régressif. Et la Cour de pointer enfin, surabondamment, les conséquences manifestement déraisonnables de la mesure prise pour les principaux intéressés, s'agissant de bénéficiaires dont la capacité de travail est substantiellement réduite au regard de celle des autres chômeurs. Par voie de conséquence, l'abrogation de la dispense est jugée contraire au principe de standstill et écartée sur la base de l'article 159 de la Constitution, et l'intéressé rétabli dans son droit aux allocations d'insertion sur la base de la dispense antérieurement applicable.

(249) C'est le constat fait par V. PERTRY, « Over ontmoetingen tussen de afdeling Wetgeving van de Raad van State en het sociaal recht », *op. cit.*, n° 58, p. 192.

d'une percolation progressive du principe dans le contrôle préventif opéré par la section de législation.

La boucle est bouclée lorsque le législateur se montre réceptif aux réserves exprimées dans les avis quant à la compatibilité de certains de ses projets avec l'obligation de standstill, ne serait-ce qu'en tentant de mieux argumenter ses choix à défaut de revenir dessus. Faute de toujours convaincre, à tout le moins la démarche témoigne-t-elle d'une meilleure prise en compte de l'interdiction de principe de régresser dans la mise en œuvre des droits protégés et des exigences, procédurales notamment, qui en découlent(250). L'évolution est saine, dans la mesure où c'est bien le législateur qui est le premier débiteur de l'obligation de standstill, avant les juges. Et c'est sans doute là le plus grand potentiel du principe : non pas déchaîner les recours dans le seul but d'encombrer encore davantage les prétoires mais, plus en amont, contribuer à instiller chez les acteurs du processus normatif une plus grande « culture de la justification »(251).

À cet égard, l'existence de travaux préparatoires devrait davantage contraindre le législateur à énoncer clairement les objectifs d'intérêt général qu'il poursuit quand il opère une réforme susceptible de mettre en cause le respect de l'obligation de standstill et, dans la même perspective, à mieux anticiper lui-même l'incidence de la réforme potentiellement litigieuse sur le plan de la proportionnalité. Faut-il le (re)dire, pareille évolution rend d'autant plus urgente la restauration du principe de légalité dans les secteurs de la sécurité sociale, singulièrement le chômage, où il est le plus malmené(252). Si un processus législatif témoignant d'une prise de décision réfléchie et avertie des contraintes déduites des droits fondamentaux légitime une certaine retenue de la part du juge face aux choix politiques opérés, le juge est, à l'inverse, d'autant plus fondé à jouer

(250) Voy. par exemple l'argumentaire développé par le gouvernement fédéral dans l'exposé des motifs du projet de loi subordonnant l'octroi de la GRAPA à une condition supplémentaire de dix années de résidence effective en Belgique, dont cinq ininterrompues, en réponse à l'invitation faite par le Conseil d'État dans son avis sur l'avant-projet (voy. *supra*, n° 52) : projet de loi modifiant la loi du 22 mars 2001 instituant la garantie de revenus aux personnes âgées, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2141/001, pp. 4 à 6. Bien que le gouvernement reste en peine de s'expliquer sur la nécessité de la mesure, en donnant par exemple des indications sur le passé de résidence des bénéficiaires de la GRAPA, il faut lui faire crédit d'avoir clairement explicité, et étayé au moyen de chiffres, l'objectif poursuivi.

(251) La paternité de l'expression revient à un auteur sud-africain, cité par A. REMICHE, *La justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels en Belgique*, *op. cit.*, p. 250, note infrapaginale n° 792. Elle a, depuis, été beaucoup reprise et discutée dans la littérature internationale : voy. notamment M. COHEN-ÉLIYA et I. PORAT, « Proportionality and the Culture of Justification », *American Journal of Comparative Law*, vol. 59, n° 2, 2011, pp. 463-490.

(252) Voy. *supra*, nos 14 à 21.

à plein son rôle de gardien de l'État de droit quand les autorités publiques se sont montrées peu soigneuses.

## CONCLUSION. LA SÉCURITÉ SOCIALE ET SES JUGES

**59.** « Proclamé dans les préambules de textes constitutionnels, figurant dans la loi fondamentale d'un pays, simplement reconnu et organisé par des lois particulières, imposé par des conventions internationales, le droit à la sécurité sociale acquiert-il plus ou moins de prestige selon les instruments juridiques employés ? Plus spécialement, la reconnaissance de ce droit dans une Constitution lui confère-t-il un prestige particulier ? », demandait Louis Duchatelet en 1972, à l'heure où l'on s'interrogeait sur l'opportunité d'inscrire dans notre charte fondamentale les droits économiques et sociaux. Et l'auteur, en juriste de droit social marqué par l'histoire de celui-ci, d'exprimer un certain scepticisme : « à première vue, on peut en douter », soulignant que bien des pays, dont le nôtre, « ont conçu, créé, organisé, développé un [système] de sécurité sociale sans y être tenus par un texte ayant valeur constitutionnelle » (253).

Un quart de siècle plus tard, l'auteur du premier commentaire consacré au « droit à la sécurité sociale » fraîchement inscrit, aux côtés d'autres droits économiques et sociaux fondamentaux, dans le nouvel article 23 de la Constitution, multipliait les interrogations et les aveux de perplexité à l'occasion de son exégèse du texte et de ses travaux préparatoires, pas franchement prolixes sur les questions les plus fondamentales : qu'est-ce que la sécurité sociale au sens de l'article 23, à quoi renvoient les « obligations correspondantes » consacrées en même temps que les droits, quelle peut être la portée utile du droit constitutionnel à la sécurité sociale si ce droit est privé d'effet direct et donc insusceptible de fonder des droits subjectifs, etc (254).

Près d'un nouveau quart de siècle plus tard, nous avons reposé la question : que peut l'article 23 de la Constitution pour la sécurité sociale ?, afin d'esquisser un bilan du chemin parcouru, à l'heure où l'État-providence paraît plus que jamais mis sous pression (255), dans un contexte d'austérité

(253) L. DUCHATELET, « Le droit à la sécurité sociale », *op. cit.*, pp. 549 et 547.

(254) M. DISPERSYN, « Le droit à la sécurité sociale dans l'article 23 de la Constitution », *op. cit.*

(255) J. MARTENS, « Le chagrin de l'État-providence », *Contestation, combats et utopies. Liber amicorum Christine Matray*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 381-388.

généralisée à l'échelle européenne. On espère être parvenu à le montrer, synthèse des développements doctrinaux, jurisprudentiels et légisprudentiels intervenus depuis 1994 à l'appui, maints points d'interrogation ont été levés, au moins partiellement. Qu'il s'agisse du champ matériel du droit consacré, de ses débiteurs, des contreparties susceptibles de l'assortir, de sa justiciabilité, ou encore des obligations, positives et négatives, qu'il fait peser sur les pouvoirs publics, on y voit aujourd'hui plus clair.

**60.** Aiguillonné par la considération que « dans le domaine des droits sociaux aussi, dans la mesure où ils sont consacrés par des règles de droit positif, il y a place pour un raisonnement mené avec la rigueur et la précision que le droit postule, à la pointe des développements les plus récents disponibles en la matière » (256), nous avons tenté de jeter de nouvelles lumières ça et là, tantôt en puisant des ressources « en bas », c'est-à-dire en mobilisant des normes d'un rang inférieur à la Constitution – par exemple pour cerner l'étendue de la protection sociale protégée par l'article 23 –, tantôt, à l'inverse, en allant nous abreuver « en haut », c'est-à-dire en ayant recours aux instruments internationaux qui consacrent les droits sociaux fondamentaux – par exemple, mais de façon encore très embryonnaire, pour éclairer la facette positive du droit à la sécurité sociale –, tantôt encore en cherchant des appuis « sur le côté », c'est-à-dire en mobilisant les acquis de la jurisprudence relative à d'autres dispositions constitutionnelles – par exemple pour discuter la portée du principe de légalité applicable en matière de droits économiques et sociaux ou l'invocabilité de l'article 23 devant une juridiction. Au total, l'exercice, qui doit bien sûr être parfait et poursuivi, conduit, espérons-nous, au développement d'une approche plus systématique et intégrée du droit fondamental à la sécurité sociale, tirant parti autant que possible de l'ensemble des ressources juridiques pertinentes.

Il reste à présent aux juges à (continuer de) s'emparer de ces ressources, et aux plaideurs à les y inviter. C'est qu'ils sont les gardiens de la promesse faite par le constituant en 1994 (257) : le législateur doit garantir le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale et médicale.

(256) I. HACHEZ et F. LOUCKX, « Morceaux choisis sur la justiciabilité des droits sociaux au sein de l'ordre juridique belge : de l'effet direct à la responsabilité civile », *op. cit.*, n° 26, p. 119.

(257) Par analogie, H. VANDERLINDEN, « Effectiviteit van de sociale grondrechten in het Belgische recht, mythe of realiteit ? », *op. cit.*, p. 1216 *in fine*, à propos des engagements internationaux souscrits par l'État belge.