

RÉPLIQUE

PAR

ISABELLE HACHEZ

PROFESSEUR AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS (BRUXELLES)

1. Cette réplique s'articule – sans surprise – autour des trois questions adressées aux rapporteurs nationaux : celle du statut (I), celle du contenu (II) et celle de l'effectivité (III) des droits économiques, sociaux et culturels, également qualifiés de droits-créances, étant entendu que pour chacune de ces trois questions, nous privilégierons l'un ou l'autre aspect particulier, en nous attardant essentiellement sur la question de l'effectivité des droits-créances (1).

I. – LE STATUT INTERNATIONAL ET CONSTITUTIONNEL DES DROITS-CRÉANCES

2. Les différents rapports nationaux viennent de le rappeler : les droits économiques, sociaux et culturels sont consacrés à l'article 23 de la Constitution belge, dans le préambule de la Constitution française, et si pas dans la Constitution canadienne, en tout cas dans la Constitution québécoise.

Voilà pour le statut constitutionnel – ou quasi constitutionnel pour ce qui concerne le Canada – de ces droits. Mais il ne faudrait pas perdre de vue que ces trois pays ont en commun – avec beaucoup d'autres d'ailleurs – d'avoir ratifié le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (2), avec pour conséquence qu'ils sont évidemment liés par les engagements souscrits dans le cadre des Nations Unies.

(1) N'ayant pas disposé des textes des rapporteurs canadien et français au moment de coucher par écrit notre intervention orale – pas davantage que nous ne disposions du rapport français au moment de concevoir celle-ci –, la présente réplique intègre uniquement certaines données

Cette facette internationale a été largement passée sous silence par le rapport canadien. Or, et c'est la raison pour laquelle on se permet d'y insister, la prise en compte du droit international, et en l'espèce du *Pidesc*, a des incidences importantes quant à l'effectivité qu'il convient de reconnaître aux droits-créances (3).

II. - LE CONTENU DES DROITS-CRÉANCES

3. Nous laissons délibérément de côté des questions comme celles des droits culturels des minorités idéologiques et philosophiques, ou du droit à l'épanouissement culturel des nations canadiennes fondatrices, qui auront très certainement été traitées, et approfondies, dans les exposés expressément consacrés aux droits culturels. Et nous retiendrons pour notre part deux éléments. Dans un premier temps, nous aimerions questionner la pertinence qu'il y aurait à effectuer des distinctions à l'intérieur de la catégorie «droits-créances»: on songe, ici, à la thèse française de Laurence Gay sur «les 'droits-créances' constitutionnels» (4) (A). Dans un second temps - et avec cette observation relative au contenu des droits économiques, sociaux et culturels, on rebondit sur le rapport belge -, nous souhaiterions nous arrêter sur la question des éventuelles «contreparties» susceptibles d'être exigées de la part des bénéficiaires des droits-créances (B).

A. - Des «catégories» de droits-créances?

4. S'adossant au constat selon lequel la doctrine continue de voir dans les alinéas 5 et 10 à 13 du Préambule de la Constitution française une catégorie homogène de droits-créances - décrits le plus souvent comme de simples objectifs -, L. Gay insiste sur la diversité des principes sociaux déduits du préambule de 1946. Concrètement, elle invite à distinguer deux catégories de principes: d'une part, les principes relatifs à une politique sociale (dégager des emplois, protéger la santé publique, etc.), et, d'autre part, les principes garantissant l'accès à une prestation matérielle

publique, comme le droit à la protection sociale ou le droit à l'éducation (5).

Et L. Gay constate, au départ de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français que ces deux catégories de principes remplissent des fonctions contentieuses divergentes. Les principes relatifs à une politique sociale sont principalement invoqués pour justifier une restriction des droits fondamentaux, tandis que le particulier se prévaut généralement des principes garantissant l'accès à une prestation matérielle publique pour faire obstacle aux lois qui restreindraient excessivement ces droits. En ce sens, cette seconde catégorie de principes protégerait un contenu minimal, le noyau dur des droits imposant l'octroi d'une prestation sociale.

Si la distinction proposée par L. Gay présente, certes, des vertus pédagogiques, les conséquences qu'elle en tire en termes d'effectivité nous laissent relativement perplexe. Ainsi, sous l'angle du principe de *standstill* - sur lequel nous reviendrons ultérieurement (6) -, il n'y a, de notre point de vue, pas lieu de traiter différemment les droits-créances selon qu'ils imposent au législateur d'octroyer une prestation sociale ou de mettre en oeuvre une politique sociale. Dans un cas comme dans l'autre, le principe de *standstill* pourrait être invoqué à l'encontre d'une législation qui diminuerait, de manière injustifiée, le niveau de protection autrefois garanti au droit social considéré (7).

(5) Pour être complet, précisons que L. Gay identifie, dans sa thèse, une troisième catégorie de principes - les principes requérant l'aménagement de droits opposables à l'employeur -, laquelle tient cependant une place plus marginale dans le propos de l'auteur.

(6) Voy. *infra*, nos 6 et s.

(7) Il ne faut cependant pas charger la distinction suggérée par L. Gay d'attentes qu'elle ne prétend pas remplir. Sous réserve de l'invitation à renforcer le contrôle d'un contenu minimal des droits à prestations matérielles qu'elle adresse au Conseil constitutionnel français, la thèse de l'auteur est essentiellement descriptive, dans la mesure où elle rend compte de l'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français en matière de «droits-créances». C'est au départ de cette jurisprudence que L. Gay met en lumière deux catégories de principes, et c'est, au sein de celle-ci, qu'elle constate l'intervention essentiellement différente de ceux-ci comme paramètres du jugement de constitutionnalité. Dans cette perspective, la négation de toute obligation de *standstill* procède sans doute davantage d'une lecture de la jurisprudence, que d'une réflexion de fond menée sur les implications de la reconnaissance internationale et constitutionnelle des droits.

B. – Les « obligations correspondantes »,
contreparties des droits-créances ?

5. A propos des éventuelles « contreparties » susceptibles d'être exigées de la part des bénéficiaires des droits-créances, Nicolas Bonbled et Marc Verdussen ont évoqué la notion d'obligations correspondantes que l'on trouve inscrite à l'article 23 de la Constitution belge, article, qui, pour rappel, consacre les droits économiques, sociaux et culturels (8).

On sait en effet que l'un des principaux enjeux contemporains pour l'avenir des droits sociaux est de savoir comment ces droits seront aménagés au-delà de la crise de l'Etat-providence. On sait également que, parmi les alternatives envisagées, figure le projet d'un Etat social actif. Concernant celui-ci, on sait, enfin – grâce à Daniel Dumont (9) – qu'on ne peut s'arrêter à son versant à première vue séduisant (qui prétend revisiter la dignité humaine en responsabilisant ses titulaires), mais qu'il faut aussi prendre garde au versant proprement régressif que ce nouveau paradigme comprend, au moins dans certaines de ses versions. C'est précisément par rapport à l'ambivalence véhiculée par ce projet d'Etat social actif que la notion d'obligations correspondantes, consacrée à l'article 23 de la Constitution belge, nous paraît extrêmement féconde. L'interprétation que nous avons défendue (10), et que Nicolas Bonbled et Marc Verdussen ont rappelée dans leur exposé, devrait en effet permettre de séparer le bon grain de l'ivraie, c'est-à-dire de distinguer les restrictions qui entendent permettre à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine de celles qui poursuivent un objectif autre. Etant entendu – et la précision est

(8) Voy., *supra*, la contribution de ces auteurs dans les présents actes.

(9) D. DUMONT, « Vers un Etat social 'actif' », *J.T.*, 2008, pp. 133 à 139.

(10) I. HACHEZ, « Les 'obligations correspondantes' dans l'article 23 de la Constitution », in H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 293 à 324, spéc. pp. 296 et s. On précise que l'interprétation que nous défendons est, à ce jour, isolée. Pour les significations traditionnelles conférées à la notion d'obligations correspondantes par la doctrine, nous renvoyons à notre étude précitée (spéc. pp. 317 et s.), en insistant sur le fait qu'aucune étude d'envergure n'a été consacrée à cette notion, et que les significations répertoriées ont dès lors été confondues au détour d'articles plus généraux sur l'article 23 de la Constitution belge. On aura par ailleurs égard à l'arrêt n° 101/2008, rendu par la Cour constitutionnelle belge le 10 juillet 2008, non sans que, à notre connaissance, la première fois que la jurisprudence belge s'empare de cette notion, elle ne confère-t-elle à cette notion une signification autre que celle de l'arrêt précité.

de taille – que les restrictions qui entendent permettre à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine – et qui, seules, constituent des « obligations correspondantes » – se verraient protéger par le principe de *standstill*, à l'instar des droits économiques, sociaux et culturels qu'elles accompagnent (11) (12).

III. – L'EFFECTIVITÉ DES DROITS-CRÉANCES
SOUS L'ANGLE DE L'OBLIGATION DE *STANDSTILL*

6. On en arrive ainsi – même si nous l'avons déjà anticipée – à la question de l'effectivité des droits économiques, sociaux et culturels, qui est sans doute la question la plus déterminante. En termes d'effectivité, quelle plus-value emporte la consécration constitutionnelle et/ou internationale des droits-créances ? C'est sous l'angle de l'obligation de *standstill* que nous traiterons de cette question.

7. La consécration internationale et constitutionnelle des droits économiques, sociaux et culturels a en effet pour conséquence d'interdire à l'Etat de diminuer le plus haut niveau de protection conféré à ces droits, sauf si des motifs impérieux justifient une telle régression. Il s'agit donc d'un effet de *standstill* « relatif », que l'on qualifie parfois aussi d'« effet de cliquet » ou d'obligation de « non-régression ».

Concrètement, si le législateur mettait mille logements sociaux à la disposition des plus défavorisés, il ne pourrait, à l'avenir, réduire

(11) Par conséquent, la suppression d'une « obligation correspondante », ou sa modification si elle consacre une régression, devrait répondre aux canons du principe de proportionnalité, sous peine de violer l'obligation de *standstill*. En revanche, et dans la rigueur des principes, l'imposition d'une « obligation correspondante », au sens où nous l'entendons, ne devrait pas déboucher sur un contrôle de proportionnalité, dans la mesure où elle constitue, en elle-même, un progrès en termes de garantie des droits de l'homme. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt n° 101/2008, précité, de la Cour constitutionnelle, le recours en annulation était dirigé à l'encontre du « Cade flamand du logement », lequel introduit notamment, parmi d'autres innovations, une condition de « disposition à apprendre la langue néerlandaise » s'imposant à tout locataire social. En son principe, et comme le considère la Cour, cette condition peut être constitutive d'une « obligation correspondante », à telle enseigne que, contrairement, cette fois, au raisonnement suivi par la Cour (voy. les considérants B.33.2 *in fine* et B.34.2), il n'y avait, selon nous, pas lieu d'en vérifier le caractère proportionné. Il en va différemment des sanctions qui assortissent cette « obligation correspondante », et qui sont rappelées au considérant B.34.3 de l'arrêt. Dans ce cas, il s'agit bien de restrictions apportées au droit de chacun de disposer d'un logement décent, qui, pour être constitutionnelles, doivent être proportionnées à l'objectif poursuivi.

(12) Si, via les « obligations correspondantes », la Constitution belge ménage expressément une place à la responsabilité individuelle et/ou collective, il semble en aller différemment de la Constitution française et de la Charte québécoise. En tant que tel, ce principe de responsabilité individuelle et/ou collective n'est pas consacré par la Constitution belge.

le nombre de ces logements sociaux sans assurer une protection équivalente du droit au logement (13), ou sans justifier cette réduction, à l'aune du principe de proportionnalité.

8. Comme telle, l'obligation de *standstill* n'est consacrée explicitement ni par les Constitutions des ordres juridiques internes, ni par les traités internationaux qui garantissent des droits de la deuxième génération. Dans aucun de ces textes, on ne peut lire, en toutes lettres, l'interdiction pour le législateur de diminuer le niveau de protection qu'il a conféré aux droits-créances.

En réalité, l'obligation de *standstill* est contenue en germes dans les droits-créances. En assignant à l'Etat un programme à réaliser progressivement, ces droits lui interdisent implicitement d'agir à rebours de l'objectif fixé. Le principe de *standstill* se déduit donc *a contrario* de l'obligation de garantir les droits-créances.

9. Cette obligation de *standstill* a pour elle de ménager le principe de la séparation des pouvoirs, qui est au centre des discussions lorsqu'on s'interroge sur l'effectivité, en droit interne, des droits économiques, sociaux et culturels consacrés par la Constitution ou les traités internationaux.

Le contrôle exercé par le juge, par le biais de cette obligation, ne remet pas en cause le pouvoir discrétionnaire du législateur quant au choix des priorités politiques et à l'allocation des ressources publiques. L'obligation de *standstill* requiert du juge qu'il contrôle la régularité des choix opérés par le législateur au regard de l'exigence qu'elle pose, en s'assurant du maintien d'un niveau de protection équivalent ou de la proportionnalité du recul enregistré. La spécificité du contrôle exercé sur le respect de l'obligation de *standstill* réside donc dans la comparaison des législations qu'elle appelle du juge, étant entendu qu'en cas de régression constatée, ce dernier retombe sur un contrôle de proportionnalité «classique», si on peut s'exprimer ainsi. La question est alors de savoir si, en se livrant à cette comparaison et à cet éventuel contrôle de proportionnalité, le juge encourt un risque d'arbitraire qui lui ferait perdre sa loyauté (14).

(13) Consacré, notamment, par les articles 11 du Pidesc, 31 de la Charte sociale européenne et 23, alinéa 3, 3° de la Constitution belge. Voir aussi P. MARTENS, «Sur les loyaux», in *Revue de droit public*, 1997, p. 1007.

Différentes «bornes» (appréciation du législateur, adossée le cas échéant à une évaluation législative; expertise judiciaire; *amicus curiae*; collégialité; précédents) permettent de repousser le moment de subjectivité du juge. En aucun cas, cependant, elles ne le suppriment. Mais, dans ces limites, le comportement exigé du juge par l'obligation de *standstill* est celui d'un juge loyal. En imposant au législateur le respect de l'obligation de *standstill*, on ne saurait, à notre estime, lui reprocher de rompre une confiance mutuelle. Le législateur ne peut, à l'évidence, ignorer qu'il est tenu de garantir les droits fondamentaux. Or, en s'assurant du maintien d'un niveau de protection équivalent ou de la proportionnalité du recul enregistré, le juge ne fait que tirer les conséquences du caractère téléologique de ces droits, conséquences que le constituant lui-même a du reste parfois expressément reconnues (15).

10. En droit international, le principe de *standstill* fut reconnu dès le début des années nonante par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, organe de contrôle du Pidesc qui, au travers d'observations générales, précise la portée des obligations incombant aux Etats.

Selon les termes de l'observation générale n°3, «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» (16). Aussi concis fût-il, cet enseignement est évidemment capital. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels le confirma par la suite à l'occasion d'autres observations générales (17).

pp. 249 à 272; F. OST, «Le rôle du juge : vers de nouvelles loyautés?», in *Le rôle du juge dans la cité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 15 à 45. Sur la loyauté du juge, en relation avec l'obligation de *standstill*, voy. I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, Athènes, Sakkoulas, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, n°s 636 et 637.

(15) Tel est le cas pour l'article 23 de la Constitution belge, dont les travaux préparatoires mentionnent l'existence d'une obligation de *standstill*.

(16) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n°3 relative à la nature des obligations des Etats parties (article 2.1 du Pacte), adoptée à la cinquième session (14 décembre 1990) (doc. ONU E/1991/23), §9, *in fine*.

(17) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n°4 relative au droit à un logement suffisant (article 11.1 du Pacte), adoptée à la sixième session (13 décembre 1991) (doc. ONU E/1992/23), §1; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n°12, 1993, §1.