

LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES EN MATIÈRE DE SÉCURITÉ SOCIALE : L'ÉROSION PROGRESSIVE DE LA COMPÉTENCE FÉDÉRALE

PAR

MARC JOASSART*

ET

PIERRE JOASSART**

INTRODUCTION

La sécurité sociale est au cœur du fédéralisme. Élément symboliquement essentiel de la solidarité entre Belges, le droit de la sécurité sociale n'échappe cependant pas au mouvement centrifuge de fédéralisation (1).

Pour comprendre les raisons de ce mouvement, il n'est pas inutile de s'intéresser à la place réservée à la sécurité sociale au sein de la Constitution et de la loi spéciale de réformes institutionnelles (I). Cependant, pareils textes normatifs à portée générale sont dépourvus d'effectivité s'ils ne sont pas interprétés et mis en application par la jurisprudence. La compétence d'avis de la section de législation du Conseil d'Etat et le contrôle par la Cour d'arbitrage du respect par les différents législateurs des règles répartitrices de compétences ont permis, au fil des différends, de les faire vivre (II). Il est dès lors envisageable, à la lumière de ces éléments, de tenter une synthèse de ce que comprend aujourd'hui – et comprendra peut-être demain- la compétence fédérale en matière de sécurité sociale (III).

* Auditeur au Conseil d'Etat, Assistant à l'Université Catholique de Louvain.

** Avocat au Barreau de Bruxelles, Assistant à l'Université Catholique de Louvain.

(1) J. VELAERS, «Brussel en de hypothese van de defederalisering van de sociale zekerheid», in X., *Autonomie, solidariteit et coopération. Quelques enjeux du fédéralisme belge au 21^e siècle*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 267.

I. — APERÇU DES DISPOSITIONS NORMATIVES

1. — *La Constitution*

La Constitution ne traite pas de la place de la sécurité sociale au sein de la répartition des compétences (2).

La Constitution ne comporte qu'une seule référence à la sécurité sociale. Son article 23, inséré en 1994 (3) dans le Titre II intitulé «Des Belges et de leurs droits», énumère certains droits économiques, sociaux et culturels et cite «*le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique*». Cet article n'a pas, *a priori*, pour objectif d'opérer une répartition des compétences entre les différentes collectivités politiques. Il ne fait que proclamer certains droits fondamentaux que l'Etat, au sens large, doit garantir à ses citoyens. L'article 23 charge les différents législateurs, fédéral, décretsaux et ordonnanciers, d'assurer la mise en œuvre de ces droits. Cependant, cet article peut être source d'enseignement en matière de répartition des compétences. Il confirme en tout cas, si besoin en est, que la sécurité sociale et l'aide sociale sont des matières distinctes (4). Les travaux préparatoires de cette modification constitutionnelle peuvent éclairer sur les raisons de cette distinction entre «*le système de la sécurité sociale qui est basé sur l'assurance, le système de cotisations pour lequel on n'examine pas les revenus des gens avant que la prestation n'arrive et le système d'aide sociale, qui est basé sur l'enquête sur les ressources*» (5).

Pour le reste, la Constitution ne fait allusion à la compétence en matière de sécurité sociale que de manière indirecte, en référence à l'un de ses secteurs, celui des pensions. Le principe général est prévu à l'article 179 de la Constitution, qui dispose que «*aucune pension, aucune gratification à la charge du trésor public, ne peut être accordée que par une loi*». Ce principe est réaffirmé par d'autres dispositions, notamment en ce qui concerne les juges (6) et les militaires (7). L'article 127 prévoit que la compétence des

(2) S. VANSTEENKISTE, «La sécurité sociale flamande, belge et européenne – Aspects juridiques de l'assurance-dépendance, en droit belge et européen», *Rev. B. Séc. Soc.*, 2004, p. 49.

(3) Voy. R. ÉRGEZ (dir.), *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 8.

(4) X. DELGRANGE, «La Cour d'arbitrage momifie la compétence fédérale en matière de sécurité sociale», *Rev. B. Dr. Const.*, 2001, p. 239.

(5) Rapport fait au nom de la commission de la Révision de la constitution et des Réformes des institutions par M. ARTS et Mme NELIS, *Doc. Parl.*, Sén., sess. extr., 1991-1992, n° 100-2/4°, p. 100; cité par X. DELGRANGE, «Bruxelles et l'hypothèse de la défédéralisation de la sécurité sociale», in X., *Autonomie, solidarité et coopération. Quelques enjeux du fédéralisme belge au 21^e siècle*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 248.

(6) Const., art. 152, al. 1 : «Les juges sont nommés à vie. Ils sont mis à la retraite à un âge déterminé par la loi et bénéficient de la pension prévue par la loi.»

(7) Const., art. 186 : «Les militaires ne peuvent être privés de leurs grades, honneurs et pensions que de la manière déterminée par la loi». Voy. égal. Const., art. 179 et 181. S. VANSTEENKISTE, *op. cit.*, p. 49.

communautés en matière d'enseignement ne comprend pas «*le régime des pensions*» (8), ce dernier demeurant fédéral (9).

2. — *La loi spéciale de réformes institutionnelles*

La loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles désigne, quant à elle, le législateur compétent : «*l'autorité fédérale est en outre seule compétente pour (...) le droit du travail et la sécurité sociale*» (10). Cette disposition, introduite lors de la réforme institutionnelle de 1988, n'a jamais fait l'objet depuis lors de modification. Le législateur fédéral est par conséquent exclusivement compétent en matière de sécurité sociale.

Au regard du texte de la loi spéciale de réformes institutionnelles, la compétence fédérale en matière de sécurité sociale apparaît comme une exception à la compétence régionale en matière d'économie (11).

Le procédé consistant à faire apparaître une compétence fédérale comme une exception est fréquent dans la loi spéciale du 8 août 1980 qui a pour objectif de déterminer les compétences régionales et communautaires en vertu de la Constitution. Son but n'est donc pas d'énumérer les compétences de l'Etat fédéral qui jouit, tant que l'article 35 de la Constitution n'est pas en vigueur, des compétences résiduelles (12).

Le fait que la sécurité sociale se présente comme exception à la compétence régionale en matière d'économie n'implique pas qu'elle ne soit une restriction qu'à cette compétence. La Cour d'arbitrage a depuis longtemps affirmé que la compétence en matière de sécurité sociale pouvait opérer une restriction à d'autres compétences, qu'elles soient régionales ou communautaires (13). Il est d'ailleurs intéressant de constater que la compétence de sécurité sociale n'entre généralement pas vraiment en conflit avec la compétence régionale en matière d'économie. Les conflits de compétences l'ont presque exclusivement confronté à la compétence régionale en matière de politique de l'emploi (14) ou à la compétence communautaire en matière d'aide sociale (15).

(8) Const., art. 127, §1^{er}, 2^o, c). L'Etat fédéral demeure également compétent pour les pensions de fonctionnaires régionaux et communautaires, en vertu de l'article 87, §3 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

(9) X. DELGRANGE, «Bruxelles et l'hypothèse de la défédéralisation de la sécurité sociale», *op. cit.*, p. 239.

(10) Loi spéc. du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, art. 6, §1^{er}, VI, al. 5, 12^o, inséré par la loi spéciale du 8 août 1988.

(11) Loi spéc. du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, art. 6, §1^{er}, VI.

(12) F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 588-590.

(13) Voy. C.A., 14 novembre 1991, n^o 32/91.

(14) Loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, art. 6, §1^{er}, IX.

(15) Loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, art. 5, §1^{er}, II.

A l'instar de la Constitution, la loi spéciale de réformes institutionnelles fait encore référence à certains secteurs de la sécurité sociale. Ainsi, «l'assurance maladie-invalidité» constitue une exception à la politique de dispensation de soins, inscrite dans la compétence communautaire en matière de politique de santé (16). Les «règles» et le «financement des allocations aux handicapés» (17) ainsi que «la fixation du montant minimum, des conditions d'octroi et du financement du revenu légalement garanti aux personnes âgées» (18) constituent des exceptions à la compétence communautaire en matière d'aide aux personnes. Le procédé n'est pas élégant (19), mais favorise la sécurité juridique : *in claris non fit interpretatio*.

II. — EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA COUR D'ARBITRAGE

Aucune définition n'est donc apportée aux termes «sécurité sociale» dans la loi spéciale de réformes institutionnelles. Cela n'aurait pas été problématique si le droit de la sécurité sociale, lui, avait fourni une définition claire de son objet. Or, deux définitions sont envisageables. Il s'agit, d'une part, d'une définition théorique, qui est celle de la doctrine (20) et, d'autre part, d'une définition empirique, qui est celle du législateur (21). Face à cette tension entre deux définitions, la jurisprudence a été mise à contribution. Le Conseil d'Etat, section de législation, et la Cour d'arbitrage ont eu la responsabilité, dans le cadre de leurs compétences respectives d'avis et d'annulation, de déterminer cette compétence de «sécurité sociale».

(16) Loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, art. 5, §1^{er}, I, 1^o, c).

(17) Loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, art. 5, §1^{er}, II, 4^o, a).

(18) Loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, art. 5, §1^{er}, II, 5^o *in fine*.

(19) En distinguant de la sorte, dans une même loi, la «sécurité sociale» et «l'assurance maladie-invalidité», on pourrait penser que le législateur spécial a voulu créer deux compétences distinctes (le législateur devant logiquement ne pas parler pour ne rien dire, en vertu du principe de présomption de rationalité du législateur). Cette interprétation aboutirait évidemment à un résultat absurde, étant donné que l'assurance-maladie constitue un des piliers essentiels de la sécurité sociale depuis sa création. La Cour d'arbitrage a toujours considéré que la présence de ces exceptions aux matières communautaires ne les excluait pas de la compétence de «sécurité sociale» de l'article 6, §1^{er}, VI, al. 5, 12^o, voy. C.A., 3 oct. 2001, n° 115/2001, B.4.2.

(20) P. DENIS, *Droit de la sécurité sociale*, Bruxelles, Larcier, 1993, p. 38. L'auteur apporte la définition suivante : «un système de sécurité sociale serait celui qui, au moyen d'une certaine redistribution financière, garanti à tout ou partie de la population : a) des revenus de remplacement, lorsque l'incapacité de travail ou le chômage empêchent l'acquisition des revenus normalement tirés de l'exercice d'une activité professionnelle; b) des revenus de complément, lorsque le niveau de vie se trouve compromis par l'existence de certains charges (soins de santé, charges de famille). Le droit de la sécurité sociale serait ainsi l'ensemble des normes visant à l'organisation de pareil système.» L'emploi du conditionnel démontre le caractère incertain de cette définition.

(21) Voy. la définition de la sécurité sociale donnée par l'article 2, 1^o, de la loi du 11 avril 1995 visant à instituer une Charte de l'assuré social, *M.B.*, 6 septembre 1995.

Le système fédéral belge, relativement jeune, n'a pas connu beaucoup de conflits entre la sécurité sociale fédérale et d'autres compétences des entités fédérées : une dizaine de cas tout au plus. Ces conflits ont principalement émergé dans deux domaines (22). La sécurité sociale est entrée en conflit, dans un premier temps, avec la compétence régionale en matière de politique de l'emploi vers le milieu des années 90. Les conflits de compétences les plus importants eurent cependant lieu, de la fin des années 90 à aujourd'hui, à l'encontre de la matière communautaire de l'aide sociale.

1. — *La sécurité sociale face à la politique régionale de l'emploi*

La tension entre sécurité sociale et politique régionale de l'emploi se révèle à l'occasion de la création, par l'Etat fédéral, des agences locales pour l'emploi (23).

D'après la loi, *«l'agence locale pour l'emploi est, en collaboration avec l'Office national de l'emploi, compétente pour l'organisation et le contrôle d'activités non rencontrées par les circuits de travail réguliers»*. Ces agences organisent donc des formes de remise au travail de *«chômeurs complets indemnités de longue durée»* ou de *«chômeurs complets inscrits comme demandeurs d'emploi bénéficiant du minimum de moyens d'existence»* (24).

Or, les régions sont exclusivement compétentes en matière de politique de l'emploi, en ce compris le placement des travailleurs et les programmes de remise au travail des chômeurs (25). La question s'est donc posée de savoir si les fonctions de ces A.L.E. ne relevaient pas de cette compétence ou, à tout le moins, en compliquaient excessivement l'exercice.

Le Conseil d'Etat, invité à remettre un avis dans les trois jours sur l'avant-projet de loi, a considéré que, le texte en projet ne déterminant pas à suffisance les missions de ces agences ainsi que les destinataires de leurs activités, il lui était impossible de vérifier si la disposition n'empiétait pas sur l'une des matières confiées aux régions en matière de politique de l'emploi (article 6, §1^{er}, IX, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles) ou si elle ne devait pas faire l'objet de la concertation

(22) Il y eut bien évidemment d'autres conflits de compétences, mais qui sont restés marginaux et qui n'ont jamais amené à l'annulation ou l'invalidation d'une disposition. Voy. par ex. en matière de pécule de vacances du personnel scientifique : C.A., 11 décembre 2002, n° 184/2002; en matière de pension des travailleurs de la RTBF : C.A., 22 décembre 1993, n° 88/1993, etc...

(23) Loi du 30 mars 1994 portant des dispositions sociales, *M.B.*, 31 mars 1994, art. 73.

(24) *Idem*, art. 73, 2°.

(25) Art. 6, §1^{er}, IX, 1° et 2° de la loi spéciale du 8 août 1980 : *«En ce qui concerne la politique de l'emploi :*

1° le placement des travailleurs;

2° les programmes de remise au travail des chômeurs complets indemnités ou des personnes assimilées, à l'exclusion des programmes de remise au travail dans les administrations et services de l'autorité fédérale ou placés sous sa tutelle. (...)».

associant les Gouvernements régionaux et l'autorité fédérale, requise dans le cas d'initiatives concernant les programmes de remise au travail des chômeurs (article 6, §3bis, 1^o, de la même loi) (26).

La Cour d'arbitrage, saisie de la question par un recours en annulation introduit, entre autres, par l'Office régional bruxellois de l'emploi, va considérer que l'Etat fédéral est bien compétent pour instituer ces agences locales pour l'emploi (27).

La Cour rappelle que la législation en matière de chômage fait partie de la compétence en matière de sécurité sociale. La création de pareils organismes est donc de compétence fédérale (B.8.3). En outre, il s'agit d'une compétence en matière de sécurité sociale et non en matière de placement ou de remise au travail de chômeurs pour deux raisons : le législateur «instaure une mesure d'accompagnement en faveur de certaines catégories de chômeurs» et «l'ensemble du système se déroule en dehors des circuits ordinaires du travail» (B.8.4).

Ayant constaté la compétence fédérale, la Cour évalue encore si l'exercice de cette compétence ne porte pas atteinte de manière disproportionnée à la compétence régionale. Elle estime que tel n'est pas le cas, pour trois raisons. D'une part, comme l'attestent les travaux préparatoires, les activités visées «ne sont pas satisfaites par le secteur privé et (...) ne sont pas en concurrence avec ce dernier» (28). Elles ne s'adressent, en outre, «qu'à ceux qu'un chômage de longue durée menace de ne plus pouvoir bénéficier à terme des allocations de chômage et aux chômeurs complets inscrits comme demandeurs d'emploi bénéficiant du minimum de moyens d'existence» et elles ne sont, enfin, qu'«accessoires» (B.8.6 al. 1). En conséquence, il n'y a pas d'atteinte disproportionnée puisque «de telles mesures n'empêchent nullement que ces personnes restent disponibles pour les programmes de remise au travail organisés par les régions» (B.8.6 al. 2).

Il semble donc que la Cour attire l'attention, autant dans l'analyse de la compétence que celle de la proportionnalité, sur le fait que cette mesure ne vise qu'une catégorie déterminée de chômeurs : ceux qui risquent de perdre, à bref délai, leurs droits aux allocations de chômage s'ils ne travaillent pas. La mesure n'a donc pas un objectif général, mais vise à permettre à certains chômeurs de maintenir leurs droits aux prestations de chômage en les mettant au travail le temps nécessaire. Cette optique permet de mieux comprendre le lien existant entre les prestations de sécurité sociale et la mise au travail de certains chômeurs.

(26) Avis L. 22.975/1/2/8 du 16 décembre 1993 un avant-projet de loi «portant des dispositions sociales», *Doc. Parl.*, Sén., sess. 1993-1994, n° 980/1.

(27) C.A., 12 juillet 1995, n° 58/95.

(28) *Doc. Parl.*, Sén., 1993-1994, n° 980-1, p. 13.

Dans le même sens, selon la section de législation du Conseil d'Etat, il est au pouvoir des régions d'élaborer des programmes visant à prévoir de nouveaux emplois accessibles aux chômeurs et aux autres demandeurs d'emploi. Il s'agit, en d'autres termes, de projets élaborés ou subventionnés par les pouvoirs publics, projets qui, précisément en raison de cette association des pouvoirs publics, doivent être axés sur des «activités d'intérêt général ou social». L'autorité fédérale, en revanche, demeure compétente pour promouvoir l'emploi par des mesures qui rendent attrayant pour les employeurs l'engagement de personnel supplémentaire, notamment certaines catégories de chômeurs. Dans le premier cas, l'accent est mis sur la création d'emplois, dans le second, il est mis sur la création de circonstances favorables pour l'emploi, en prenant des mesures spécifiques dans le domaine de la sécurité sociale (entre autres une réduction des cotisations patronales) (29).

Se fondant sur ce critère, la section de législation du Conseil d'Etat considère que l'autorité fédérale est compétente pour la création d'un régime qui favorise la mise au travail d'un chômeur par l'octroi, notamment, d'une allocation qui vient réduire le coût salarial pour l'employeur et permet une *«utilisation plus active des allocations de chômage»* (30).

Pour la section de législation, l'autorité fédérale utilise des moyens en rapport avec sa compétence en matière de sécurité sociale, dans la mesure où l'objectif n'est pas de créer des postes de travail spécifiques, mais d'encourager l'engagement de certaines catégories de demandeurs d'emploi avec lesquels il faut conclure un contrat de travail ordinaire (31).

Pourtant, dans l'arrêt n° 14/2001 du 14 février 2001 (32), la Cour d'arbitrage va admettre la création par l'autorité fédérale d'un contrat de travail spécifique pour les agences locales pour l'emploi. Après avoir analysé les différentes caractéristiques de ce contrat de travail, la Cour considère que *«nonobstant le cadre contractuel – spécifique – mis en place par la loi du 7 avril 1999, le régime des agences locales pour l'emploi demeure une mesure d'accompagnement en faveur de certaines catégories de chômeurs, plutôt qu'un «placement» ou une «remise au travail», car l'ensemble du système se déroule en dehors des circuits ordinaires du travail, étant donné notamment la définition restrictive du type d'activités concernées, le nombre d'heures autorisées et le mode de rémunération de ces activités. Les dispositions entreprises doi-*

(29) Avis L. 26.727/1/V du 29 juillet 1997 sur un projet d'arrêté royal «d'exécution de l'article 7, §1^{er}, alinéa 3, m, de l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs relatif à la réinsertion professionnelle des chômeurs de longue durée».

(30) Avis L. 26.729/1/V du 29 juillet 1997 sur un projet d'arrêté royal «modifiant l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage».

(31) Avis L. 26.727/1/V du 29 juillet 1997 sur un projet d'arrêté royal «d'exécution de l'article 7, §1^{er}, alinéa 3, m, de l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs relatif à la réinsertion professionnelle des chômeurs de longue durée».

(32) C.A., 14 février 2001, n° 14/2001.

vent donc être considérées comme une réglementation en matière de chômage» (B.7.3.). La Cour reprend, ensuite, un raisonnement analogue à celui développé par l'arrêt n° 58/95 en ce qui concerne la proportionnalité (B.8.2).

Par contre, un régime qui ne se limiterait pas à organiser des activités conservant, pour des chômeurs indemnisés ou des personnes y assimilées, le caractère d'une activité complémentaire, qui prévoirait également la prise d'initiatives, la mise en oeuvre d'activités et l'organisation de services afférents à des besoins qui ne seraient actuellement pas rencontrés et qui ne seraient pas financés par l'Office national de l'emploi, mais par l'Etat fédéral lui-même, ne pourrait pas être considéré comme une réglementation en matière de chômage relevant de la compétence fédérale en matière de sécurité sociale (33).

2. — *La sécurité sociale face à la compétence communautaire en matière d'aide sociale*

La compétence en matière de sécurité sociale est également entrée en conflit avec l'aide sociale, relevant principalement des communautés.

L'aide sociale fait partie des matières personnalisables visées à l'article 128 de la Constitution. L'article 5, §1^{er}, II de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles procède à un inventaire à la Prévert (34) : il

(33) Avis L. 34.291/VR du 16 janvier 2003 sur une proposition de loi «abrogeant les articles 8 à 10 de l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 en vue de remplacer les agences locales pour l'emploi par des centres locaux de services», *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2002-2003, n° 858/2.

(34) «I. En matière d'aide aux personnes :

1° La politique familiale en ce compris toutes les formes d'aide et d'assistance aux familles et aux enfants.

2° La politique d'aide sociale, en ce compris les règles organiques relatives aux centres publics d'aide sociale, à l'exception :

a) de la fixation du montant minimum, des conditions d'octroi et du financement du revenu légalement garanti, conformément à la législation instituant le droit à un minimum de moyens d'existence;

b) des matières relatives aux centres publics d'aide sociale, réglées par les articles 1er et 2 et dans les chapitres IV, V et VII de la loi organique du 8 juillet 1976 relative aux centres publics d'aide sociale sans préjudice de la compétence des Communautés d'octroyer des droits supplémentaires ou complémentaires;

c) des matières relatives aux centres publics d'aide sociale réglées dans la loi du 2 avril 1965 relative à la prise en charge des secours accordés par les commissions d'assistance publique;

d) des règles relatives aux centres publics d'aide sociale des communes visées aux articles 6 et 7 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, (...)

3° La politique d'accueil et d'intégration des immigrés.

4° La politique des handicapés, en ce compris la formation, la reconversion et le recyclage professionnels des handicapés, à l'exception :

a) des règles et du financement des allocations aux handicapés en ce compris les dossiers individuels;

b) des règles relatives à l'intervention financière pour la mise au travail de travailleurs handicapés, octroyée aux employeurs occupant des handicapés.

5° La politique du troisième âge à l'exception de la fixation du montant minimum, des conditions d'octroi et du financement du revenu légalement garanti aux personnes âgées.

6° La protection de la jeunesse, en ce compris la protection sociale et la protection judiciaire, à l'exception :

énumère les différentes compétences inscrites dans cette matière personnalisable, tout en ménageant un grand nombre de réserves, relevant – majoritairement – de la compétence fédérale en matière de sécurité sociale (35).

La question de la compétence en matière d'aide sociale se pose à l'occasion des recours en annulation portés devant la Cour d'arbitrage du décret dit Suykerbuyk (36). Ce décret octroie une *«aide complémentaire aux personnes vivant dans une situation de précarité par suite de circonstances dues à la guerre, à la répression et à l'épuration»* (37).

Le Conseil d'Etat considère que la matière de l'aide aux personnes concerne les personnes qui, pour une raison ou une autre, se trouvent dans une situation leur donnant droit à une aide déterminée des pouvoirs publics. La situation donnant lieu à cette aide peut s'envisager sous deux angles.

Dans une première approche, le législateur spécial lui-même énumère des catégories de personnes qui lui paraissent susceptibles de bénéficier d'une aide particulière. Il s'agit de l'énumération faite par l'article 5, §1^{er}, II, 1^o, et 3^o à 7^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 qui vise les catégories suivantes : les familles et les enfants, les immigrés, les handicapés, le troisième âge, les jeunes et les détenus.

Dans une seconde approche, plus générale, il est uniquement tenu compte de la situation de besoin dans laquelle se trouve une personne, indépendamment de la raison pour laquelle elle se trouve dans cette situation. Il s'agit alors de «la politique d'aide sociale», visée à l'article 5, §1^{er}, II, 2^o, de la loi spéciale du 8 août 1980. Selon la section de législation, l'autorité peut moduler l'ampleur de l'aide en fonction de l'origine du besoin, mais elle ne peut réserver cette aide à une catégorie de personnes. S'agissant du décret Suykerbuyk, elle considère que la Communauté flamande ne peut se prévaloir ni de la première, ni de la seconde approche, puisqu'elle réserve cette

a) des règles du droit civil relatives au statut des mineurs et de la famille, telles qu'elles sont établies par le Code civil et les lois qui le complètent;

b) des règles de droit pénal érigeant en infraction les comportements qui contreviennent à la protection de la jeunesse et établissant des peines qui punissent ces manquements, en ce compris les dispositions qui ont trait aux poursuites, sans préjudice de l'article II;

c) de l'organisation des juridictions de la jeunesse, de leur compétence territoriale et de la procédure devant ces juridictions;

d) de la détermination des mesures qui peuvent être prises à l'égard des mineurs ayant commis un fait qualifié d'infraction;

e) de la déchéance de l'autorité parentale et de la tutelle sur les prestations familiales ou autres allocations sociales.

7^o L'aide sociale aux détenus, en vue de leur réinsertion sociale.»

(35) Voy. C.A., 3 octobre 2001, n^o 115/2001, B.4.2, en matière d'allocations aux personnes handicapées, exception fédérale à la compétence de politique des handicapés (art. 5, §1^{er}, II, 4^o, a).

(36) C.A., 14 octobre 1999, n^o 110/99.

(37) Décret de la Communauté flamande du 23 juin 1998 octroyant une aide complémentaire aux personnes vivant dans une situation de précarité par suite de circonstances dues à la guerre, à la répression et à l'épuration, M.B., 31 juillet 1998.

aide à une catégorie de personnes, «*les victimes de la guerre et les personnes frappées par la répression*», sans que cette catégorie ne soit expressément visée dans l'article 5, §1^{er}, II de la loi spéciale (38).

La Cour d'arbitrage va également dans cette voie. Elle adopte une même approche restrictive de la compétence communautaire en matière d'aide sociale. Elle fait également le départ entre «aide catégorielle» et «aide générale» (39). Cependant, l'aide générale ne doit pas nécessairement recouvrir uniquement les catégories de personnes visées par l'aide catégorielle, ou être indifférenciée : «*la politique dont il est question dans cette disposition vise spécifiquement à fournir une assistance aux personnes qui se trouvent dans le besoin. La nature et l'origine du besoin ne jouent en principe aucun rôle pour cet aspect de l'aide aux personnes. L'aide que les communautés peuvent prévoir en vertu de cette disposition n'est donc, contrairement à ce qui est soutenu dans plusieurs moyens, pas limitée aux diverses catégories de personnes mentionnées dans les autres subdivisions de l'article 5, §1^{er}, II, de la loi spéciale du 8 août 1980, ni à l'octroi d'une aide non différenciée*». La Cour n'exclut pas l'existence de catégories dans la compétence d'aide générale. Les communautés peuvent donc mener une politique «générale – catégorisée» (40).

La Cour d'arbitrage considère que le décret ne règle pas une matière communautaire, mais pas exactement pour la même raison que la section de législation du Conseil d'Etat. Selon la Cour d'arbitrage, il ne s'agit pas d'une aide «sectorielle» puisqu'elle ne vise pas spécifiquement une des catégories visées à l'article 5, §1^{er}, II, 1^o et 3^o à 7^o. Par contre, ce n'est pas la circonstance que le décret crée une catégorie non prévue par la loi spéciale qui est déterminante pour la Cour d'arbitrage, mais bien que, ce faisant, le décret règle une matière qui relève de la compétence résiduelle de l'Etat fédéral, à savoir les «*règles qui constituent le statut des victimes de la guerre*» et celles «*qui concernent la répression et l'épuration*».

En conséquence, elle annule le décret litigieux, mais cet arrêt ne précise pas clairement quelles sont les limites de la matière de l'aide sociale par rapport à la compétence fédérale en matière de sécurité sociale.

Le conflit de compétence le plus important entre la matière de l'aide sociale et celle de la sécurité sociale se produit à l'occasion du décret flamand portant organisation d'une assurance soins (également appelée «assurance dépendance») (41).

(38) Avis L. 25.285/8 du 12 novembre 1996 sur une proposition de décret «houdende vaststelling van de voorwaarden voor getroffen en van repressie en epuratie, en voor oorlogsslachtoffers om in aanmerking te komen voor een financiële tegemoetkoming», *Doc. parl.*, VI. R., sess. 1995-1996, n° 298/2.

(39) Voy. N. LAGASSE, Note sous C.A., 14 octobre 1999, n° 110/99, *J.T.*, 2000, pp. 663-666.

(40) N. LAGASSE, *op. cit.*, p. 666.

(41) Décret de la Communauté flamande du 30 mars 1999 portant organisation de l'assurance soins, *M.B.*, 28 mai 1999.

Constatant la lacune du législateur fédéral dans ce domaine, la Communauté flamande a créé un système d'assistance aux personnes âgées consistant en une *«aide dans la prise en charge des frais résultant de la dépendance, tels que la surveillance à domicile, l'aide ménagère, les transports, des équipements spécifiques, etc...»* (42). Il s'agit d'une prise en charge des coûts de prestations d'aide et de services non-médicaux, donc d'un risque social non couvert par les régimes «classiques» de sécurité sociale (43).

Le système est financé par des caisses d'assurance soins. Les personnes domiciliées dans la région linguistique néerlandaise doivent obligatoirement s'affilier à l'une de ces caisses, tandis que l'affiliation reste facultative pour les habitants de la région bilingue de Bruxelles-Capitale (44).

Ce décret est largement conspué. Ses adversaires invoquent, notamment, la violation de la compétence fédérale en matière de sécurité sociale (45). Le Conseil d'Etat rend cependant un avis favorable à cette initiative flamande (46). Il se fonde sur le financement de cette couverture sociale pour considérer qu'elle constitue une compétence en matière d'aide sociale plutôt que de sécurité sociale.

Dans un autre avis, la section de législation avait déjà indiqué, à propos de la compétence fédérale en matière de sécurité sociale, *«bien que cette exception ait été insérée à titre d'exception aux compétences des régions en matière économique, elle doit s'interpréter à la lumière de la volonté du législateur de préserver une union économique au sein de l'Etat belge, et elle s'applique également en ce qui concerne les autres compétences des communautés et régions»*. Elle ajoute : *«en ce qui concerne la définition de la notion de «sécurité sociale», on peut en toute hypothèse partir du principe que le législateur spécial a voulu que les allocations octroyées dans le cadre des secteurs de la sécurité sociale, qui existaient à l'époque de l'élaboration de l'article 6, §1^{er}, VI, dernier alinéa, de la loi spéciale du 8 août 1980, continuent à relever de la compétence du législateur fédéral. Les secteurs précités, qui s'adressent à des personnes prises individuellement qui appartiennent à un groupe professionnel déterminé, tel que les travailleurs et les indépendants, sont actuellement financés notamment par des cotisations versées par ces travailleurs ou ces indépendants, d'une part, et par les employeurs, d'autre part. Ce dernier élément explique d'ailleurs pourquoi les réserves faites en matière de compétence dans le domaine de la sécurité sociale ont été introduites à titre d'exception à la compétence des régions en matière économique : un système*

(42) X. DELGRANGE, «La Cour d'arbitrage momifie la compétence fédérale en matière de sécurité sociale», *Rev. B. Dr. Const.*, 2001, p. 216.

(43) S. VANSTEENKISTE, *op. cit.*, p. 38.

(44) S. VANSTEENKISTE, *op. cit.*, p. 42.

(45) Voy. La Libre Belgique, 28 déc. 2001, «Mieux vaut vieillir en Flandre qu'ailleurs», p. 1.

(46) Avis L. 28.583/3 du 17 décembre 1998 sur une proposition de décret «houdende de organisatie van zorgverzekering», *Doc. parl.*, VI. R., sess. 1998-1999, n° 1239/3.

qui repose sur les cotisations versées par les travailleurs et les employeurs et les cotisations versées par les indépendants a en effet une incidence sur le coût de production et, de ce fait, également sur le niveau des prix et porte dès lors atteinte à une union économique, fondement de la structure étatique belge» (47).

Il en résulte que, selon la section de législation, si le financement est assuré par les revenus du travail, il s'agit d'un système de sécurité sociale alors que dans le cas d'un autre mode de financement, il s'agit de l'aide sociale communautaire. Comme les cotisations ne sont pas liées aux revenus du travail, elle en conclut que la Communauté n'outrepasse pas ses compétences en créant l'assurance dépendance.

Saisie d'un recours, la Cour d'arbitrage va également délivrer un blanc-seing à la Communauté flamande (48). Sa motivation diverge cependant une nouvelle fois de celle de l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat.

La Cour considère, tout d'abord, que les compétences régionales et communautaires doivent s'interpréter de manière large (49) : « (...) la Constitution et le législateur spécial ont entendu confier aux communautés, au titre des matières personnalisables, toute la matière de l'aide aux personnes et que celle-ci comprend notamment l'aide et l'assistance aux familles (...) » (B.3.3.). Ce faisant, la Cour modifie sa jurisprudence «Suykerbuyk», dans laquelle l'aide sociale se limitait à deux formes (une générale fondée sur l'état de besoin, et une spéciale se rattachant à l'une des catégories de bénéficiaires énumérées).

Dans l'arrêt n° 33/2001, cette distinction n'existe plus : l'action de la communauté peut se déployer de manière générale dans tous les domaines de l'aide sociale, même en absence d'état de besoin dans le chef du bénéficiaire (B.3.4.). Le système de financement n'est pas non plus de nature à influencer la compétence : cela relève de l'autonomie de l'autorité agissant dans le cadre de ses compétences (B.3.5.).

La Cour analyse, ensuite, si ce décret n'empiète pas sur la compétence fédérale en matière de sécurité sociale. Il n'en est rien. Tout d'abord, la Cour estime que le fait que les mêmes personnes bénéficient en même temps de prestations d'aide sociale et de prestations de sécurité sociale ne constitue pas un excès de compétence.

La Cour va, en outre, adopter une attitude extrêmement restrictive de la compétence fédérale : *«devraient être considérées comme excédant la com-*

(47) Avis L. 29.847/1 du 9 mars 2000 sur une proposition de loi «instaurant le salaire-éducation», *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1999-2000, n° 426/2.

(48) C.A., 13 mars 2001, n° 33/2001.

(49) Voy. F. DELPÉRÉE et S. DEPRÉ, *Le système constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 289.

pétence d'une communauté les mesures par lesquelles elle prétendrait modifier une règle de sécurité sociale, la remplacer, y déroger ou l'abroger. Mais une communauté n'excède pas ses compétences si, dans l'exercice des compétences qui lui sont attribuées en matière d'aide aux personnes, elle accorde à certaines d'entre elles une aide particulière, distincte de celles qui sont accordées par le régime de sécurité sociale organisé par l'autorité fédérale, et sans toucher à une matière réservée à celle-ci» (B.3.9.3. al. 3) (50).

Un dernier arrêt de la Cour d'arbitrage a opposé la sécurité sociale fédérale à l'aide aux personnes communautaire (51).

Il s'agit, cette fois-ci, d'une initiative fédérale. Au sein de l'O.N.A.F.T.S., le législateur fédéral a mis sur pied un «*Fonds d'équipements et de services collectifs*», qui a pour objectif d'«*intervenir dans les frais d'accueil de chaque enfant bénéficiaire d'allocations familiales (...)*».

Depuis longtemps déjà, le Conseil d'Etat critiquait ce système. Selon la section de législation, dans la mesure où il s'agit d'aide aux familles de travailleurs salariés ouvrant droit à des allocations familiales, cette aide représente un avantage en nature pouvant être assimilé aux autres prestations familiales prévues par la législation relative aux allocations familiales et qui, en tant que telle, fait partie du régime de la sécurité sociale. S'il s'agit toutefois d'une aide accordée à d'autres familles que les familles de travailleurs salariés susmentionnées, cette aide ne peut plus s'inscrire dans le cadre du régime de la sécurité sociale et constitue une matière personnalisable, compétence exclusive des communautés (52).

Examinant l'extension progressive des missions du Fonds, la section de législation considère qu'il est devenu un instrument de financement durable, ne pouvant en aucun cas s'inscrire dans les limites strictes de l'octroi d'un avantage en nature à assimiler à une prestation familiale, fourni à des familles de travailleurs salariés attributaires d'allocations familiales. Au fil du temps, les activités du Fonds, initialement centrées sur l'accueil des enfants, se sont d'ailleurs étendues à d'autres formes de services, telles que l'aide aux familles et l'aide aux personnes âgées.

Par conséquent, il est clair, pour la section de législation, que le système de financement du Fonds doit être considéré comme un régime de subventions ou une aide financière accordée, au titre des équipements collectifs, à des organismes et des initiatives concernant, notamment, l'accueil des

(50) Cette jurisprudence est confirmée dans l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 51/2006 du 19 avril 2006. Cependant, dans cet arrêt se pose également la question de la compétence «rationae personae» des communautés en matière d'aide sociale et des discriminations qui risquent d'y être liées. Il illustre fort bien la difficulté qu'il y a à refuser de considérer le mécanisme de l'assurance-soins comme relevant de la sécurité sociale en droit belge alors qu'il est susceptible d'être qualifié comme tel en droit européen (ce qui fait justement l'objet de la première question préjudicielle)...

(51) C.A., 16 juin 2004, n° 104/2004.

(52) Voy. X. DELGRANGE, *op. cit.*, pp. 223-224.

enfants, censé relever des communautés et non de l'autorité fédérale, conformément à l'article 5, §1^{er}, II, 1^o, précité de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Cette constatation est encore plus pertinente si l'on tient également compte de ce que les activités du Fonds n'ont de toute façon pas pour objet principal d'accorder des prestations individualisables fournies à des bénéficiaires bien déterminés, ce qui est le propre de la sécurité sociale. Dès lors, tant les missions du Fonds, telles qu'elles ont été étendues progressivement, que l'objet du système de financement – équipements collectifs au lieu de prestations individualisables –, ne permettent plus d'invoquer la compétence fédérale en matière de sécurité sociale. Que ce système se fonde sur une cotisation assimilée à une cotisation de sécurité sociale et que le Fonds ait été institué à l'Office national d'allocations familiales pour travailleurs salariés n'y change rien (53).

Un recours en annulation à l'encontre de la dernière modification apportée au système par la loi programme du 24 décembre 2002 est introduit par le gouvernement flamand. Ce dernier considère en effet qu'il s'agit d'une «forme d'aide et d'assistance aux familles et aux enfants, matière qui est attribuée exclusivement aux communautés» (A.1.) (54).

La technicité de cet arrêt est proportionnel à son importance. La lecture en est difficile, essentiellement pour deux raisons. D'une part, la Cour isole les parties de la norme attaquée, pour en analyser la conformité une après l'autre (55). D'autre part, la Cour fait usage de la technique de l'interprétation conciliante (56).

La Cour n'annule pas la disposition, mais pose des balises, que le législateur fédéral devra respecter s'il ne veut pas enfreindre les règles répartitrices de compétences.

(53) Avis L. 29.844/1 du 2 mars 2000 sur une proposition de loi «complétant les lois relatives aux allocations familiales pour travailleurs salariés, coordonnées par l'arrêté royal du 19 décembre 1939, en vue d'une répartition équitable des moyens du Fonds d'équipements et de services collectifs entre les communautés», *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1999-2000, n° 409/2. Dans le même sens, les avis L. 30.109/1 du 11 mai 2000 sur un projet d'arrêté ministériel «déterminant les modalités d'organisation de la procédure de conciliation prévue par l'arrêté royal du 19 août 1997 fixant les modalités selon lesquelles le Fonds d'équipements et de services collectifs affecte le produit des cotisations perçues, à l'octroi de subventions à des projets d'accueil d'enfants âgés de 2,5 à 12 ans et à certains projets d'accueil d'enfants âgés de 0 à 3 ans «et L. 34.328/1/2/3/4 des 31 octobre 2002 et 4 novembre 2002 sur un avant-projet de «loi-programme», *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2002-2003, n° 2124/1.

(54) C.A., 16 juin 2004, n° 104/2004, A.1.

(55) Par ex. B.5, al. 3 : «Le législateur fédéral était donc compétent pour adopter la première phrase de l'alinéa 1^{er}, du paragraphe 1^{er}, jusqu'aux mots «en vertu des présentes lois» (dans la version française) ...».

(56) B.7.1 : «Le paragraphe de l'article 107 est compatible avec les règles répartitrices de compétences à condition que les termes «par ou en vertu d'une loi», utilisés à la première phrase, soient interprétés comme permettant d'alimenter le Fonds à l'aide de revenus provenant des cotisations de sécurité sociale ou de recettes assimilées à ces cotisations». Voy. J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, «La guerre des juges aura-t-elle lieu ? A propos des arrêts sur questions préjudicielles de la Cour d'arbitrage», *J.T.*, 2000, p. 297.

Dans un premier temps, la Cour constate que les travaux préparatoires font allusion au régime d'allocations familiales comme une des branches de la sécurité sociale (B.4.5). Il s'ensuit que le législateur fédéral est compétent pour créer un Fonds au sein de l'O.N.A.F.T.S.

Encore faut-il que les missions confiées au Fonds soient également respectueuses de la répartition des compétences : « *La Cour doit encore examiner si la mission confiée au Fonds, telle qu'elle est décrite dans la loi, relève de la compétence de l'autorité fédérale* » (B.6).

Cela sera le cas, pour la Cour, si l'autorité fédérale respecte trois conditions. Premièrement, le Fonds doit être alimenté par des « *cotisations de sécurité sociale ou des recettes assimilées à ces cotisations* ». Il ne s'agit donc pas pour l'Etat fédéral d'alimenter ce Fonds par la voie de subsides. Ensuite, le Fonds ne peut réduire ses prestations que pour l'avenir : la mauvaise santé financière ne peut le porter à réclamer le remboursement de sommes versées pour les années précédentes. Enfin, cette aide doit être considérée comme « *un complément d'allocations familiales (...) payé en faveur des attributaires d'allocations familiales pour travailleurs salariés* » (B.8.3). Ces versements doivent donc être individualisables, et ne peuvent être destinés qu'à profiter aux attributaires d'allocations familiales pour travailleurs salariés.

A condition de respecter ces conditions, le législateur exerce bien sa compétence en matière de sécurité sociale.

III. — TENTATIVE DE SYNTHÈSE : VERS UNE DÉFINITION DE LA COMPÉTENCE FÉDÉRALE DE « SÉCURITÉ SOCIALE »

Opérer la synthèse de ces différentes approches n'est pas sans difficultés. Les avis et arrêts des juridictions concernées n'ont pas permis de faire toute la clarté sur le contenu de la compétence fédérale en matière de sécurité sociale. Nous assistons aux tribulations d'une jurisprudence qui se cherche.

Des éléments convergents apparaissent cependant. Ils sont, à notre estime, au nombre de deux. Pour faire partie de la sécurité sociale réservée au législateur fédéral, une intervention étatique doit se rattacher à l'un des secteurs de la sécurité sociale. Elle semble, pour le surplus, être liée, dans certains cas, au paiement de cotisations sociales et à l'individualisation des bénéficiaires.

1. — *Le rattachement à un secteur de la sécurité sociale*

L'existence d'un lien entre l'activité en question et un secteur de la sécurité sociale a été réclamée de nombreuses fois, tant par le Conseil d'Etat que par la Cour d'arbitrage. Les agences A.L.E. sont bien de compétence fédérale parce qu'elles ont pour objectif d'éviter que certains sans-emplois perdent le bénéfice des allocations de chômage (57). L'assurance soins n'en fait pas partie, parce qu'elle ne se rattache à aucun de ces secteurs (58). Le Fonds d'équipement et de services collectifs est intégré dans l'O.N.A.F.T.S. et se rattache, de ce fait, à l'un des secteurs de la sécurité sociale fédérale, celui des allocations familiales (59).

La justification de cette exigence de rattachement vient d'un recours à ce que le législateur entend par «sécurité sociale» lorsqu'il réserve cette compétence à l'autorité fédérale. Il semble que, d'après la Cour d'arbitrage, il n'a pu penser qu'à la sécurité sociale telle qu'elle était connue en 1988, lors de l'insertion de la réserve de compétence fédérale en matière de sécurité sociale dans la loi du 8 août 1980 par le biais de la loi spéciale du 8 août 1988.

Cette approche «minimaliste» doit se comprendre à la lumière du principe d'interprétation restrictive des exceptions qu'utilise la Cour d'arbitrage pour circonscrire les compétences fédérales énumérées dans la loi du 8 août 1980.

Que faut-il dès lors entendre par secteur de la sécurité sociale? Une approche générale est possible. Il s'agit essentiellement des suivants : assurance-chômage, assurance maladie-invalidité, accident du travail, maladies professionnelles, allocations familiales, pensions de retraite et de survie et allocations pour personnes handicapées (60).

Cette interprétation restrictive de l'exception fédérale de sécurité sociale pose cependant question quant à la détermination précise des éléments constitutifs de ses branches traditionnelles. La doctrine a tenté de circonscrire ce que constituait la sécurité sociale dans l'esprit du législateur de 1988 en se référant aux définitions législatives (61). Le procédé est problématique, puisque aucune définition législative n'est réellement concomitante à la loi spéciale du 8 août 1988. Il est par conséquent nécessaire de puiser ces définitions dans des législations «de la même époque», s'échelonnant dans la décennie entourant cette date. Ainsi, la Cour d'arbitrage (62)

(57) C.A., 12 juillet 1995, n° 58/95; C.A., 14 février 2001, n° 14/2001.

(58) C.A., 13 mars 2001, n° 33/2001.

(59) C.A., 16 juin 2004, n° 104/2004.

(60) Voy. P. DENIS, *op. cit.*, p. 38.

(61) S. VANSTEENKISTE, *op. cit.*, p. 54.

(62) C.A., 3 octobre 2001, n° 115/2001.

fait elle-même référence à la définition législative inscrite dans la loi du 11 avril 1995 visant à instituer la Charte de l'assuré social (63). Evidemment, cette référence à une loi ordinaire ne peut qu'éclairer ce que le législateur spécial peut entendre par «sécurité sociale», sans constituer une liste certaine. Cela est d'autant plus vrai qu'il s'agit d'une loi postérieure à la loi spéciale du 8 août 1988 (64). Il n'empêche que la référence à cette loi constitue une des tentatives tendant le plus à l'exhaustivité. S'y référer ne semble donc pas interdit.

Cette approche minimaliste peut prêter le flanc à la critique. Cette description du dépassement des compétences tend à considérer que la sécurité sociale est un concept «figé», tel qu'il existait dans l'esprit du législateur spécial en 1988. Cela aurait pour conséquence que la prise en charge de nouveaux risques sociaux n'appartiendrait plus à la compétence en matière de sécurité sociale, mais à celle, communautaire, de l'aide sociale (65). La compétence de «sécurité sociale» est donc «momifiée», figée dans l'état qu'elle connaissait en 1988. Pour X. DELGRANGE, au contraire, il faut interpréter la notion de «sécurité sociale» de façon large et évolutive. L'argument tient à ce que la sécurité sociale constitue un élément de l'union économique et de l'unité monétaire du pays. Or, la sauvegarde de l'union économique et l'unité monétaire est un principe général qui doit se comprendre de manière évolutive et large (66).

En quoi la sécurité sociale ferait-elle partie de la sauvegarde de l'union économique et de l'unité monétaire? La sécurité sociale étant financée par des cotisations prélevées à la source sur les revenus du travail, une scission entraînerait vraisemblablement des différences de pourcentage des cotisations. Cette différence mènerait vers une plus grande attractivité des régions aux taux les moins élevés et donc, à une concurrence sociale (67).

Cette conception n'est cependant pas le chemin actuellement emprunté par la Cour d'arbitrage. Se fondant sur le caractère d'exception de la sécurité sociale dans la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, elle l'interprète de manière restrictive, en l'absence d'autres indications claires dans les travaux préparatoires de la loi spéciale. Certes, il faut dire que cette absence de prise de position du législateur est certainement due aux divergences existant sur le contenu de la sécurité sociale fédérale de part et d'autre de la frontière linguistique. Il semble bien que le «flou artistique» sur la question ait été délibérément entretenu par le législateur

(63) Loi du 11 avril 1995 visant à instituer une Charte de l'assuré social, *M.B.*, 6 sept. 1995.

(64) Elles se réfèrent néanmoins en grande partie à la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés. S. VANSTEENKISTE, *op. cit.*, p. 55.

(65) X. DELGRANGE, *op. cit.*, p. 216.

(66) X. DELGRANGE, *op. cit.*, p. 216. L'auteur s'inspire en cela de certains avis de la section de législation du Conseil d'Etat.

(67) Il se peut également qu'à cotisations égales, les travailleurs préfèrent, bien évidemment, la communauté ou la région octroyant la plus grande protection sociale.

spécial, préférant laisser à la Cour d'arbitrage le soin de trancher les litiges de compétences qui n'auraient pas manqué de naître. Dans ces conditions, le juge constitutionnel a choisi de privilégier l'interprétation restrictive des exceptions.

Toutefois, il est possible de douter que la Cour d'arbitrage applique ce principe d'interprétation restrictive de façon automatique.

A l'examen de l'arrêt n° 33/2001, il apparaît que la Cour d'arbitrage ne fait aucune référence aux travaux préparatoires, contrairement à ce qu'elle avait largement fait dans son arrêt relatif au décret Suykerbuyk, et il n'est pas certain qu'elle cherche réellement à savoir quel était l'état de la sécurité sociale au moment de l'adoption de la loi spéciale du 8 août 1988.

Elle constate plutôt que, au moment où elle statue, la législation fédérale ne prévoit pas d'assurance-dépendance et que, par conséquent, le décret litigieux ne modifie ou ne remplace pas une règle existante de sécurité sociale. Ce faisant, la Cour d'arbitrage adopte une approche de la sécurité sociale plus empirique que théorique. Ce n'est pas au terme d'un raisonnement qui consisterait à définir positivement ce qu'il y a lieu d'entendre par «sécurité sociale» qu'elle statue, mais bien en constatant l'absence de règles fédérales existantes.

Il est permis de penser que la solution adoptée par la Cour n'aurait pas nécessairement été la même si le législateur fédéral avait adopté, avant la Communauté flamande, un régime similaire. Dans ce cas, si l'on suit le raisonnement de la Cour, la Communauté n'aurait plus pu le modifier, le remplacer ou y déroger sans porter atteinte à la compétence fédérale.

En effet, dans l'arrêt n° 33/2001, la Cour d'arbitrage ne dit rien à propos de l'étendue de la compétence de l'autorité fédérale pour modifier, remplacer ou abroger les règles de sécurité sociale, sinon qu'elle est seule compétente pour le faire. Cette compétence ne paraît donc pas complètement «momifiée» dès lors qu'elle est encore susceptible de bouger...

D'ailleurs, dans un même ordre d'idée, la section de législation a considéré que la compétence de l'autorité fédérale dans les matières relatives aux centres publics d'aide sociale, devenus centres publics d'action sociale, n'est pas «verrouillée» malgré la référence à certaines dispositions légales existantes. Selon elle, sauf si c'est prévu explicitement par une disposition ou à tout le moins par les travaux préparatoires de la loi spéciale, il ne peut être dérogé au principe selon lequel le législateur est investi, dans le domaine qui lui est attribué, du pouvoir de déterminer lui-même la teneur des règles de droit applicables et que, par conséquent, le législateur est en droit de modifier les «matières» qui lui sont attribuées et notamment de les complé-

ter par une réglementation qui fait l'objet d'une autre loi (68). Dans le cadre de cette compétence, l'autorité fédérale est compétente pour préciser, limiter ou même étendre l'ensemble des missions des CPAS, par exemple en leur attribuant une «*mission de guidance et d'aide sociale financière dans le cadre de la fourniture d'énergie aux personnes les plus démunies*» (69).

Dans le même sens, en vertu de sa compétence en matière de «*fixation du montant minimum, des conditions d'octroi et du financement du revenu légalement garanti, conformément à la législation instituant le droit à un minimum de moyens d'existence*», l'autorité fédérale peut remplacer la dénomination «*minimum de moyens d'existence*» par «*revenu d'intégration*», et elle peut en déterminer le montant ainsi que les modalités générales de son octroi et de son financement. Elle peut également prévoir que «*plutôt que de payer un revenu d'intégration à l'intéressé, le montant (ou une partie de celui-ci) du revenu d'intégration est utilisé pour rendre l'engagement de l'intéressé financièrement attractif aux yeux d'un employeur, ce qui revient à une utilisation plus active du revenu d'intégration*» et établir une réglementation concernant des projets individualisés d'intégration sociale (70). De plus, il appartient au législateur fédéral de déterminer lui-même la teneur des règles applicables et de déterminer le niveau des droits de base qu'il reconnaît dans le cadre de la législation relative aux CPAS (71). Dans la mesure où il s'agit de créer de nouveaux droits, la compétence fédérale ne peut toutefois concerner, dans ce cas, que des droits s'inscrivant dans le cadre du minimum requis pour pouvoir mener une vie conforme à la dignité humaine (72).

Si, comme on le voit, la compétence fédérale en matière de sécurité sociale n'est peut-être pas entièrement figée compte tenu de la possibilité de modifier les règles de sécurité sociale à l'avenir, la Cour d'arbitrage semble entériner dans ce domaine le «*droit du premier occupant*». Il lui suffit

(68) Avis L. 26.605/3 du 25 novembre 1997 sur une proposition de loi «*modifiant la loi du 7 août 1974 instituant le droit à un minimum de moyens d'existence, en vue d'accorder une allocation de logement aux bénéficiaires d'un revenu minimal*», *Doc. parl.* Sénat, sess. 1996-1997, n° 538/2.

(69) Avis L. 32.304/3 du 22 janvier 2002 sur un avant-projet de loi «*visant à confier aux centres publics d'aide sociale la mission de guidance et d'aide sociale financière dans le cadre de la fourniture d'énergie aux personnes les plus démunies*», *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 1664/1. Dans le même sens, C.A., 14 janvier 2004, n° 5/2004 qui juge que «*contester ces compétences au législateur fédéral reviendrait à lui dénier celle de faire les choix qui lui paraissent adéquats dans un matière qui lui est attribuée*» (B. 3.5).

(70) Avis L. 32.233/3 du 4 décembre 2001 sur un avant-projet de loi «*concernant le droit à l'intégration sociale*», *Doc. parl.* Chambre, sess. 2001-2002, n° 1603/1.

(71) Avis L. 26.605/3 du 25 novembre 1997 sur une proposition de loi «*modifiant la loi du 7 août 1974 instituant le droit à un minimum de moyens d'existence, en vue d'accorder une allocation de logement aux bénéficiaires d'un revenu minimal*», *Doc. parl.* Sénat, sess. 1996-1997, n° 538/2.

(72) Avis L. 38.648/3 du 7 juillet 2005 sur une proposition de loi «*de promotion de la participation sociale et de l'épanouissement culturel et sportif des usagers des services des centres publics d'action sociale*», *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2004-2005, n° 1849/2.

de constater qu'il n'existe aucune règle fédérale au sujet de l'assurance-dépendance pour conclure à la compétence de la Communauté flamande. La sécurité sociale serait ce que le législateur fédéral dit qu'elle est et, tant qu'il n'a pas couvert un besoin particulier, les communautés peuvent le faire au titre de l'aide sociale «générale».

Cette interprétation de l'arrêt concernant l'assurance soins flamande peut sembler étonnante, presque fantaisiste. L'impression que le «droit du premier occupant» est admis en matière de sécurité sociale est pourtant accentuée par l'avis de l'assemblée générale de la section de législation du 20 avril 2004 qui énonce que : *«rien n'indique que le constituant ou le législateur spécial auraient voulu porter atteinte au principe de l'exclusivité en ce qui concerne les matières «sécurité sociale» et «aide aux personnes», ni que la Cour d'arbitrage se serait éloignée de ce principe dans ses arrêts n^{os} 33/2001 et 8/2003. On peut dès lors en conclure que le législateur fédéral n'est pas habilité à instaurer une assurance qui, en ce qui concerne ses bénéficiaires et les prestations qu'elle garantit, coïncide dans une large mesure avec l'assurance soins réglée par le décret du 30 mars 1999, comme c'est le cas en l'espèce»* (73).

Certes, ce raisonnement se drape dans le principe d'exclusivité des compétences, principe fondamental de notre système de répartition des compétences et antithèse parfaite du principe du «premier occupant». Pourtant, ce raisonnement, sous des apparences d'exclusivité des compétences, cèle *de facto* un principe du «premier occupant». Selon cet avis, ce n'est pas au terme d'un raisonnement permettant de définir ce qu'il y a lieu d'entendre par «sécurité sociale» que le législateur fédéral serait incompétent, mais bien par ce que la matière a déjà été réglée par la Communauté flamande, sans que ce décret soit annulé par la Cour d'arbitrage. Dès lors que le terrain est déjà occupé par au moins une communauté, *«il ne peut se déduire du fait que le système proposé est formellement inscrit dans le régime de la sécurité sociale, plus précisément dans l'assurance soins de santé et indemnités, ni du fait qu'il est financé au moins partiellement par des cotisations à charge de groupes professionnels et de leurs employeurs éventuels, que les deux propositions de loi soumises pour avis relèvent de quelque point de vue que ce soit de la compétence du législateur fédéral»*. Ce qui nous paraît consacrer le «droit du premier occupant».

On notera d'ailleurs que cet avis rendu en assemblée générale s'écarte sensiblement de l'avis L. 31.584/1 du 28 juin 2001 sur une proposition de

(73) Avis L. 36.847/AG et 36.848/AG du 20 avril 2004 sur une proposition de loi «modifiant la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, en vue d'assurer la prise en charge des soins spéciaux liés à la perte d'autonomie» (36 847/AG) et une proposition de loi «visant à introduire dans la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnée le 14 juillet 1994 une assurance autonomie» (36 848/AG), *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2003-2004, n° 38/2.

loi «*visant à introduire dans la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnée le 14 juillet 1994 une assurance autonomie*», qui est pourtant également postérieur à l'arrêt n° 33/2001 de la Cour d'arbitrage (74).

Dans cet avis, la section de législation adoptait une position théorique pour définir les «caractéristiques d'un régime de sécurité sociale», alors que dans l'avis plus récent rendu par l'assemblée générale, il suffit de constater empiriquement que la matière a été réglée par un décret de la Communauté flamande et que ce décret n'a pas été annulé par la Cour d'arbitrage pour conclure qu'il ne s'agit pas de sécurité sociale, quel que soit le système proposé...

2. — Cotisations et individualisation

Une seconde direction semble être également prise par la Cour d'arbitrage. Suite à l'arrêt concernant le F.E.S.C. (75), il semble que la Cour considère le système «classique» de sécurité sociale comme basé sur un financement par cotisations, et ne pouvant bénéficier qu'aux cotisants (et à leurs ayants droit). Ce ne serait cependant, précisons-le d'emblée, qu'une règle souple, applicable au «cas par cas».

Dans son arrêt (76), concernant la loi du 11 avril 1995 visant à instituer une Charte de l'assuré social, la Cour souligne que «*la réglementation relative aux allocations aux handicapés constitue un régime spécial d'aide social. Contrairement au régime traditionnel de sécurité sociale, lequel comporte le paiement de cotisations, il est entièrement financé par les ressources générales de l'Etat et tend à procurer un revenu fixé par la loi à ceux qui ne disposent pas à suffisance d'autres moyens de subsistance*» (77) (nous soulignons).

(74) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2000-2001, n° 1023/2. Dans cet avis, la section de législation avait considéré que : «il ne suffit toutefois pas d'inscrire formellement un régime dans une loi relative à la sécurité sociale pour que ce régime puisse également être considéré effectivement comme faisant partie de la sécurité sociale. Il est requis que le régime concerné présente intrinsèquement les caractéristiques d'un régime de sécurité sociale.

A cet égard, force est de relever qu'un nouveau système d'allocations peut uniquement être considéré comme un régime de sécurité sociale lorsqu'il s'agit d'allocations qui sont accordées à des personnes appartenant ou ayant appartenu à un groupe professionnel déterminé ou à leurs ayants droit et, corrélativement, qui sont cofinancées par les cotisations des personnes appartenant au groupe professionnel concerné et celles de leurs employeurs éventuels. (...)

Dans le régime proposé, le financement de l'assurance autonomie s'opère dans le cadre de la gestion globale de la sécurité sociale (...).

En outre, il n'existe aucun lien entre la qualité d'allocataire et les prestations professionnelles (...).

Force est dès lors de conclure que, dès lors que des éléments essentiels d'un régime de sécurité sociale font défaut, la proposition de loi soumise pour avis peut difficilement s'intégrer dans la compétence fédérale en matière de sécurité sociale (...).

(75) C.A., 16 juin 2004, n° 104/2004.

(76) C.A., 3 octobre 2001, n° 115/2001.

(77) B.4.2.

Ce considérant illustre à lui seul le paradoxe : le régime «traditionnel» de sécurité social est basé sur le financement par cotisations, mais cela ne signifie pas que cette condition soit nécessaire pour relever de la compétence fédérale.

Pourtant, dans son arrêt concernant le Fonds d'équipements et de services collectifs, la Cour réclame très clairement que le financement du Fonds passe par la voie de cotisations sociales : pour respecter la répartition des compétences, il faut *«alimenter le Fonds à l'aide de revenus provenant des cotisations de sécurité sociale ou de recettes assimilées à ces cotisations»* (78).

Cette exigence récurrente pose question. Tout d'abord, le régime de sécurité sociale doit-il être uniquement financé par les cotisations de sécurité sociale? La réponse est assurément négative : l'Etat peut évidemment intervenir par la voie du budget général. Ce financement est donc permis. Peut-il aller jusqu'à couvrir l'ensemble des besoins, à l'exclusion du prélèvement de cotisations? La réponse permettant d'allier l'enseignement des deux arrêts revient à dire, à notre sens, que cela dépend de l'organisation traditionnelle de la branche de sécurité sociale.

Lorsque la branche de sécurité sociale concernée connaît, traditionnellement, un financement par voie de cotisations sociales, il ne semble pas que l'Etat fédéral puisse y préférer un financement relevant entièrement des voies générales. Le cas du FESC l'illustre. Les allocations familiales ont été, traditionnellement, financées par voie de cotisations. Le financement étatique du FESC reviendrait à subsidier indirectement certaines institutions à vocations familiales, relevant de la compétence communautaire en matière de «politique familiale».

La branche des allocations aux personnes handicapées n'a pas, quant à elle, été financée traditionnellement par des cotisations sociales. Cette absence de cotisations ne l'exclut cependant pas de la «sécurité sociale fédérale» (79).

Il semble donc que l'exigence du mode de financement par voie de cotisations n'existe que dans les secteurs de la sécurité sociale qui sont «traditionnellement» financés de la sorte. L'analyse doit se faire par conséquent au cas par cas, pour vérifier si l'intervention législative est en phase avec l'exercice traditionnel de la compétence.

(78) «Le paragraphe 4 de l'article 107 est compatible avec les règles répartitrices de compétences à condition que les termes «par ou en vertu d'une loi», utilisés à la première phrase, soient interprétés comme permettant d'alimenter le Fonds à l'aide de revenus provenant de cotisations de sécurité sociale ou de recettes assimilées à ces cotisations» (B.7.1).

(79) Les allocations d'aide aux personnes handicapées constituent une réserve fédérale en matière d'aide sociale. La Cour d'arbitrage ne s'arrête cependant pas là, mais considère qu'elle relève néanmoins de la sécurité sociale fédérale : *«C'est d'ailleurs en tant que réglementation relevant de la sécurité sociale que cette matière est demeurée de la compétence fédérale en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, dernier alinéa, 12^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles»* (C.A., 3 octobre 2001, n° 115/2001, B.4.2. *in fine*).

Dans le cas où le financement se fait par voie de cotisations, ces cotisations doivent profiter aux personnes qui cotisent ainsi qu'à leurs bénéficiaires. Cependant, une fois de plus, ce constat tiré de l'arrêt n° 104/2004 (80) doit être tempéré. Cette exigence n'existe, nous semble-t-il, que pour les branches qui ne bénéficient qu'aux cotisants et à leurs bénéficiaires.

En conclusion, il nous apparaît que le législateur fédéral doit limiter son action en fonction de l'organisation et du fonctionnement «traditionnels» appliqués dans ce secteur de sécurité sociale.

Ce constat peut porter à critique. N'est-ce pas au législateur qu'il appartient de déterminer les moyens et les mécanismes permettant d'assurer une bonne protection sociale (81)? Cela ne relève-t-il pas de l'autonomie de la collectivité compétente? Cette jurisprudence est susceptible de constituer une sérieuse entorse à ce principe. Cependant, il est incontestable que les modifications apportées à la sécurité sociale risquent de porter atteinte à l'une des compétences communautaires en matière d'aide sociale. Comment distinguer dès lors la branche des allocations familiales fédérales de la «politique familiale» communautaire, si ce n'est en se référant aux critères traditionnels d'organisation (82)?

CONCLUSION

Le constat est embarrassant : arrivé à la fin de l'étude, il n'est possible que de dégager quelques rares «points de force», quelques rares inclinaisons destinées à nous faire comprendre le contenu de la compétence fédérale en matière de sécurité sociale.

Deux constats s'imposent, lorsqu'on prend du recul face à la question.

Premièrement, nous remarquons que l'évolution de la jurisprudence, cherchant quelquefois à tâtons ce qui pourrait fédérer les concepts, est au détriment de la compétence fédérale en matière de sécurité sociale. Les critères utilisés ne peuvent mener qu'à un *statu quo*, voire peut-être un rétrécissement de la compétence fédérale en matière de sécurité sociale. L'Etat fédéral ne peut pas développer de nouveaux secteurs de sécurité sociale.

(80) B.8.3 : «Si cette même notion de «services» est interprétée en ce sens qu'un complément d'allocations familiales est payé en faveur des attributaires d'allocations familiales pour travailleurs salariés, au titre d'intervention dans les frais d'accueil d'enfants qui sont bénéficiaires d'allocations familiales en vertu de la législation actuelle et qui sont confiés, aux conditions mentionnées dans la loi, à des structures d'accueil d'enfants pour lesquelles les communautés sont compétentes, l'intervention doit être considérée comme une prestation de sécurité sociale relevant de la compétence fédérale.»

(81) En matière de minimum de sécurité d'existence, la Cour d'arbitrage elle-même va dans ce sens, C.A., 14 janvier 2004, n° 5/2004; voy. égal. C.A., 13 mars 2001, n° 33/2001, B.3.5.

(82) Dans ce sens, l'avis L. 31.310/3 du 19 février 2001 sur une proposition de décret «houdende invoering van een algemene gezinsbijslageregeling», *Doc. parl.*, VI. R. sess. 2000-2001, n° 355/2.

Même son intervention dans les branches «classiques» doit répondre à certains critères. L'Etat fédéral risque de ne plus pouvoir contribuer à l'évolution, à la croissance de la protection sociale. Ce privilège est largement laissé aux communautés, qui le réaliseront – ou pas – en fonction des moyens financiers dont elles jouissent.

Cela ne signifie pas pour autant la fin de la sécurité sociale fédérale. Le lecteur attentif aura d'ailleurs remarqué que la Cour d'arbitrage n'a annulé qu'une seule et unique fois une mesure sociale (83). Tout se passe comme si elle refusait d'en arriver à pareilles extrémités. Les conséquences sont importantes. En théorie, un arrêt d'annulation, comportant un effet rétroactif, commanderait aux bénéficiaires de les rembourser. En pratique, bien évidemment, la Cour d'arbitrage modulerait les effets de son arrêt, pour que celui-ci n'ait d'effets que pour le futur. Il n'empêche, cela reviendrait à priver des allocataires sociaux des prestations de sécurité sociale dont ils bénéficiaient précédemment. Peu comprendraient que l'Etat-providence ne leur vienne plus en aide pour une subtile question de répartition des compétences (84).

Il est par conséquent louable que la Cour d'arbitrage fasse preuve d'une grande prudence lorsqu'il s'agit d'annuler des dispositions aux conséquences financières et sociales si importantes. Le recours de la technique de l'interprétation conciliante dans l'arrêt 104/2004 n'est probablement pas étranger à ce souci, puisque le mécanisme permet de ne pas porter atteinte à la disposition législative tout en invitant ses auteurs – et ses exécutants – à l'utiliser à bon escient.

Si la sécurité sociale fédérale n'est pas entièrement «momifiée», elle ne peut néanmoins plus évoluer qu'à la manière d'un arbre : les bourgeons ne peuvent apparaître que sur d'anciennes branches. En outre, pour employer la même métaphore, cet arbre doit être arrosé au moins partiellement par le biais de cotisations sociales et ses fruits ne peuvent en principe bénéficier qu'à ceux qui ont contribué à l'arroser ainsi qu'à leurs proches.

L'avenir nous dira si la fâche de cet arbre honorable, aujourd'hui à l'aube de son troisième âge, poursuivra son ascension ou si, au contraire, la sécurité sociale prendra, sous le sécateur attentif de la juridiction constitutionnelle, l'apparence d'un bonsaï... Il ne faudrait cependant pas perdre tout espoir : malgré leurs complexions chétives, ces miracles japonais sont quelquefois multiséculaires...

(83) C.A., 11 octobre 1999, n° 110/99; Cette singularité de l'arrêt annulant le décret dit Suykerbuyk se comprend certainement par le nombre restreint de bénéficiaires de cette aide ainsi que par le caractère «blâmable» des agissements des membres de la catégorie bénéficiaire.

(84) Voy. *Le Soir*, 9 juin 2005, «l'extrascolaire en sursis», p. 1.