
MORCEAUX CHOISIS
SUR LA JUSTICIABILITE
DES DROITS SOCIAUX
AU SEIN DE L'ORDRE
JURIDIQUE BELGE : DE
L'EFFET DIRECT A LA
RESPONSABILITE CIVILE

Isabelle Hachez & Freek Louckx

Introduction

1. Le 28 septembre 2006, la Cour de cassation jugea que le fait d'« avoir omis de légiférer afin de donner au pouvoir judiciaire les moyens nécessaires pour lui permettre d'assurer efficacement le service public de la justice » est constitutif d'une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil¹. La méconnaissance d'une règle constitutionnelle ou internationale imposant au législateur d'agir, comme c'est souvent le cas en matière de droits sociaux, est donc désormais susceptible d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'Etat belge.

Deux ans plus tard, le Conseil d'Etat annula la prise d'effet de la démission d'office d'un fonctionnaire en raison de sa contrariété à l'exigence d'un délai de préavis raisonnable consacrée par l'article 4, § 4, de la Charte sociale européenne². Le 23 septembre 2011, la même juridiction suprême sanctionnait une diminution du niveau de protection du droit à l'aide sociale garanti par l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution et portant préjudice à une réelle intégration sociale et professionnelle des personnes en situation de handicap³.

Le 1^{er} octobre 2015, c'était à la Cour constitutionnelle de conclure à la violation de l'obligation de *standstill* au détriment, cette fois, de certains étrangers en séjour légal qui se voyaient exclus, par la loi querellée, du droit à l'aide sociale inscrit à l'article 23 de la Constitution⁴.

2. Ces quatre affaires, choisies parmi d'autres, ont en commun de concerner, de près ou de loin, la justiciabilité des droits sociaux. Qu'il s'agisse de la responsabilité du pouvoir législatif, d'un simple contrôle de conformité ou d'un contrôle affiné par la prise en compte de l'obligation de *standstill*, les arrêts renseignés confortent la capacité des droits sociaux à produire des effets juridiques tangibles allant au-delà de la simple directive interprétative à laquelle on les cantonne parfois. Peu importe, à cet égard, la source formelle qui les consacre : Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Conventions de l'Organisation internationale du travail, Charte sociale européenne (révisée), Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵ ou encore article 23 de la Constitution belge. La justiciabilité des droits sociaux ne varie pas tant en fonction de leur support légal que du type d'obligations qu'ils postulent (obligations positives ou obligations négatives) ou, plus précisément, de la marge d'appréciation qu'ils confèrent à leurs débiteurs. On sait du reste qu'à l'heure du droit en réseau, les organes de contrôle internes, belges en l'occurrence, pratiquent souvent un contrôle combiné lorsqu'un même droit fondamental est consacré à la fois par une disposition du titre II de la Constitution et une ou des convention(s) internationale(s).

3. En dépit de l'abondante littérature doctrinale consacrée à ce thème et de quelques arrêts de principe rendus en la matière, la justiciabilité des droits sociaux n'en demeure pas moins fragile en pratique, et cette fragilité se ressent, à l'évidence, avec une acuité toute particulière en période de restrictions budgétaires. Sans chercher à raviver l'opposition traditionnelle entre Etat social et *homo economicus*, on se limitera à rappeler que la réception des droits sociaux par le droit positif engendre, même en péri-

¹ Cass., 28 septembre 2006, J.L.M.B., 2006, pp. 1548 et s., obs. J. WILDEMEERSH et obs. M. UYTENDAELE.

² C.E., n° 182.454, *Coomans*, 28 avril 2008.

³ C.F., 23 septembre 2011, *Standaert*, 2011, pp. 1000 et s.

d'austérité, un certain nombre d'effets de nature à baliser l'intervention des pouvoirs publics. Ainsi, convient-il, au sein de l'ordre juridique belge, de se départir de l'idée bien trop prégnante selon laquelle l'invocabilité des droits sociaux dépend nécessairement du caractère directement applicable des dispositions normatives qui les consacrent (I). La précision du droit fondamental invoqué, requise dans le cadre d'un contrôle de conformité, peut être puisée ailleurs que dans le seul libellé du droit concerné : dans le cadre d'un contrôle combiné, dans l'interprétation livrée par un organe de contrôle international, dans les consécutions normatives d'ores et déjà adoptées en droit national et protégées par le principe de *standstill* (II). Quoique peu mobilisé par les juges belges, le principe de l'intangibilité de la substance des droits sociaux constitue une autre manière de préserver ou d'assurer l'effectivité (minimale) des droits sociaux, tout comme, dans le prolongement de l'arrêt précité de la Cour de cassation du 19 septembre 2006, la mise en cause de la responsabilité de l'Etat législateur du fait des omissions législatives (IV).

L'effet direct

4. Pour faire partie du droit objectif belge, une convention internationale consacrant des droits sociaux doit obéir à différentes conditions cumulatives : elle doit avoir été ratifiée conformément aux exigences posées par le droit international et le droit belge ; elle doit de surcroît avoir reçu l'assentiment des collectivités politiques compétentes⁶ ; enfin, elle doit avoir été publiée au *Moniteur belge* – la publication du traité accompagne en général celle de la loi d'assentiment – et être entrée en vigueur dans les ordres juridiques international et national.

Une fois ces prérequis satisfaits, le traité considéré est applicable dans l'ordre juridique belge. Se pose alors, le cas échéant, la question de savoir si ses dispositions normatives sont directement applicables, ou, autrement dit, confèrent des droits subjectifs à ses destinataires. L'effet direct conditionne-t-il pour autant nécessairement l'invocabilité d'un traité devant le juge national ? On ne le pense pas. Plus précisément, la réponse à cette question dépend du type de contentieux à la faveur duquel un droit social est invoqué, ainsi que des effets qu'on entend lui faire produire, compte tenu des limites de compétences de l'organe de contrôle sollicité et du contexte juridique au sein duquel cet organe est appelé à statuer.

A. LA PREGNANCE DE L'EXIGENCE D'EFFET DIRECT

5. Les droits sociaux requièrent essentiellement des prestations de la part de l'Etat, susceptibles de peser lourdement sur les économies nationales et conférant, en tout état de cause, à leur débiteur une large marge d'appréciation pour décider quand et comment réaliser les droits garantis. C'est la raison pour laquelle on considère généralement que les dispositions normatives les consacrant sont dépourvues d'effet direct.

Encore faut-il d'emblée s'accorder sur le sens conféré à la notion d'effet direct ou d'applicabilité directe (on tient les deux notions pour synonyme) tant elle se prête à différentes acceptions. On retiendra, pour notre part, la définition classique de l'effet

d'une règle à conférer par elle-même aux particuliers sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles) de l'Etat où cette règle est en vigueur⁷.

Le caractère directement applicable d'une disposition est traditionnellement établi au départ de deux critères cumulatifs : un critère subjectif (les parties contractantes ont-elles eu l'intention de conférer des droits subjectifs aux particuliers ?) et un critère objectif (l'obligation exprimée est-elle libellée de manière complète et précise, de telle sorte qu'elle ne laisse aucune marge d'appréciation concernant son exécution et ne requiert aucune mesure complémentaire de la part de l'Etat pour être appliquée ?)⁸. En pratique, cependant, l'intention des Etats parties est rarement exprimée de manière explicite, à telle enseigne qu'elle est recherchée au travers de la précision et de la clarté de la norme. Dans ce cas, le critère subjectif tend à se confondre avec le critère objectif. Traduit dans le langage de l'ordre juridique interne, ce dernier critère conduit le juge à faire le départ entre les dispositions internationales (ou constitutionnelles) sur lesquelles il peut, en l'état, fonder son dispositif et celles qui, pour ce faire, appellent au préalable une intervention du législateur pour remplir l'engagement souscrit par l'Etat⁹. En vertu du critère objectif, on considère généralement que l'obligation négative est dotée d'effet direct, tandis que l'obligation positive en est dépourvue¹⁰.

On comprend dès lors l'idée communément admise selon laquelle les droits sociaux ne seraient pas directement applicables : en l'absence de concrétisation législative, un particulier ne pourrait exiger du juge le bénéfice plein et entier d'un droit social considéré. Pour ne prendre que cet exemple, le droit à un logement décent peut être concrétisé de différentes manières par le législateur, par la mise à disposition de logements sociaux, par le blocage des loyers ou encore par le biais d'une allocation logement au profit des plus défavorisés. A défaut pour le législateur d'avoir investi, d'une manière ou d'une autre, la marge de manœuvre que lui confère en l'occurrence l'article

7 J. VERHOEVEN, « La notion d'« applicabilité directe » du droit international », *R.B.D.I.*, 1980, p. 243 et 244. Très vite, une définition large de l'effet direct est venue côtoyer la définition stricte qui lui était traditionnellement réservée et à laquelle nous nous rallions. Loin de cantonner l'effet direct au niveau des droits subjectifs, ses partisans situent cette problématique sur le plan du droit objectif. Dans cette perspective, l'effet direct recouvre également l'hypothèse dans laquelle une norme internationale sert de base à l'exercice d'un contrôle de conformité des mesures étatiques et ce, quand bien même la norme en question ne conférerait pas de droit subjectif à celui qui en poursuit le respect. L'approche graduelle de l'effet direct, qui s'est essentiellement développée dans la littérature néerlandophone, s'adosse à cette conception large de la notion, tout en l'affinant, l'idée étant que chaque disposition normative présente un certain degré d'effet direct ; ainsi, pour les auteurs qui promeuvent cette approche, l'obligation de *standstill* (*infra*, n° 14 et s.) est une forme d'effet direct. Sur les différentes significations prêtées à la notion d'effet direct, cf. I. HACHEZ, obs. sous C.C., n° 106/2003, in *Le droit international...*, op. cit., pp. 174 à 186, et les références citées.

8 Ces critères ont été développés par la jurisprudence. L'arrêt de principe en la matière est l'arrêt *Thonon* de la Cour de cassation (Cass., 21 avril 1983, *R.C.J.B.*, 1985, p. 26, note M. Waelbroeck, « Portée et critères de l'applicabilité directe des traités internationaux »). Dans la ligne de cet arrêt, voy. e.a. Cass., 11 mai 2001, *R.W.*, 2002-2003, pp. 658 et s. ; Trib. trav. Bruxelles, 9 décembre 2004, *Chron. dr. soc.*, 2005, n° 3, p. 137.

9 Le fondement international de l'effet direct, consistant à l'apprécier au départ de l'intention des parties contractantes et des qualités intrinsèques du texte, se double ainsi d'un fondement interne dès lors qu'entre en ligne de compte le principe de la séparation des pouvoirs, ou, autrement dit, la répartition des compétences qui relèvent respectivement du juge et du législateur (voy. à cet égard Cass., 4 novembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 667, et, dans un sens similaire, Cass., 2 mars 2012, C.10.0685.F). Le critère objectif fait du reste parfois l'objet d'une interprétation extrêmement littérale de la part des juridictions, faisant fi du caractère objectif des droits de l'homme : jugé par le Conseil d'Etat, sur un recours en suspension réformé, sur ce point, en annulation, qu'une règle de droit international est dépourvue d'effet direct quand elle impose à l'Etat d'agir, ou de ne pas agir, selon les principes qui y sont énoncés (C.E., *Verdoordt*, 16 octobre 1997, n° 68914, cons. 3.3.2.3.2. Voy. dans un sens similaire : Cass.,

on des droits subjectifs au requérant. L'effet direct n'est pas requis au contentieux objectif¹⁹.

10. Sur le plan des principes, la proposition nous paraît certaine. La Cour constitutionnelle l'a du reste fait sienne dans l'arrêt n° 106/2003 : « Compétente pour décider si une norme législative viole les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour, lorsqu'elle est interrogée sur une violation de ces dispositions combinées avec une convention internationale, non pas examiner si celle-ci a effet direct dans l'ordre interne mais apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique²⁰ ». Depuis lors, la Cour ne semble plus admettre d'exceptions²¹ – s'encombrer de considérations relatives à l'effet direct des dispositions qu'elle invoque ; en tout cas ne trouve-t-on plus trace de l'antienne autrefois bien connue selon laquelle « les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés reconnus par la Belgique, en ce compris ceux résultant des conventions internationales liant la Belgique, rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment et ayant effet direct²² ». De ce point de vue, la jurisprudence de la Cour contraste avec la précitée du Conseil d'Etat, qui se caractérise globalement par un certain éclectisme et une forte tendance à ériger l'effet direct en condition sine qua non du contrôle qu'il exerce²³, et ce, même si l'un ou l'autre arrêts isolés mais néanmoins bien inspirés de la Haute juridiction administrative avaient anticipé le prononcé de l'arrêt n° 106/2003 de la Cour constitutionnelle²⁴.

II. Du contrôle de conformité classique à la prise en compte de l'obligation de *standstill*

11. Quand bien même ils sont généralement dépourvus d'effet direct, la consécration des droits sociaux, tout comme, plus généralement, les obligations positives requises pour l'effectivité des droits fondamentaux, n'en emportent pas moins certains effets juridiques. Certes aucune instance juridictionnelle n'est-elle compétente, en l'état actuel du droit, pour enjoindre à l'Etat belge d'agir dans un sens déterminé en présence de droits fondamentaux qui se prêtent à différentes possibilités de mise en œuvre. Le principe de la séparation des pouvoirs requiert que cette marge de manœuvre soit investie par le pouvoir législatif²⁵ ou par le pouvoir exécutif. En revanche, un droit fondamental qui n'a pas la qualité de droit subjectif parce qu'il est garanti par une règle non directement applicable peut le cas échéant faire obstacle à une norme qui lui est contraire dans le cadre d'un contrôle de conformité²⁶.

Que l'on se comprenne bien, cependant. L'idée selon laquelle l'effet direct n'est pas requis au contentieux objectif ne dispense pas la norme de référence (la disposition internationale ou constitutionnelle consacrant le droit fondamental considéré) de présenter un caractère suffisamment clair et précis, ou, autrement dit, une certaine densité normative, pour servir utilement de fondement au contrôle de conformité de la norme litigieuse. R. Abraham observe en ce sens que si « une norme vague ne peut pas servir de base à l'établissement d'un droit individuel, elle peut toujours servir de référence à un contrôle de compatibilité d'une norme inférieure. Il faut seulement constater que plus la norme de référence est générale (ce qui n'est d'ailleurs pas le cas, loin s'en faut, de toutes les stipulations internationales dépourvues d'effet direct), et moins il y a de probabilité que le contrôle de compatibilité aboutisse à la censure de la norme inférieure (...) »²⁷. Mais l'allusion au caractère suffisamment clair et précis de la norme de référence qu'on s'autorise diffère, en termes de degré, de la complétude de la norme requise pour conférer un droit subjectif. En clair, si on mobilise ici aussi le critère objectif présidant à l'établissement de l'effet direct d'une disposition normative, c'est à d'autres fins (celle du contentieux objectif) et avec une intensité moindre (une précision suffisante pour permettre un contrôle de conformité respectueux du principe de la séparation des pouvoirs)²⁸.

Sachant par ailleurs que, toutes générations confondues, les droits de l'homme se caractérisent souvent par un libellé vague²⁹ et que toute norme se prête

En ce sens, notamment : P. D'ARGENT, « Jurisprudence belge relative au droit international public (2008-2011) », *R.B.D.I.*, 2012, p. 292, n° 13 ; G. MAES, *Verkenning van afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Anvers, Intersentia, 2003, p. 462, e.a. n°s 129, 910 ; J. VERHOEVEN, « Applicabilité directe des traités et intentions des parties contractantes », *Liber amicorum E. Krings*, Bruxelles, Story Scientia, 1991, pp. 904 et 905 ; N. VAN LEUVEN et Fr. VANNESTE, « De inroepbaarheid van het recht op wonen », *Recht op wonen : naar een resultaatverbintenis ?*, *Droit au logement : vers une obligation de résultat ?*, sous la direction de N. BERNARD et B. HUBEAU, Bruges/Bruelles, die Keure/la Charte, 2012, pp. 235 et 236. Voy. également P. VANDEN HEEDÉ et G. GOEDERTIER, « De doorwerking van het internationaal recht in de rechtspraak van het arbitragehof », *Doorwerking van Internationaal Recht in de Belgische rechtsorde*, sous la direction de Dr. VAN EECKHOUTTE et J. WOUTERS, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 252 et 253, n° 15, y compris les références citées à la note 61. Voy. par ailleurs l'avis 52.163/3 rendu le 6 novembre 2012 par le Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, VI. parl., sess. 2012-2013, n° 1867/1. C.C., n° 106/2003, 22 juillet 2003, cons. B.4.2. *Adde* C.C., n° 32/2015, 12 mars 2015, cons. B.13.3. L'exigence d'effet direct antérieurement posée par la Cour était du reste difficilement conciliable avec sa propre jurisprudence en matière de *standstill*, l'utilité et la reconnaissance de ce principe procédant précisément de l'absence d'effet direct des dispositions internationales invoquées (*infra* n°s 14 à 18). Sans compter que la loi spéciale du 6 janvier 1989 relative à la Cour constitutionnelle n'exigeait pas des dispositions constitutionnelles confiées à la garde de la Cour qu'elles soient directement applicables, aucun texte normatif ne justifie de subordonner à une telle condition l'invocabilité des normes internationales intervenant dans le cadre d'un contrôle combiné. Pas davantage l'article 90 de la loi spéciale précitée, qui reconnaît expressément à la Cour le pouvoir de soulever un moyen d'office, ne pose-t-il une quelconque exigence d'effet direct. Cf., par exemple, l'arrêt n° 104/2006 où la Cour constitutionnelle se prononce sur l'effet direct de l'article 16.2 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (cons. B.8.1). C.A., n° 39/91, 19 décembre 1991, cons. 6.B.6. En ce sens : S. VAN DROOGHENBROECK, « L'effectivité des droits sociaux fondamentaux de l'enfant : le contentieux de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal comme paradigme », *Les enfants à l'aide sociale*, Actes de la 5^e édition de la Conférence et droit. Publications des facultés

25 Cf. I. HACHEZ, *Le principe de standstill...*, op. cit., n°s 260 à 262. Voy. par ailleurs les conclusions de l'avocat général J.-Fr. Leclercq sous l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 : « Certes, le juge ne peut pas édicter, sous peine de substituer son appréciation personnelle à celle réservée à un autre pouvoir, les mesures législatives nécessaires à assurer le respect de l'article 6.1 de la Convention européenne (des droits de l'homme) » (*J.T.*, 2006, p. 598).

26 Cf. e.a. art. 159 Const.; art. 14 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur la Cour constitutionnelle du 6 janvier 1989.

27 R. ABRAHAM, conclusions avant C.E. fr., 23 avril 1997, *D.*, 1998, p. 19.

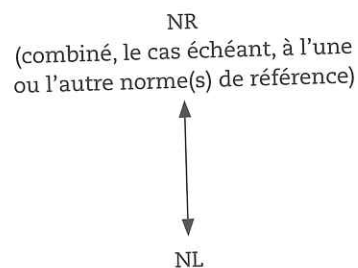
28 Ne peut-on comprendre en ce sens l'arrêt *Verdoodt*, n° 182.454, du Conseil d'Etat, dans lequel ce dernier vérifie la conformité de la mesure restrictive adoptée par l'autorité publique à l'aune de l'article 4.4 de la Charte sociale européenne (« En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à une rémunération équitable, les Parties contractantes s'engagent (...) 4. à reconnaître le droit de tous les travailleurs à un délai de préavis raisonnable dans le cas de cessation de l'emploi »), après avoir constaté que dans la mesure où elle interdit aux Etats d'adopter certaines

ralement à interprétation³⁰, il appartiendra au plaideur d'éclairer le juge sur la portée du droit fondamental à l'aune duquel il est invité à apprécier la conformité de la norme litigieuse. Il s'agira tantôt d'invoquer, le cas échéant dans le cadre d'un contrôle combiné, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou encore la décision du Comité européen des droits sociaux, permettant de préciser, du haut de la jurisprudence internationale, les contours d'un droit considéré (A), tantôt d'aller puiser, par le bas, dans les ressources de l'ordre juridique interne, des données de nature à justifier son libellé. On songe notamment à un détournement par l'obligation de *standstill*, qui oblige le juge de vérifier la conformité d'une norme litigieuse à la norme de référence à laquelle elle était auparavant garantie par les autorités publiques nationales, plutôt qu'à la norme du seul libellé par trop programmatique de celle-ci (B).

A. CONTROLE DE CONFORMITE CLASSIQUE, ENRICHI, LE CAS ECHEANT, DES DONNEES DISPONIBLES DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

12. Le contrôle opéré peut tout d'abord prendre la forme d'un simple contrôle de conformité renvoyant deux termes face à face : la norme de contrôle, issue du droit international et/ou d'une disposition constitutionnelle (NR, pour norme de référence), et la norme interne contrôlée (NL pour norme litigieuse).

En fonction de la délimitation des compétences de l'organe de contrôle saisi, de l'éventuelle plus-value pour le contentieux en cause, le droit fondamental considéré sera invoqué par le biais de l'une, seulement, de ses consécutions formelles, ou de plusieurs d'entre elles dans le cadre d'un contrôle combiné³¹.



C'est, par exemple, sur fondement de l'article 4, § 4, de la Charte sociale européenne (droit à un délai de préavis raisonnable) que le Conseil d'Etat belge a annulé un acte administratif à portée individuelle dans l'arrêt *Verdoodt*, précité, du 28 avril 2008³².

13. Que ce soit ou non dans le cadre d'un contrôle combiné, la portée d'un droit fondamental, *a priori* consacré sous une forme ouverte, pourra éventuellement être précisée à l'aune de données disponibles dans l'ordre juridique international. On songe à l'interprétation d'un droit fondamental délivrée par un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme revêtu de l'autorité de chose jugée ou en tout cas de l'autorité de chose interprétée³³. Mais on pense aussi aux enseignements résultant du *soft law* international des droits de l'homme³⁴ : une décision du Comité européen des droits sociaux, une observation générale du Comité des droits économiques, sociaux et culturels... Ainsi le Comité européen des droits sociaux s'est-il d'ores et déjà prononcé sur le contenu du droit à une rémunération équitable garanti par l'article 4.1 de la Charte : par rémunération équitable, le Comité vise un salaire supérieur au « seuil de pauvreté du pays concerné, fixé à 50 % du salaire moyen national », étant entendu que si la rémunération est inférieure à 60 % du salaire moyen national, il appartient à l'Etat de « démontrer que ce salaire permet néanmoins d'assurer un niveau de vie décent³⁵ ».

De manière générale, la jurisprudence belge compte cependant extrêmement peu de références explicites au *soft law*. Parmi les quelques illustrations disponibles que l'on peut épingler à ce sujet, on mentionnera notamment un récent arrêt de la Cour du travail de Bruxelles qui, aux fins d'apprécier l'étendue de la protection sociale garantie aux étrangers en séjour irrégulier sur le territoire belge par différents instruments internationaux mobilisés, entre autres, une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe et deux décisions rendues par le Comité européen des droits sociaux³⁶. On aura également égard à l'arrêt n° 32/2015 de la Cour constitutionnelle où, dans la droite ligne de son arrêt n° 37/2011, la Cour invoque d'office, dans le cadre du contrôle de conformité auquel elle se livre au regard des articles 10, 11 et 23 de la Constitution, combiné avec les articles 3 et 11 de la Charte sociale européenne, l'article 8 de la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la santé pour la lutte antitabac, les directives pour l'application de ladite Convention, ainsi qu'une recommandation du Conseil de l'Union européenne du 30 novembre 2009 relative aux environnements sans tabacs³⁷. Comme l'un d'entre nous a eu l'occasion de l'écrire avec Sébastien van Drooghenbroeck au sujet de l'arrêt n° 37/2011, la référence aux directives précitées n'a pas lieu d'être nécessairement saluée comme une audace juridique, dès lors que celles-ci se voient, semble-t-il, conférer dans le système de la Convention-cadre une valeur d'interprétation authentique : elles s'imposeraient de ce fait obligatoirement aux parties contractantes³⁸. La référence à la recommandation du Conseil de l'Union européenne est, par contre, plus originale au regard de la théorie des sources du droit, dans la mesure où, selon l'article 288 du TFUE, « Les recommandations et les avis ne lient pas³⁹ ».

³⁰ Cf. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 94 à 103 ; M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens clair d'un texte : argument de raison ou d'autorité ? », *Arguments de raison et arguments d'autorité en droit*, Bruxelles, Némésis, 1989, pp. 291 et s.
³¹ On peut aussi songer à l'invocation d'un droit social garanti par un traité ou la Constitution, en combinaison avec le principe d'égalité et de non-discrimination, tel que consacré, notamment, par les articles 10 et 11 de la Constitution. Sur la différence entre « contrôle combiné » et « méthode conciliatoire » dans le cadre de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, cf. Ch. HOREVOETS, obs. sous C.C., n° 18/90 et n° 106/2003, in *Le droit international*..., *op. cit.*, spéc. pp. 92 et s. Cf. par ailleurs X. DELGRANGE, obs. sous C.C., n° 136/2004 et n° 202/2004.

³³ Cf., e.a., Fr. KRENC, obs. sous C.E., n° 39719, 12 juin 1992, Cass., 30 septembre 2009, C.C., n° 7/2013, 14 février 2013, *Le droit international*..., *op. cit.*, pp. 315 et s.

³⁴ Sur ce que recouvre le concept de *soft law* en matière de droits fondamentaux, cf. e.a. Françoise TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC, « Le *Soft Law* et la Cour européenne des droits de l'Homme. Questions de légitimité et de méthode », *Les sources du droit revisitées*, vol. 1, *op. cit.*, spéc. pp. 384 à 387.

³⁵ Décision précitée du 23 mai 2012, *GENOP-DEI et ADEDY c/ Grèce*, réclamation n° 66/2011, § 57, avec référence à la jurisprudence antérieure du Comité.

³⁶ C. trav. Bruxelles, 13 mai 2015, 2013/AB/614, pp. 8 et 9.

³⁷ C.C., n° 32/2015, 12 mars 2015, cons. B.14.2. à B.14.4. Voy. par ailleurs l'arrêt de la cour d'appel de Mons du 28 novembre 2012 (J.T., 2013, pp. 363 et s.), et, plus généralement, les références citées in I. HACHEZ et S. VAN

Par contraste avec la jurisprudence belge, la section de législation du Conseil d'Etat se montre beaucoup plus réceptive à la prise en compte du *soft law*, n'hésitant pas à en tenir compte dans le cadre du contrôle qu'elle réalise⁴⁰.

Compte tenu, notamment, de l'ouverture que manifeste la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard des sources externes et en particulier du *soft law* pour interpréter les dispositions de la Convention dont elle assure le respect⁴¹, on ne peut que encourager les plaideurs et, plus largement, les praticiens à nourrir leurs arguments en matière de droits sociaux de références au *soft law* international des droits de l'homme. Il est vrai cependant que l'accessibilité des différents instruments qui le composent n'est pas toujours aisée. Une meilleure diffusion de la *soft jurisprudence*⁴² déduite, notamment, par le Comité européen des droits sociaux et le Comité onusien des droits économiques, sociaux et culturels serait, à cet égard, de nature à doper l'efficacité des droits sociaux. L'article 16 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels prévoit d'ailleurs en ce sens que « tout Etat Partie s'engage à faire largement connaître et à diffuser le Pacte et le présent Protocole, ainsi qu'à faciliter l'accès aux informations sur les constatations et recommandations du Comité, en particulier pour les affaires concernant cet Etat partie (...) ». A tout le moins les rapports annuels des différents organes de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice de l'Union européenne, mais aussi, des organes de contrôle plus méconnus comme, par exemple, les deux Comités des droits de l'homme – gagneraient-ils à être relayés par l'Etat belge auprès des différentes autorités publiques. La mise sur pied d'un Institut national des droits de l'homme, souhaitée par les différentes recommandations internationales, pourrait, elle aussi, favoriser la prise en compte du *soft law* international des droits de l'homme au niveau national⁴³. En son absence, il ne devrait pas être compliqué d'assurer par un autre biais, certes moins visible, le cheminement des informations pertinentes vers les magistrats, notamment.

B. CONTROLE DE CONFORMITE AFFINE PAR LA PRISE EN COMPTE DE L'OBLIGATION DE STANDSTILL

14. L'obligation de *standstill* permet de pallier l'absence d'effet direct des droits fondamentaux considérés sous leur versant positif en allant puiser dans les ressources de l'ordre juridique interne la précision qui leur fait défaut.

15. De manière désormais classique, les juridictions belges – tout comme la section de législation du Conseil d'Etat – définissent l'obligation de *standstill* déduite des droits-créances consacrés par l'article 23 de la Constitution de la manière suivante : « L'article 23 de la Constitution implique une obligation de *standstill* qui s'oppose à ce que le législateur compétent réduise sensiblement le niveau de protection offert par la législation applicable sans qu'il existe pour ce faire des motifs liés à l'intérêt général⁴⁴ ».

La Cour constitutionnelle retient une définition proche en termes de contenu, mais distincte dans la forme, à propos de l'obligation de *standstill* déduite de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁴⁵. A notre connaissance, la jurisprudence n'a, par contre, jamais conféré une définition spécifique à l'obligation de *standstill* déduite des dispositions de la Charte sociale européenne. Tout au plus reconnaît-elle l'existence d'une telle obligation en lien avec ces dispositions lorsqu'elles sont prises en considération dans le sillage de l'article 23 de la Constitution⁴⁶.

Pour l'essentiel, et en l'état actuel du droit, le contrôle de l'obligation de *standstill* exercé au sein de l'ordre juridique belge se concentre sur l'article 23 de la Constitution et l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, garantissant le droit à la gratuité progressive de l'enseignement.

16. Pas plus que le terme d'ailleurs, la définition du principe de *standstill* ne se retrouve inscrite en toutes lettres dans la Constitution belge ou dans les traités internationaux consacrant, sous une forme ou une autre, des droits sociaux. En réalité, le principe de *standstill* est contenu en germes dans les droits-créances requérant une prestation de l'Etat. En assignant à l'Etat un programme à réaliser progressivement⁴⁷, la Charte sociale européenne – pour ne prendre que cet exemple – lui interdit d'agir à rebours de l'objectif fixé. Le principe de *standstill* se déduit donc *a contrario* de l'obligation positive de garantir les droits fondamentaux ; il est inhérent aux obligations positives⁴⁸. La filiation entretenue par le principe de *standstill* à l'égard des obligations positives

⁴⁰ Voy. I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, *ibidem*, pp. 34 et 35 ; S. VAN DROOGHENBROECK, obs. sous C.I.J., *Ahmadou Sadio Diallo*, 30 novembre 2000, *Le droit international...*, op. cit., p. 330. Cf. entre autres, pour une référence à la production normative du Comité européen des droits sociaux : avis du Conseil d'Etat n° 49.323/1 du 3 mars 2011, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2010-2011, n° 1322/1, pp. 56 et 57 ; avis du Conseil d'Etat n° 54.231/1 du 6 novembre 2013, *Doc. parl.*, Ch., n° 3144/1, sess. 2013-2014, pp. 114 et 115. Pour des références à la jurisprudence des organes de l'OIT en matière de liberté syndicale, voy. notamment : avis du Conseil d'Etat n° 39.942/AG du 18 avril 2006, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2003-2004, n° 51-604/3, pp. 3 à 13 ; avis du Conseil d'Etat n° 41.521/1, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2006-2007, n° 2773/2, pp. 453 et s. ; avis du Conseil d'Etat n° 52.360/AG du 26 novembre 2013, *Doc. parl.*, P.R.B., sess. 2011-2012, n° A-268/2.

⁴¹ Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENG, op. cit., pp. 381 et s.

⁴² Sous ce terme, on vise aussi bien les « conclusions » que les « constatations » et « observations générales » des organes de surveillance internationaux dont les décisions sont dépourvues d'autorité de chose jugée.

⁴³ En dépit de déclarations ou initiatives politiques en ce sens (cf. e.a. la proposition de loi portant création d'un Institut des droits de l'homme, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2012-2013, n° 2946/1 ; la note de politique générale « Egalité des chances » de la secrétaire d'Etat Elke SLEURS, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2014-2015, n° 588/33, spéc. p. 11), l'essai n'a pas encore été transformé à ce jour. Les principales difficultés à surmonter semblent être à la fois d'ordre matériel et d'ordre procédural : l'existence de plusieurs institutions, chacune chargée

⁴⁴ Cf. par exemple : C.C., n° 67/2015, 21 mai 2015, B.8 ; Cass., 18 mai 2015, n° S.14.0042.F.

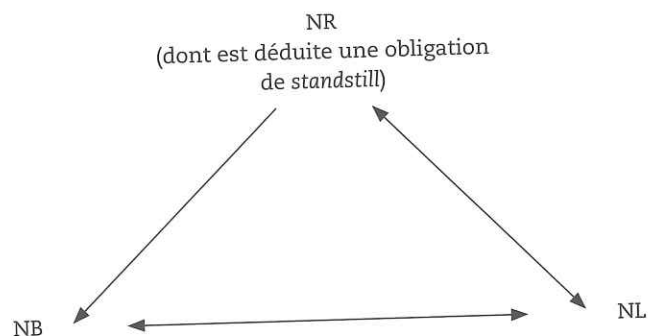
⁴⁵ Sur les effets pervers du maintien de définitions distinctes en fonction de la source formelle considérée (internationale ou constitutionnelle), voy. X. DELGRANGE et I. HACHEZ, « Qui n'avance pas... », obs. sous C.C., n° 53/2013, 18 avril 2013, A.P., 2013, pp. 299 à 308.

⁴⁶ Voy. en ce sens : Cour trav. Liège, 10 février 2016, n° 2015/AU/48. On ajoutera que si l'existence d'une obligation de *standstill* à l'endroit des droits-créances garantis par la Charte sociale européenne nous paraît certaine, elle ne peut se revendiquer d'une reconnaissance aussi solide que celle dont elle jouit dans l'enceinte onusienne (cf. I. HACHEZ, *Le principe de standstill...*, op. cit., n°s 15 à 26. Adde : J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, « Le Comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique », *Droit social*, 2013, n° 4, pp. 339 à 344 ; I. HACHEZ, « Le Comité européen des droits sociaux confronté à la crise financière grecque : des décisions osées mais inégalement motivées », *Rev. dr. soc.*, 2014/3, pp. 249 à 279.

⁴⁷ Cf. le libellé de l'article G de la Charte sociale révisée, et des autres droits fondamentaux et consacrés. Cf. aussi le libellé de la clause générale de l'article 2 du PIDESC et des autres droits fondamentaux garantis par le Pacte.

ide à l'établissement de son régime juridique, celui-là étant l'accessoire de celui-ci⁴⁹.

17. Concrètement, le principe de *standstill* impose de composer avec trois normes, que, par convention, on qualifiera de la manière suivante. Premièrement, la « norme de référence », qui est la norme internationale ou constitutionnelle dont est déduite une obligation de *standstill* (par exemple, un droit-créance consacré par la Charte sociale européenne) ; l'obligation de *standstill* est en effet dépourvue d'une normativité autonome : son invocation doit nécessairement être couplée à celle du droit fondamental dont le niveau de protection a été abaissé en l'absence de motif d'intérêt général. Deuxièmement, la « norme litigieuse » ou, autrement dit, la norme prétendument violée (NL). Enfin le troisième terme est « la norme de base », c'est-à-dire celle qui définit le niveau de protection à prendre en considération pour apprécier l'éventuel recul opéré par la norme litigieuse, ces deux normes étant nécessairement hiérarchiquement inférieures à la norme de référence (NR). Autrement dit, le contrôle du respect de l'obligation de *standstill* s'adosse à un contrôle de conformité classique, mais l'affine par la prise en compte d'un troisième terme : la norme interne incarnant le plus haut niveau de protection conféré au droit fondamental considéré⁵⁰.



Méthodologiquement parlant, il convient, dans un premier temps, de comparer la norme litigieuse à la norme de base pour établir s'il existe, ou non, une atteinte à l'obligation de *standstill*, s'il y a eu, ou non, un recul significatif dans le niveau de protection accordé au droit fondamental considéré. A supposer l'atteinte au principe de *standstill* démontrée, il reste alors à passer à la seconde étape du contrôle, en vérifiant l'existence d'éventuels motifs d'intérêt général de nature à justifier le recul opéré et à se laver de tout vice d'inconstitutionnalité au terme d'un contrôle de proportionnalité.

18. A moins de bénéficier d'un contexte particulièrement favorable⁵¹, force est toutefois de reconnaître que les chances de succès d'un argument pris de la violation de ce principe sont extrêmement faibles si on prend en compte la palette des moyens que les juridictions belges s'offrent pour le balayer d'un revers de la main⁵².

La crise économique qui frappe l'Europe n'est sans doute pas sans lien avec cette retenue juridictionnelle. Dans un tel contexte, le principe de *standstill* et les autres mesures de justiciabilité des droits sociaux devraient pourtant permettre de séparer le bon grain de l'ivraie, les remises en cause nécessaires des régressions qui tournent le dos au principe de proportionnalité lorsqu'elles ne touchent pas à la substance des droits considérés.

Certains juges l'ont du reste bien compris. Contre toute attente, compte tenu de sa jurisprudence antérieure, la Cour constitutionnelle a conclu, le 1^{er} octobre 2015, à une violation de l'obligation de *standstill* au détriment de certains étrangers en séjour légal qui se voyaient exclus du droit à l'aide sociale par la loi attaquée devant elle⁵³. Après avoir constaté l'existence d'un recul significatif, le juge constitutionnel vérifie s'il existe des motifs d'intérêt général à même de le justifier. A la faveur de cette seconde étape du contrôle de l'obligation de *standstill*, la Cour ne se contente pas de relever la présence d'une justification dans les travaux préparatoires, mais en contrôle la pertinence pour conclure, *in fine*, au caractère disproportionné de la mesure adoptée, le fût-elle en vue de prévenir la fraude à l'aide sociale, voire pour des motifs d'ordre budgétaire.

Quatre mois plus tard, la Cour du travail de Liège écartait l'application d'un arrêté royal en matière d'assurance-chômage dans le cadre du litige dont elle était saisie, en raison de sa contrariété à l'obligation de *standstill* déduite de l'article 23 de la Constitution garantissant le droit au travail et à la sécurité sociale, lu en combinaison avec différentes dispositions de la Charte sociale européenne révisée et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁵⁴. Jugé, en l'espèce, que la conversion par l'arrêté royal litigieux des allocations d'attente en allocations d'insertion octroyées pour une période limitée à trois ans, alors que l'indemnisation était autrefois envisagée à durée indéterminée, engendre, dans la situation spécifique

51 On songe à l'intervention, dans le cadre du contrôle de conformité exercé par le juge, d'une convention internationale et/ou d'une directive européenne dont l'énoncé, voire l'interprétation qui lui est conférée, serait à verser au crédit d'un constat de violation du droit fondamental considéré (cf., en ce sens, C.C., n° 137/2006, 14 septembre 2006, spéc. cons. B.7.1 à B.9 ; C.C., n° 95/2014, 30 juin 2014, cons. B.32.1 à B.44, spéc. cons. B.34.1 et s.). On songe aussi, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Cléon Angelo*, à un enjeu financier relativement limité et à une absence totale de justification dans le chef de l'autorité publique (cf. en ce sens : C.E., n° 215.309, *Cléon Angelo et al.*, 23 septembre 2011 ; pour un commentaire succinct de cet arrêt : I. HACHEZ, « Le principe de *standstill* : actualités et perspectives », *R.C.J.B.*, 2012, spéc. pp. 15 et 16).

52 Il en va ainsi lorsque la Cour constitutionnelle fait application de la thèse du point fixe, et non du point mobile (cf. C.C., n° 53/2013, 18 avril 2013), mais aussi quand les organes de contrôle retiennent comme norme de base la législation antérieure, sans se soucier de savoir si elle correspond au plus haut niveau de protection un jour conféré au droit fondamental considéré (cf. C.C., n° 95/2014, 30 juin 2014, cons. B.8.1). L'exigence d'un recul significatif pour conclure à une atteinte au principe de *standstill* est parfois une autre manière de barrer le chemin à un moyen pris de sa violation (cf. I. HACHEZ, *Le principe de standstill...*, op. cit., n°s 345 et s. et les références citées), tout comme une méthodologie défailante est de nature à tourner ce principe en dérision (voy. par ex. C.C., n° 28/2007, 21 février 2007 ; C.C., n° 56/2008, 19 mars 2008. Pour un bref commentaire de ces arrêts : I. HACHEZ, « Le principe de *standstill* : actualités et perspectives », *R.C.J.B.*, 2012, spéc. pp. 12 et 13). Il en va de même lorsque la Cour renonce à exercer un réel contrôle de l'obligation de *standstill*, se limitant à reprendre à son compte l'argumentation fournie sous cet angle dans les travaux préparatoires de la norme litigieuse (C.C., n° 10/2015, 10 février 2015, spéc. cons. B.1.1 à B.1.3).

49 Sur le régime juridique de l'obligation de *standstill*, voy. I. HACHEZ, *Le principe...*, op. cit., deuxième partie, titre I. Pour des raisons qui échappent à la logique juridique, la Cour constitutionnelle belge n'hésite cependant pas à créer des régimes juridiques distincts pour le *standstill* « constitutionnel » et le *standstill* « conventionnel » (cf. X. DELGRANGE et I. HACHEZ, « Qui n'avance pas... », op. cit., spéc. p. 307).

50 Au sujet de l'identification de la norme de base, et plus précisément de ce qu'on appelle communément en doctrine la thèse du point fixe et du point mobile, voy. I. HACHEZ et S. VINCENT, « Principe de *standstill* et droit à l'égalité de traitement : à la recherche de la grenouille », obs. sous C.C., n° 10/2015, 10 février 2015, spéc. cons. B.1.1 à B.1.3.

intéressée⁵⁵, un recul significatif non proportionné aux motifs d'intérêt général ex-
tés par l'autorité publique, à savoir tout à la fois la relance de l'emploi et un impé-
d'ordre budgétaire⁵⁶. *confirme par Cass 5 mars 2018*

Ces deux récentes décisions ont en commun une application rigoureuse du
cipe de *standstill* et une motivation de nature à emporter la conviction⁵⁷. Elles per-
tent de penser que le principe de *standstill* pourrait encore avoir de beaux jours
ant lui. Rien ne s'y oppose, en tout cas, sur le plan juridique.

Le principe de l'intangibilité de la substance des droits fondamentaux

19. Dans le contexte de crise que l'on sait, le principe de l'intangibilité de la
stance des droits fondamentaux⁵⁸ est revenu à l'avant plan, tendant même parfois à
ulter les autres formes de justiciabilité des droits sociaux. Ce principe gagne en tout
à être correctement distingué de l'obligation de *standstill* : les deux mécanismes
ivent se combiner mais ne se confondent pas⁵⁹.

20. L'intangibilité de la substance des droits garantis est expressément affir-
é par certaines dispositions internationales, comme l'article 4 du Pacte international
atif aux droits économiques, sociaux et culturels en vertu duquel l'Etat ne peut sou-
tre les droits consacrés « qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure
patible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être
éral dans une société démocratique⁶⁰ » ; la limitation ne peut être « interprétée ou
pliquée de manière à compromettre l'essence du droit en question⁶¹ ». De manière
nparable, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit que
oute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus dans la présente Charte
it être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés (...)⁶² ». Le

fait que la Charte sociale européenne ne contienne, quant à elle, pas de clause expresse
en ce sens n'a par exemple pas empêché le Comité européen des droits sociaux de dé-
velopper une jurisprudence s'adossant à la reconnaissance d'un noyau dur des droits
dont il est censé garantir le respect⁶³. Il en va de même pour la Cour européenne des
droits de l'homme, dont la Convention éponyme ne contient pourtant pas davantage de
clause d'intangibilité des droits qu'elle consacre⁶⁴. Pour sa part, la Constitution belge ne
comporte pas de disposition similaire à l'article 19, § 2, de la Loi fondamentale alleman-
de, interdisant de porter atteinte à la substance d'un droit fondamental⁶⁵. D'aucuns
considèrent cependant que la dignité humaine, consacrée par l'article 23, alinéa 1^{er}, de
la Constitution revêt une telle portée⁶⁶. Dans la mesure où les droits économiques, so-
ciaux et culturels sont appelés à réaliser l'objectif posé à l'alinéa 1^{er} de l'article 23, le
raisonnement – pour valide qu'il soit – devrait être étendu au noyau dur des droits de la
deuxième génération.

Cette forme de justiciabilité nous semble cependant très peu exploitée par les
organes de contrôle belges, en tout cas de manière explicite⁶⁷. On peut en effet penser
que la suppression de toute aide sociale à l'égard de certains étrangers en séjour légal,
que l'arrêt n° 133/2015 de la Cour constitutionnelle a jugé contraire à l'obligation de
standstill découlant de l'article 23 de la Constitution, équivaut à une atteinte à la sub-
stance du droit considéré⁶⁸. Il n'est du reste pas interdit de voir une allusion explicite
au principe de l'intangibilité de la substance dans l'arrêt précité du 10 février 2016 de
la Cour du travail de Liège, qui évoque « un recul significatif portant atteinte à l'essence
même d(u) droit constitutionnel au travail et à la sécurité sociale⁶⁹ ».

21. Que l'on se trouve dans le cadre d'un contrôle de conformité classique⁷⁰
ou que l'on cherche à vérifier le respect de l'obligation de *standstill*⁷¹, le principe de l'in-
tangibilité de la substance interdit en principe catégoriquement à l'autorité publique de

En tant que bénéficiaire d'allocations d'attente inscrite à l'agence locale pour l'emploi, l'intéressée travaillait à
temps partiel depuis 1998 en qualité d'assistante de prévention et de sécurité à la police d'Arlon (cf. e.a. le point
5.4 de l'arrêt).

Etant entendu que la Cour du travail estime que compte tenu des circonstances de l'espèce, seul l'argument
budgétaire peut tenir lieu de motif d'intérêt général justifiant la réforme opérée (cf. en particulier les points 5.3 à
5.7 de l'arrêt précité, qui auraient sans doute gagné à se focaliser sur l'existence de motifs d'intérêt général, en
distinguant clairement les deux objectifs invoqués par l'autorité publique, avant de passer, aux points 5.8 et 5.9,
à l'analyse de la proportionnalité de la mesure au regard de l'objectif budgétaire poursuivi, seul motif d'intérêt
général pertinent en l'espèce, compte tenu de la situation spécifique de l'intéressée).

Sans nous prononcer ici sur le bien-fondé du constat de non-violation du principe de *standstill* auquel aboutit
la Cour constitutionnelle, on relèvera que les arrêts n°s 67/2015 et 4/2016, prononcés respectivement les 21 mai
2015 et 14 janvier 2016, bénéficient d'une motivation digne de ce nom. On ne peut toutefois s'empêcher de re-
marquer que le second d'entre eux démontre une fois de plus, selon nous, le caractère non fondé de l'exigence
d'un recul significatif (cf. à cet égard I. HACHEZ, *Le principe de standstill...*, op. cit., n°s 345 et s.). Voy. par ailleurs,
parmi les arrêts de principe en matière de *standstill* témoignant d'une approche méthodologique sans faille :
C.E., n° 215.309, *Cleon Angelo*, 23 septembre 2011.

Ou, autrement dit, « l'essence », le « noyau dur ou intangible » des droits fondamentaux, étant entendu que la
doctrine française désigne également cette réalité sous l'appellation d'« effet plancher », voire même d'« effet
artichaut ».

Sur les points communs et divergences entre ces deux principes (le principe de *standstill* et le principe de
l'intangibilité de la substance), cf. I. HACHEZ, *Le principe de standstill...*, op. cit., spéc. n° 545. Compar. M. PRIEUR,
« Le principe de l'intangibilité de la substance des droits fondamentaux », in J. de la Cour de cassation (dir.),

63 Cf. notamment en ce sens la décision précitée sur le bien-fondé du 23 mai 2012, *GENOP-DEI et ADELY c. Grèce*,
réclamation n° 65/2011, la décision du 23 mai 2012, *GENOP-DEI et ADELY c. Grèce*, réclamation n° 66/2011 et
la décision-type sur le bien-fondé du 7 décembre 2012, *IKA-ETAM c. Grèce*, réclamation n° 76/2012, ainsi que le
commentaire qu'on leur a consacré (I. HACHEZ, « Le Comité européen... », op. cit., pp. 264 et s.).

64 Cf. e.a. Cour eur. D.H., req. n°s 57665/12 et 57657/12, décision du 7 mai 2013, *Koufaki et Aedy c. Grèce*.

65 Sur l'intangibilité de la substance des droits fondamentaux en droit constitutionnel allemand, voy. notamment :
S. VAN DROOCHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*.
Prendre l'idée simple au sérieux, Bruxelles, Bruylant, F.U.S.L., 2001, pp. 367 à 377.

66 Voy. e.a. S. VAN DROOCHENBROECK, « Mendicité, ordre public et proportionnalité », obs. sous C.E., n° 68.735,
8 octobre 1997, *R.B.D.C.*, 1997, p. 424, note 27.

67 Voy., de manière tout fait isolée, sur la base du droit à la dignité humaine consacré par l'art. 23, al. 1^{er}, de la
Constitution belge : J.P. Verviers, 30 juin 2000, *Les échos du logement*, 2000. Voy. par ailleurs L. GOOSSENS,
« Het grondrecht op sociale zekerheid en sociale bijstand : dammen tegen de afbouw van de sociale welvaarts-
staat ? Over de harde kern van deze grondrechten en de proportionaliteitstoets bij een vermindering van het
sociale beschermingsniveau », *R.W.*, 2014-15, n° 21, spéc. p. 812, n° 25, en ce compris les références citées à la
note 113 ; N. BERNARD, *La réception du droit au logement par la jurisprudence. Quand les juges donnent corps au droit
au logement*, Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, 2011, p. 417, et le renvoi aux pages pertinentes de
l'ouvrage sous la question, y formulée : « le droit au logement est-il mobilisé en lien avec le principe de dignité
humaine ? ». Cf. encore, à propos de l'article 25, b, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques :
Civ. Bruxelles (réf.), 15 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2001, pp. 340 et s.

68 *Supra*, n° 18. Sébastien VAN DROOCHENBROECK relève en ce sens que « dans une décision de 1996, le Tribunal
fédéral (suisse) a laissé entendre que le retrait de toute aide sociale à une personne qui, objectivement et sans

er atteinte au cœur du droit fondamental considéré⁷², à telle enseigne qu'il vient heureusement fermer le passé qu'une conception relative de l'obligation de *standstill* contribue pour sa part à ouvrir. En ce sens, on pourrait être tenté d'affirmer que le dur offre une protection de l'acquis social, pour autant que ce dernier corresponde à l'essence du droit fondamental considéré.

Il reste que, ces dernières années, cette vision absolue du noyau dur, établissant un niveau de protection qui, une fois garanti, est définitivement acquis, est revenue en cause par l'émergence d'une vision relative dudit noyau dur, tolérant certaines restrictions, même lorsqu'est en cause l'essence du droit considéré. Pour des auteurs comme David Bilchitz, Matthew Craven ou encore David Robitaille, il convient en effet d'inscrire *a priori* le contenu essentiel et minimum du droit considéré, tout en tenant compte des restrictions dûment justifiées⁷³. Plus précisément, à supposer que le bénéficiaire d'un droit fondamental démontre l'atteinte portée au noyau dur de celui-ci, le droit considéré sera présumé violé, sauf justification solide du manquement, compte tenu, par exemple, de ressources budgétaires insuffisantes. Compris de manière relative, le principe de la substance des droits fondamentaux ne joue plus comme un « effet bloquant », plaçant certains acquis sociaux à l'abri de toute remise en cause. Comme dans le cadre de l'obligation de *standstill*, le principe de proportionnalité est, dans cette conception, également applicable au noyau dur du droit fondamental considéré, quoique de manière plus stricte⁷⁴.

On objectera sans doute que les deux voies (conception absolue ou relative du noyau dur) reviennent de facto au même : quelle différence entre, d'une part, un constat de violation à charge d'un Etat qui, faute de ressources budgétaires, est incapable de satisfaire aux engagements souscrits et, d'autre part, un arrêt qui, pour ce motif précisément, conclut à l'absence de violation ? La différence se loge, à notre avis, dans la portée symbolique du droit qui s'attache à un constat de violation, et à la préservation de l'autonomie – certes relative mais néanmoins nécessaire – du droit par rapport à l'économie et au politique. Qu'un juge conclue à la violation de ce seuil, et l'Etat ne sera pas en mesure de réparer le mal commis, mais au moins ne pourra-t-il se vanter du droit pour justifier l'atteinte aux droits de l'homme dont il se rend coupable, même malgré lui.

22. La question du noyau dur des droits fondamentaux peut du reste être envisagée sous deux angles différents. D'une part, et comme on vient de le voir, elle peut conduire à se demander si, une fois le contenu essentiel du droit fondamental consacré par le législateur, il existe une interdiction, absolue ou relative, pour celui-ci de revenir sur la protection accordée. Elle pose, d'autre part, la question de savoir si le parlement dispose d'un droit subjectif à la réalisation de la substance d'un droit envisagé sous son versant positif, et s'il peut, partant, contraindre le législateur à agir à concurrence de ce noyau dur. Considérer que le législateur doit agir à concurrence du noyau dur revient à reconnaître un effet direct à la substance du droit fondamental, étant en-

tendu que cette reconnaissance ne va nullement de soi, les obligations positives conférant généralement un large pouvoir d'appréciation au législateur⁷⁵.

IV. La responsabilité de l'Etat

23. En vertu des différentes sources formelles qui les consacrent, l'Etat s'engage à tout le moins à assurer progressivement la mise en œuvre des droits sociaux. Passé un certain temps, une omission du pouvoir législatif pourrait-elle engager sa responsabilité en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil ? Lorsqu'il intervient en contravention des règles de droit international, européen ou constitutionnel garantissant des droits sociaux, par exemple en violant l'obligation de *standstill* qui en découle, l'action du législateur est-elle sanctionnable sur cette base⁷⁶ ? La réponse à ces deux questions étant, au moins en théorie, affirmative, il devient clair que les articles mentionnés issus du Code Napoléon pourraient enrichir le débat concernant l'effectivité des droits sociaux fondamentaux.

L'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006, évoqué à l'entame de cette étude, laisse entrevoir la possibilité de sanctionner les omissions législatives sur le plan juridique⁷⁷. En effet, plus de trente ans après avoir reconnu « qu'aucune disposition constitutionnelle ou légale ne soustrait le pouvoir exécutif, dans l'exercice (...) de ses activités réglementaires, à l'obligation, résultant des articles 1382 et 1383 du Code civil, de réparer le dommage qu'il cause à autrui par sa faute » et « que, même dans les cas où aucun délai n'est prescrit au pouvoir exécutif par une disposition légale pour prendre un règlement, l'abstention de prendre celui-ci peut (...) donner lieu à réparation, si un dommage en est résulté », la haute juridiction enseignait, dans son arrêt du 1^{er} juin 2006, que « les principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir législatif et des parlementaires n'impliquent pas que l'Etat serait, d'une manière générale, soustrait à son obligation d'indemniser le dommage causé à autrui par une faute du Parlement⁷⁸ ». Dans l'arrêt précité du 28 septembre 2006, la Cour précise à cet égard que « saisi d'une demande tendant à la réparation d'un dommage causé par une atteinte fautive à un droit consacré par une norme supérieure imposant une obligation à l'Etat, un tribunal de l'ordre judiciaire a le pouvoir de contrôler si le pouvoir législatif a légiféré de manière adéquate ou suffisante pour permettre à l'Etat de respecter cette obligation, lors même que la norme qui la prescrit laisse au législateur un pouvoir d'appréciation quant aux moyens à mettre en œuvre pour en assurer le respect⁸⁰ ». En l'espèce, la Cour de cassation confirmait l'arrêt attaqué, qui déclarait l'Etat belge responsable en raison de la faute consistant « à avoir omis de légiférer afin de donner au

75 *Supra*, nos 5 et s.

76 Sur le thème de la responsabilité du pouvoir législatif, voy. pour des études récentes et approfondies : S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », *La responsabilité des pouvoirs publics, XII^{es} journées d'études juridiques Jean Dabin*, sous la coordination de D. RENDERS, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 331 à 393 ; M. VERDUSSEN, « La responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution », *La responsabilité...*, *ibidem*, pp. 395 à 433.

77 J.L.M.B., 2006, pp. 1548 et s., obs. J. WILDEMEERSCH et obs. M. UYTENDAELE. Voy. e.a. le commentaire consacré à cette question par S. VAN DROOGHENBROECK (sous la direction de -), obs. sous Cass., 28 septembre 2006, in *Le droit international*, op. cit. pp. 410 et s.

Parmi les auteurs défendant une conception absolue de ce principe, voy. e.a. : K. ARAMBULO, *Strengthening the Supervision of the International Convention on Economic, Social and Cultural Rights. Theoretical and Procedural Aspects*, Anvers, Intersentia, 1999, p. 132 ; F. COOMANS et F. VAN HOOF (sous la direction de), *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights*, Utrecht, S.I.M., 1995, p. 8.

voir judiciaire les moyens nécessaires pour lui permettre d'assurer efficacement le service public de la justice⁸¹ ».

In casu, la responsabilité de l'Etat était engagée pour avoir omis de légiférer, ce qui pourrait tout aussi bien être mise en cause en raison de l'adoption d'une loi fondée en méconnaissance d'une règle de droit international ou européen des droits de l'homme ou encore d'une règle constitutionnelle imposant à l'Etat une obligation d'abstention. De ce point de vue également, la jurisprudence de la Cour de Cassation a été fondatrice en reconnaissant « que, sous réserve de l'existence d'une erreur inévitable ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité, l'autorité administrative commet une faute lorsqu'elle prend ou approuve un règlement qui méconnaît soit la disposition de droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, soit des règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée, de sorte qu'elle engage sa responsabilité civile si cette faute est cause d'un dommage⁸² ». Dix ans plus tard, dans un arrêt du 10 septembre 2010, la Cour confirmait que le même principe valait à l'égard de l'action du pouvoir législatif, considérant que « l'Etat peut, en règle, être tenu responsable d'une intervention ou d'une omission législative fautive⁸³ ».

Les arrêts mentionnés ouvrent une nouvelle voie pour garantir l'effectivité des droits sociaux fondamentaux, notwithstanding le manque d'effet direct des dispositions qui les consacrent. D'une part, l'arrêt de 28 juin 2006 implique notamment que – au moins en théorie – l'Etat engage sa responsabilité lorsqu'il s'abstient de prendre les mesures législatives nécessaires à la réalisation des droits fondamentaux sociaux, c'est-à-dire à l'exécution des obligations qui en découlent, et ce, quand bien même les dispositions qui les consacrent ne sont pas directement applicables. D'autre part, il est clair que l'obligation de *standstill* résultant de l'article 23 de la constitution, et comprise dans le sens d'une interdiction de principe de réduire sensiblement le niveau de protection offert par la législation applicable, est une règle constitutionnelle qui impose à l'Etat l'obligation d'abstention, dont la méconnaissance par le législateur peut engager la responsabilité de l'Etat suivant l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 2010.

24. Au-delà de l'hypothèse tranchée par l'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 2006 et de certaines exigences spécifiques découlant du droit européen ou international⁸⁴, il reste néanmoins difficile de tirer des enseignements généraux quant aux types d'actes ou d'omissions susceptibles d'engager la responsabilité du pouvoir législatif.

Compte tenu des données jurisprudentielles actuellement disponibles, on ne peut en tout cas penser que toute violation d'une règle internationale, européenne ou constitutionnelle n'est pas *ipso facto* constitutive d'une faute. A la différence de l'hypothèse dans laquelle le juge judiciaire est appelé à se prononcer sur une action en responsabilité fondée sur un excès de pouvoir déjà constaté par le Conseil d'Etat⁸⁵, l'arrêt du 10 septembre 2010 par la Cour de cassation enseigne notamment qu'« il ap-

partient au juge d'examiner si l'Etat a agi comme le ferait un législateur normalement prudent et diligent » et précise : « La décision prise par la Cour constitutionnelle dans le cadre d'une question préjudicielle, qu'une disposition légale est contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, n'implique pas encore qu'il est établi que le législateur a commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. La responsabilité du législateur pour avoir adopté une législation fautive requiert une appréciation propre du juge saisi de la demande de condamner l'Etat sur la base d'un acte illicite. Le simple renvoi à un arrêt de la Cour constitutionnelle qui a décelé lors d'une question préjudicielle une contrariété entre la loi et la constitution sur la base de l'état de droit au moment où elle a statué, ne suffit pas comme appréciation propre⁸⁶. »

L'arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 2015 ne dit pas autre chose. Jugé, en l'espèce, que, sauf à démontrer qu'il s'agit d'une « violation suffisamment caractérisée », des arrêts de la Cour de justice établissant la contrariété au principe de non-discrimination garanti par le TCE de la législation belge imposant aux étudiants ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne le paiement d'un droit complémentaire d'inscription ne suffisent pas, à eux seuls, à établir la faute du législateur. La Cour de cassation rappelle plus précisément, d'une part, que « sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de la responsabilité, le législateur commet une faute lorsqu'il prend une réglementation qui méconnaît une norme de droit communautaire lui imposant de s'abstenir d'agir de manière déterminée, de sorte qu'il engage sa responsabilité civile si cette faute est cause d'un dommage », et, d'autre part, que « les droits d'inscription litigieux ont été déclarés contraires au traité par la Cour de justice ». Ensuite de quoi, la Cour de cassation valide le raisonnement suivi par la Cour d'appel de Bruxelles : « Tant l'article 1382 du Code civil que la jurisprudence européenne commandent de vérifier si (le pouvoir législatif) a commis une faute (...) en méconnaissant une obligation de résultat qui lui imposait le Traité sans pouvoir exciper d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification⁸⁷. »

Une illégalité n'est donc pas nécessairement constitutive d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Encore faut-il, pour ce faire, que la règle hiérarchique supérieure impose au législateur de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée. A défaut, le juge doit vérifier que le législateur n'a pas commis une erreur de conduite dont ne se serait pas rendu coupable un législateur normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances.

Il ressort de ce qui précède que, tout en étant désormais envisageable sur le plan des principes – comme l'établit la Cour de cassation, l'éventuelle marge d'appréciation conférée à l'Etat par un droit fondamental considéré ne fait pas en soi obstacle à l'établissement d'une faute –, l'engagement de la responsabilité du législateur en matière de droits sociaux reste tout sauf une évidence. Néanmoins, on pourrait notamment tenter de l'engager en présence d'une violation avérée de l'obligation de *standstill* déduite d'un droit social considéré. Compte tenu de la jurisprudence précitée de la Cour de cassation, le juge judiciaire ne pourrait dans ce cas se contenter de se référer à un arrêt de la Cour constitutionnelle concluant à la violation de l'obligation de *standstill* pour établir la faute du pouvoir législatif. Il devrait encore établir qu'en ne respectant pas l'obligation de *standstill*, le législateur a commis une faute, soit en contrevenant à une règle internationale, européenne ou constitutionnelle imposant un comportement déterminé au moment où la contravention est survenue, soit en n'agissant pas comme un législateur normalement prudent et diligent. A supposer la responsabilité du pouvoir législatif établie sur cette base, l'effectivité des droits sociaux en sortirait évidem-

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Cass., 14 janvier 2000, RG n° C.98.0477.F, *Pas.*, 2000, n° 33, p.102. Comp : Cass., 13 mai 1982, RG n° 6434, *Pas.*, 1981-1982, p. 1056, avec les conclusions de l'Avocat général J. VEU ; Cass., 21 décembre 2007, RG n° C.06.0457.F, *Pas.*, 2007, n° 661, p. 2491.

Conclusion

25. En 1994, au lendemain de la consécration constitutionnelle des droits économiques, sociaux et culturels, Paul MARTENS écrivait : « C'est le propre des valeurs essentielles de n'atteindre l'âge juridiquement adulte que par étapes successives : elles ne peuvent d'abord sortir du marécage des grands sentiments, puis elles accèdent à la consécration rhétorique pour advenir ensuite à la consécration normative et s'accomplir dans l'effectivité juridique. Toutes nos grandes libertés ont connu, parfois pendant des siècles, ce cheminement progressif. Les droits économiques et sociaux ont franchi les deux premières étapes et, depuis peu la troisième. Ils hésitent encore au seuil de la troisième⁸⁸. »

Vingt ans plus tard, dans la période d'austérité que l'on connaît, l'éminent magistrat émérite de la Cour constitutionnelle constate, non sans le déplorer, que « la dignité humaine (...) se trouve aujourd'hui confrontée à d'autres normativités qui prétendent à la suprématie, qu'il s'agisse d'exigences économiques ou de contraintes budgétaires. Elle doit s'accommoder d'un essoufflement de la solidarité, qui ne fait pas bon ménage avec les critères de convergence ou les règles de stabilité ». Et Paul MARTENS de poursuivre : « Quelle que soit la pression de l'économisme triomphant, nous n'aurons probablement pas le cynisme d'abroger explicitement l'article 23 (...), on conservera probablement la rhétorique de l'Etat social, préférant procéder sournoisement à sa délégitimation rampante. »⁸⁹

26. L'issue de plusieurs recours actuellement pendants devant les juridictions suprêmes sera à cet égard décisive. La Cour constitutionnelle sera amenée à se prononcer, dans les mois qui viennent, sur le respect de l'obligation de standstill par différentes mesures d'austérité adoptées sous la présente législature, en particulier le fait d'index et le report de l'âge de la retraite dans le cadre de la réforme des pensions⁹⁰. De son côté, le Conseil d'Etat est saisi d'un recours en annulation à l'encontre d'un arrêté du Gouvernement wallon du 11 juin 2015, qui, d'après les requérants, procède à une régression sociale en modifiant les modalités de remboursement de certaines aides matérielles par l'Agence wallonne pour l'intégration des personnes handicapées (AWIPH), rebaptisée Agence pour une vie de qualité (AViQ).

Peut-on espérer le prononcé de décisions s'inscrivant dans la droite ligne de l'arrêt *Cléon Angelo* rendu par le Conseil d'Etat le 23 septembre 2011 et de l'arrêt n° 131/2015 de la Cour constitutionnelle, sur lesquels on ouvrirait cette étude ?

Quelle que soit, à la limite, l'issue de ces recours, on est en tout cas en droit d'attendre qu'ils aboutissent à des décisions qui, sur le plan de la motivation et à l'instar des arrêts précités, puissent emporter la conviction. 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 matière⁹¹. Le propos vaut du reste aussi bien pour des arrêts consacrant des avancées sur le plan de la justice sociale – parfois seulement parce qu'ils s'opposent à un démantèlement de la protection existante – que pour ceux qui valident des restrictions parce qu'elles sont proportionnelles à l'objectif d'intérêt général poursuivi. S'il est une obligation qui pèse sur l'Etat, c'est celle de jouer le jeu du droit, sous peine de tourner le dos à l'Etat de droit. Aux pouvoirs législatif et exécutif d'à tout le moins justifier la nécessité des régressions sociales opérées ; aux organes de contrôle d'offrir l'assurance d'un ultime contrôle de conformité de ces éventuelles régressions au regard des droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique belge⁹².

8 P. MARTENS, « Les communes et les droits économiques et sociaux », *Rev. dr. com.*, 1996, p. 219.

9 P. MARTENS, « Les droits sociaux sont-ils constitutionnalisables ? », *Le droit du travail au XXI^e siècle. Liber amicorum Claude Wantiez*, sous la coordination et la présentation de Ph. GOSSERIES et M. MORSA, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 271.

10 Les juges de la Place royale ont par contre d'ores et déjà tranché, le 28 avril 2016, les recours en annulation introduits – entre autres – à l'encontre de la loi du 18 juillet 2013 portant assentiment au traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance, dont, en particulier, les articles 3, 5 et 7 limitent fortement la marge de manœuvre des Etats parties dans le choix de leurs politiques publiques par l'objectif d'équilibre ou de léger déficit budgétaire qu'ils leur imposent ; on voit bien l'enjeu pour les droits sociaux dont la mise en œuvre – c'est presque un truisme – requiert d'importants moyens budgétaires. Nul enseignement de principe ne peut cependant être tiré de l'arrêt n° 62/2016 dans la mesure où, rejetant les recours pour défaut d'intérêt à agir, il n'aborde pas les moyens. Pour autant, la Cour constitutionnelle, au détour d'un considérant superfétatoire, ne s'abandonne pas à l'abandon budgétaire en termes de réduction des dépenses publiques.

91 Cf. en ce sens I. HACHEZ, « Le Comité européen... », *op. cit.*, spéc. p. 277.

92 Le contrôle de conformité des mesures d'austérité nationales aux droits sociaux exercé par les juridictions internes apparaît d'autant plus déterminant que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît en la matière une large marge d'appréciation aux Etats (cf. e.a. Cour eur. D.H., req. n°s 57665/12 et 57657/12, décision du 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, évoqué *supra*). Comme le rappelait encore récemment le juge strasbourgeois L.-A. Sicilianos, ce n'est qu'« avec parcimonie et dans des cas vraiment exceptionnels que la Cour intervient dans le processus de choix des priorités et des mesures économiques d'envergure » (« La Cour européenne des droits de l'homme face à l'Europe en crise », *R.T.D.H.*, 2016, n° 105, p. 12). Sans doute en raison de l'absence de l'exigence d'épuisement préalable des voies de recours internes, le Comité européen des droits sociaux se montre, quant à lui, plus audacieux dans le cadre du contrôle qu'il exerce suite aux réclamations collectives introduites devant lui. Si en dépit de leur caractère juridiquement non contraignant, les décisions qu'il rend sont généralement suivies d'effets, l'expérience récente rappelle cependant que tel n'est pas toujours le cas. Dans une étude motivée par ce constat, le vice-Président du Comité européen des droits sociaux déplorait