

ments. This is reflected in the problem of unemployment, cutting down pensions, exploitation of workers, cutting down on social benefits etc.

The crisis is also an indirect threat to the rule of law. This is seen especially through: legal security (formally everyone is entitled to sue – but how can you do it without money for legal fees), equality before the law, unemployment, minimal social benefits, which are even lowered in times of crisis, the increase in the criminal rate. Also, it is not positive for the rule of law that funds for education are reduced and the absence of the independent media (especially as they are getting less funds in times of crisis as well).

Thus, we need to strive for intertwines of the rule of law and the welfare state in the future. Therefore, we need a welfare-rule of law state (*der soziale Rechtsstaat, l'Etat de Droit Social*). To also finish with *Radbruch*: the rule of law needs to be as “daily bread, like water to drink and the air to breath”. This should be valid also for a welfare state in the 21st century.

L'acquis social : quelle(s) protection(s) juridique(s) ?

Isabelle Hachez*

I. Introduction

1. Balises apéritives

« Dans la tourmente de la crise économique mondiale et alors que le fléau majeur de nombreux pays s'appelle la misère – que certains, avec les armes de l'analyse économique, re-pensent radicalement – l'Europe quant à elle tente comme elle peut de sauvegarder ses acquis sociaux »¹.

Existe-t-il un acquis social ? Telle est précisément la question que *Julia Iliopoulos-Strangas* m'a fait l'honneur de me confier et qui, compte tenu de son ampleur, appelle d'emblée quelques balises.

La première d'entre elles est fournie par le thème général du Congrès, qui limite le champ d'étude à l'Europe (« L'avenir de l'Etat de droit social en Europe »), ce qui n'empêche pas tout ou partie des Etats européens d'être liés par des traités à portée universelle, comme, par exemple, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

La deuxième balise réside dans le sens usuel de la notion d'acquis social, objet de la présente contribution. En contractant les différentes significations du terme « acquis » proposées par *Le Petit Robert de la langue française*², il s'agit des « avantages sociaux qui ont été acquis par l'individu, par opposition à ce qui lui est naturel ou lui a été transmis, et dont il peut disposer de manière définitive et sûre ». Si on se cantonne au sens commun de la notion, l'acquis social évoque par ailleurs le bénéfice d'une prestation sociale³.

De cette définition transparaît la philosophie sous-jacente aux droits de la deuxième génération : des droits reconnus à des groupes déterminés, et non des

* Professeur à l'Université Saint-Louis, Bruxelles.

Je remercie chaleureusement *Adelaïde Remiche*, doctorante à l'Université libre de Bruxelles, pour sa relecture attentive de ce texte et les fructueux échanges qui s'en sont suivis, ainsi que *Julia Iliopoulos-Strangas* pour les précisions qu'elle m'a suggéré d'apporter à mon texte concernant le droit grec.

1 Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Les paradoxes de la justice sociale », in : BURGORGUE-LARSEN (éd.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Paris, 2013, p. 189.

2 Edition 2006, p. 26.

3 Rien n'empêche cependant d'avoir également égard aux politiques sociales. Sur la distinction entre prestation matérielle publique et politique sociale, cf. notamment Laurence GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, 2007.

droits « présociaux », comme les droits civils de la première génération, dont les individus sont censés disposer avant même et abstraction faite de leur insertion dans la société et les groupes sociaux particuliers qui la composent. La définition de l'acquis social souligne également ce qu'intuitivement on aurait d'emblée mis en exergue : le caractère définitif, irréversible de la prérogative accordée.

La notion d'acquis social présuppose, en conséquence, que l'Etat soit d'ores et déjà intervenu en matière de droits sociaux : on ne peut prétendre conserver que ce qu'on a un jour reçu. Autrement dit, le débat se situe au niveau des obligations négatives – l'éventuelle interdiction pour l'Etat de diminuer les prestations sociales accordées –, et non au niveau des obligations positives appelant une prestation de l'Etat en vertu des droits sociaux consacrés par les traités internationaux ou le droit national⁴.

Troisième balise : encore faut-il préciser que cette thématique sera traitée dans une perspective strictement juridique : existe-il, en droit, des mécanismes de nature à faire obstacle à la remise en cause des acquis sociaux ? On renoue, sous un angle bien précis (celui des obligations négatives), avec la question de la justiciabilité des droits sociaux, étant entendu que celle-ci présente évidemment une acuité toute particulière en période de crise économique, l'essentiel étant alors de déterminer la place que le droit ménage à la prise en compte de l'argument budgétaire⁵. On relèvera d'emblée, à cet égard, la tension entre la reconnaissance formelle des droits sociaux, dont la mise en œuvre – c'est presque un truisme – requiert d'importants moyens budgétaires et le 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 imposent⁶.

4 Voy. en ce sens le cycle d'activités 2014 de la Ligue des droits de l'Homme belge sur l'accès aux droits économiques, sociaux et culturels, intitulé « Des droits qui craquent » (<http://www.liguedh.be/72430>). Voy. par ailleurs la critique de David LANDAU, selon qui « the status quo gives the poor relatively little to protect through negative enforcement » (« The Reality of Social Rights Enforcement », *Harvard International Law Journal*, 2012, vol. 53, p. 190 [p. 200]).

5 Pour une typologie des mesures d'austérité, cf. par exemple *Safeguarding Human Rights in Times of Economic Crisis*, Commissaire aux droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, Issue paper, novembre 2013, p. 15 et s. Voy. par ailleurs, de manière plus générale : Laurence BOY / Jean-Baptiste RACINE / Fabrice SIIRIÄINEN (éds.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, 2009 ; Manuel COURET BRANCO, *Economics Versus Human Rights*, Abingdon, 2009 ; Marie-Cécile ESCANDE VARNIOL / Sylvaine LAULOM / Emmanuelle MAZUYER / Pascale VIELLE (éds.), *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, Bruxelles, 2012.

6 Ce traité est entré en vigueur le 1.1.2013 à l'égard des Etats qui l'ont ratifié à cette date. En Belgique, un recours introduit à l'encontre de la loi du 18.7.2013 portant assentiment à ce traité, et publiée au Moniteur belge du 7.4.2014, est actuellement pendant devant la Cour constitutionnelle. Voy. parmi d'autres, à propos du contenu de ce traité : Alexandre DE STREEL / Judicaël ETIENNE, « Le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire », *J.D.E.*, 2012, p. 182 à 185.

A ce stade, la thématique traitée peut donc être reformulée en ces termes : existe-t-il, en droit international ou au sein des Etats parties au Conseil de l'Europe, voire de l'Union européenne, des mécanismes juridiques de nature à s'opposer à une remise en cause du niveau de protection social atteint ou, en tout cas, à certaines régressions affectant la jouissance des droits sociaux ?

2. Réserve préalable

Loin de reposer sur une étude systématique du droit international et surtout comparé, l'analyse évoquera l'une ou l'autre décision directement consultée, se contentant pour le surplus d'un renvoi prudent aux sources doctrinales qui les mobilisent⁷. On avoue en effet tout notre scepticisme par rapport au réemploi d'études de droit comparé, lorsqu'il ne s'accompagne pas d'un retour aux sources commentées, singulièrement dans des domaines comme celui-ci où une même qualification juridique recouvre des réalités diverses, faute pour celle-ci d'être communément reçue⁸. Or, la justiciabilité des droits sociaux passe par une distinction précise et une manipulation rigoureuse des différents mécanismes à même de l'assurer ; peu importe, à la limite, la qualification qu'on leur confère, pour autant qu'on s'accorde, par convention, sur leur contenu.

7 Parmi les analyses de droit comparé disponibles en matière de droits sociaux, voy. notamment : ILIOPOULOS-STRANGAS (éd.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2000 ; GAY / MAZUYER / NAZET-ALLOUCHE (éds.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles, 2006 ; LANGFORD (éd.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2008 ; ILIOPOULOS-STRANGAS / ROUX (éds.), *Perspectives nationales et internationales des droits sociaux*, Bruxelles, 2008 ; Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, « Soziale Grundrechte in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Rechtsvergleich unter Berücksichtigung des Europäischen Rechts », in : ILIOPOULOS-STRANGAS (éd.), *Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon – Eine rechtsvergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen und des europäischen Rechts*, Athen, Baden-Baden, Brüssel, Wien, 2010, p. 699 à 1196 ; BURGORGUE-LARSEN (éd.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Paris, 2013 ; BURGORGUE-LARSEN (éd.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, 2014. En droit international et européen, voy. encore : VAN DER AUWERAERT / DE PELSMAEKER / SARKIN / VAN DE LANOTTE (éds.), *Social, Economic and Cultural Rights. An Appraisal of Current and International Developments*, Antwerpen, Apeldoorn, 2002 ; Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Etude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, 2012.

8 Ainsi, lorsque, en droit comparé, il est question de *standstill* (cf. infra), l'auteur qui en traite l'envisage-t-il dans une conception absolue ou relative ?

3. Fil conducteur

Sous cette réserve, je passerai successivement en revue les principales formes de justiciabilité susceptibles de conférer, à des degrés divers et par des biais complémentaires, une certaine protection juridique aux « acquis sociaux », en commençant par le principe de standstill qui m'a valu le bonheur de participer au présent Congrès et à la publication de ses actes (*Julia Iliopoulos-Strangas* ayant fait partie, en février 2007, de mon jury de thèse, laquelle était consacrée à ce principe⁹) (I). Seront ensuite abordés le noyau dur des droits fondamentaux (II), le principe d'égalité (III) et celui de la protection de la confiance légitime (IV).

II. Le principe de standstill (ou le principe de non-régression)

1. Relativité du principe

En Belgique, d'où je viens, certains ont cru un temps détenir, avec le principe de standstill, la baguette magique susceptible de faire obstacle à toutes les régressions. Littéralement, le terme « standstill » signifie en effet « reste tranquille » et accrédite, en ce sens, une lecture absolue du principe. Au lendemain de la consécration des droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution belge, en 1993¹⁰, c'est bien de consolidation des acquis dont il était question. Il s'agissait, grâce à ce fameux standstill, de « bétonner »¹¹, de « verrouiller »¹² ou

de « pétrifier »¹³ les acquis sociaux, de « cliquer les garanties législatives existantes »¹⁴. La reconnaissance constitutionnelle des droits sociaux devait avoir pour effet de « 'constitutionnaliser' les acquis sociaux contenus dans le droit dérivé »¹⁵.

Il m'a fallu une thèse de doctorat pour démontrer que cette conception absolue chargeait en réalité le principe de standstill d'attentes qu'il n'était pas à même de rencontrer. Loin d'être absolu, le principe est relatif : des régressions sont possibles pour autant qu'elles soient dûment justifiées et passent le cap d'un contrôle de proportionnalité¹⁶.

Comment pourrait-il en aller autrement dès lors que les obligations positives déduites des droits fondamentaux dont dérive l'obligation de standstill sont elles-mêmes relatives ? L'obligation de standstill est en effet inhérente à toute obligation positive, c'est-à-dire à toute obligation qui implique une intervention de la part de l'Etat, par opposition aux obligations négatives requérant son abstention. Il en résulte que le fondement des obligations positives – le caractère téléologique des droits de l'homme – constitue également celui de l'obligation de standstill : c'est parce que les droits de l'homme ne sont pas des droits théoriques et illusoire mais des droits concrets et effectifs qu'ils imposent l'adoption de mesures positives, et c'est parce que la réalisation de l'obligation postulée ne se réalise généralement pas d'un seul coup qu'ils interdisent corrélativement de diminuer le niveau de protection d'ores et déjà garanti¹⁷.

9 Isabelle HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2008.

10 Cf. l'article 23 de la Constitution belge qui, dans sa version actuelle, dispose : « Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. À cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice. Ces droits comprennent notamment :

1° le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, visant entre autres à assurer un niveau d'emploi aussi stable et élevé que possible, le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables, ainsi que le droit d'information, de consultation et de négociation collective;

2° le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique;

3° le droit à un logement décent;

4° le droit à la protection d'un environnement sain;

5° le droit à l'épanouissement culturel et social ;

6° le droit aux prestations familiales ».

11 Expression du professeur BLANPAIN, citée par Paul MARTENS, « L'insertion des droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1995, p. 3 (8).

12 Expression du professeur ORIANNE, citée par Paul MARTENS, *ibidem*, p. 3 (8).

13 Nicolas BERNARD, *Repenser le droit au logement en fonction des plus démunis. Un essai d'évaluation législative*, Bruxelles, 2006, p. 208.

14 Marc VERDUSSEN / Annick NOËL, « Les droits fondamentaux et la réforme constitutionnelle de 1993 », *Administration publique*, 1994, p. 127 (132, note 41).

15 Koen LENAERTS / Patrick VAN YPERSELE / Joël VAN YPERSELE, « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Belgique », in : ILIOPOULOS-STRANGAS (éd.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2000, p. 202. Adde, à propos de la ratification par la Belgique du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, l'avis 12.677/2 de la section de législation du Conseil d'Etat belge du 1.12.1976 sur un avant-projet devenu la loi du 15.5.1981 portant approbation du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, *Doc. parl.*, Ch., 1977-1978, n° 188-1, p. 29. Voy. par ailleurs, en droit comparé, les propos rapportés par Pierre BON, « Les droits sociaux fondamentaux en Espagne : le régime », in : GAY / MAZUYER / NAZET-ALLOUCHE (éds.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles, 2006, p. 135 (146 et 147, et les références citées).

16 Isabelle HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2008, spéc. n° 335 et s.

17 Sur le lien entre obligation positive et obligation de standstill, cf. Isabelle HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2008, n° 204 et s. Voy. également Léon-Eli TROCLET, « Dynamisme et contrôle de l'application de la Charte », in : *La Charte sociale européenne. Dix années d'application*, Colloque organisé les 14 et 15 octobre 1976, Bruxelles, 1978, p. 39 (« la quasi-totalité des 72 paragraphes (de la Charte sociale de 1961) implique directement ou indirectement des améliorations continues, mais aussi le 'maintien' de droits ac-

Le Comité onusien des droits économiques, sociaux et culturels a du reste d'emblée mis en exergue la relativité du principe, qui, dès 1990, enseigne que « toute mesure délibérément régressive (...) doit impérativement être examinée avec le plus grand soin, et pleinement justifiée par référence à la totalité des droits sur lesquels porte le Pacte, et ce en faisant usage de toutes les ressources disponibles »¹⁸. Il n'a donc jamais été question, dans le chef du Comité, d'interdire toute régression et de garantir, ce faisant, une sorte de droit au statu quo.

Si la jurisprudence belge a, pour sa part, mis plus de temps à percevoir la marge de manœuvre laissée par l'obligation de standstill, elle s'est aujourd'hui départie de la conception absolue qui prévalait au moment de l'adoption de l'article 23 de la Constitution. L'obligation de standstill est désormais définie de la manière suivante par les juridictions suprêmes belges : « l'obligation de standstill (...) fait obstacle à ce que le législateur compétent réduise de manière sensible le niveau de protection qu'offre la législation applicable sans qu'existent pour ce faire des motifs liés à l'intérêt général »¹⁹.

quis dans le cadre de ce qu'on dénomme communément le 'progrès social' ») ; *Safeguarding Human Rights in Times of Economic Crisis*, Commissaire aux droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, Issue paper, novembre 2013, p. 30 et 31. En ce sens, le fondement conféré aux droits de l'homme, et, par voie de conséquence, à l'obligation de standstill, impose nécessairement de souscrire à la thèse du « point mobile » de l'obligation de standstill, par opposition à la thèse du « point fixe » (cf. à cet égard, Isabelle HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2008, n° 317 et s. ; Xavier DELGRANGE / Isabelle HACHEZ, « Qui n'avance pas ... », obs. sous C.C., n° 53/2013, *Administration publique*, 2013/3, p. 299 à 308).

18 Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, Observation générale n° 3 relative à la nature des obligations des Etats parties (article 2.1. du Pacte), adoptée à la cinquième session (14.12.1990) (doc. ONU E/1991/23), § 9. *Adde* les observations générales n° 19 du 4.2.2008 (droit à la sécurité sociale), §§ 42 et 64 ; n° 18 du 6.2.2006 (droit au travail), §§ 21 et 34 ; n° 14 du 11.8.2000 (droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint), §§ 32 et 48 ; n° 13 du 8.12.1999 (droit à l'éducation), § 45 ; n° 15 du 20.1.2003 (droit à l'eau), § 19. Voy. aussi la déclaration du Comité du 21.9.2007 relative à l'appréciation de l'obligation d'agir « au maximum de ses ressources disponibles » dans le contexte d'un Protocole facultatif au Pacte, spéc. § 10. En doctrine, cf. Malcolm LANGFORD / Jeff A. KING, "Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Past, Present and Future", in : LANGFORD (éd.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2008, p. 477 (502) ; David LANDAU, *op. cit.*, spéc. p. 190 (220, 232 et s.) ; Paula García PEDRAZA, *Crisis and Social Rights in Europe. Retrogressive Measures versus Protection Mechanisms*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2014, spéc. pp. 23 et 24 ; Ben SAUL / David KINLEY / Jacqueline MOWBRAY, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Commentary, Cases and Materials*, Oxford, 2014, spéc. p. 152, 215-216, 363, 639, 725-726. Sur la manière d'apprécier le progrès réalisé ou la régression opérée, voy. e.a. Sakiko FUKUDA-PARR, « How should MDG Implementation be measured : faster Progress or meeting Targets ? », *Working paper* n° 36, may 2010 ; Eitan FELNER, « A New Frontier in Economic and Social Rights Advocacy ? Turning Quantitative Data into a Tool for Human Rights Accountability », *International Journal on Human Rights*, 2008, n° 9, p. 109 à 154.

19 Voy. par exemple, en ce sens, un des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle rendu en la matière : C.C., n° 107/2014, 17.7.2014, B. 23.

Pour renouer avec notre question de départ, il existe donc un double motif de dénier au principe de standstill la vertu de protéger l'acquis social puisque, d'une part, une remise en cause non significative du niveau de protection jusqu'ores conféré au droit considéré est admise, et d'autre part, une remise en cause significative dudit niveau de protection est tolérée pour autant qu'elle ne soit pas disproportionnée.

On notera à cet égard qu'un des rares arrêts ayant conclu en droit belge à la violation de l'obligation de standstill ouvre la porte à la recevabilité de l'argument économique²⁰. On relèvera par ailleurs que dans les quelques cas où, en Belgique, un moyen pris de la violation de l'obligation de standstill a abouti, l'enjeu budgétaire apparaissait relativement limité²¹.

2. Fonctions du standstill relatif

Relatif, le standstill ne garantit pas, à strictement parler, la préservation de l'acquis social. Pour autant, il ne perd pas toute utilité. Il devrait avant tout s'agir d'une norme précieuse pour le législateur soucieux de contextualiser et d'évaluer le sens dans lequel s'inscrivent les politiques publiques qu'il adopte. Du point de vue des organes de contrôle, il permet de mesurer avec précision l'ampleur de l'éventuelle régression opérée par les pouvoirs législatifs et réglementaires, en forçant la comparaison entre la mesure litigieuse et le plus haut niveau de protection jadis atteint en lien avec le droit considéré, avant et aux fins d'en apprécier la proportionnalité²². Il conserve par ailleurs sa fonction procédurale qui est

20 « Considérant que la réduction du degré de protection déterminée par l'acte attaqué est significative ; qu'en effet, l'acte attaqué supprime la possibilité, pour la Commission communautaire française, d'accorder certaines interventions qui, en vertu de l'article 24, alinéa 1er, 2°, et de l'article 25, alinéa 1er, du décret du 4 mars 1999, doivent permettre la prise en charge du coût d'aides "nécessaires à l'intégration de la personne handicapée" et de couvrir des frais qui, en raison du handicap d'une personne, sont "indispensables à son intégration" ; qu'ainsi, des mesures qui, auparavant, apparaissaient "nécessaires" ou "indispensables, et non pas seulement utiles, à l'intégration des personnes handicapées cessent d'être qualifiées de telles, sans mesure compensatoire ; Considérant que le rapport aux membres du collège de la Commission communautaire française, publié au Moniteur belge du 18 juin 2008, en même temps que l'acte attaqué, est la seule pièce de la procédure à contenir une justification des dispositions litigieuses ; que la justification qui y est énoncée ne fait pas ressortir la volonté de la partie adverse de réduire le degré de protection de la personne handicapée pour un motif d'intérêt général, *tel qu'un impératif budgétaire particulier* » (C.E., n° 215.309, *Cléon Angelo et al.*, 23.9.2011 ; pour un commentaire succinct de cet arrêt : Isabelle HACHEZ, « Le principe de standstill : actualités et perspectives », *Revue critique de jurisprudence belge*, 2012, p. 6 [15 et 16]).

21 Voy., outre l'arrêt *Cléon Angelo* précité, C.E., *Jacobs*, n° 80.018, 29.4.1999 ; C.C., n° 137/2006, septembre 2006 ; C.C., n° 8/2011, 27.1.2011, cons. B.13.3.3.6.5.

22 Ce que semble ne pas avoir perçu David ROBITAILLE, lorsqu'il écrit que « l'encliquetage constitue (...) une requalification non nécessaire de l'obligation négative consistant pour

d'appeler l'autorité publique à au moins justifier le motif de la régression opérée²³, comme le met également en exergue l'extrait précité de l'observation générale n° 3²⁴. Enfin, même si pour l'heure ces propos demeurent cantonnés au plan des principes, l'obligation de standstill devrait présenter un intérêt pour ses bénéficiaires en termes de charge de la preuve²⁵.

L'Etat de ne pas porter atteinte de manière déraisonnable aux droits et libertés de la personne » (David ROBITAILLE, « Pour une théorie de la justiciabilité substantielle et processuelle des droits économiques et sociaux », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 94/2013, p. 221 [248]). L'une des fonctions de l'obligation de standstill est de permettre la détermination du niveau de protection à prendre en considération pour apprécier le maintien, ou non, d'un niveau de protection équivalent, et, dans la négative, mesurer l'ampleur de la régression opérée. De ce point de vue, l'obligation de standstill se distingue des autres obligations négatives, auxquelles elle ne peut être purement et simplement assimilée.

- 23 Si le juge constate que le législateur s'est livré à une appréciation du respect de l'obligation de standstill au cours du processus décisionnel, il devrait en principe faire preuve de retenue à l'égard des appréciations posées par celui dont il contrôle les actes. La meilleure position, voire le surcroît d'expertise dont jouit le législateur pour apprécier la manière d'exécuter ses obligations internationales et constitutionnelles, justifie en effet une déférence du juge à son égard. Si, par contre, les travaux préparatoires ne révèlent pas la prise en compte de l'obligation de standstill par le législateur, ou dévoilent une appréciation fondée sur une méthodologie incorrecte, le juge ne serait pas fondé à faire preuve de retenue à l'égard de l'appréciation posée par ce dernier.
- 24 La doctrine a, par la suite, repris cette idée (voy. notamment : Fons COOMANS, « "Identifying Violations of the Right to Education", in : *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, Utrecht, S.I.M., 1995, p. 125 (137) ; Matthew C.R. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : a Perspective on its Development*, Oxford, 1998, p. 132 ; Giorgio MALINVERNI, « Le projet de protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », in : GREWE / BENOÎT-ROHMER (éds.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, 2003, p. 110 ; Magdalena SEPULVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, 2003, spéc. p. 331). On retrouve une exigence similaire dans la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux (cf. e.a. Conclusions XIII-4 publiées le 1.1.1996, p. 152 et 153, citées par Lenia SAMUEL, *Droits sociaux fondamentaux. Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, Strasbourg, 2^{ème} édition, 2002, p. 308).
- 25 Qu'un doute subsiste quant à l'existence d'une atteinte matérielle à l'obligation de standstill et le risque de non-persuasion devrait peser sur le requérant qui sera débouté. Qu'au contraire, l'existence d'une atteinte matérielle soit constatée mais qu'une incertitude persiste quant à sa justification et le risque de non-persuasion devrait cette fois peser sur l'Etat : le juge devrait, dans ce cas, conclure à la violation de l'obligation de standstill. Dans l'hypothèse, cependant, où le législateur se serait acquitté de son obligation formelle en justifiant le recul opéré au cours du processus décisionnel, le juge serait fondé à reconnaître une marge d'appréciation à son profit, et l'on assisterait alors à un renversement de la charge de la preuve. Qu'il ait trait à l'existence d'une atteinte matérielle à l'obligation de standstill, ou à la justification de la régression opérée, le risque de non-persuasion pèserait, dans les deux cas, sur la partie requérante. Pour l'heure, force est cependant de reconnaître que ces propos demeurent cantonnés au niveau des principes. Si elle est régulièrement débattue dans les pays anglo-saxons, la question de la répartition de la charge de la preuve en matière de droits fondamentaux est, en effet, largement délaissée par les pays continentaux. Ramenées à l'obligation de standstill, les lignes qui précèdent sont un condensé des développements originaux consacrés à la question de la répartition de la charge de la preuve par Sébastien VAN DROOGHENBROECK in : *La proportionnalité dans le*

3. Effectivité du principe

A la faveur d'un ouvrage collectif sur l'obligation de standstill en matière d'environnement, le Professeur français Michel Prieur soulignait récemment que « c'est en Belgique que la jurisprudence a le plus clairement consacré la non-régression »²⁶. Il est vrai que le principe de standstill fait indiscutablement partie des sources du droit belge, étant entendu que son invocation doit nécessairement être couplée à celle du droit fondamental dont il est déduit²⁷. Nul doute, du reste, aux vues du dernier accord de gouvernement belge et des coupes qu'il envisage, que ce soit en matière de pensions ou de subsides accordés aux institutions biculturelles fédérales, que le principe de standstill reviendra à l'avant plan sous cette législature, en tout cas dans la bouche de l'opposition et des bénéficiaires des droits sociaux. De là à penser qu'il sera de nature à stopper une régression injustifiée ou disproportionnée, il y a un pas qu'on hésitera à franchir, tant certains juges semblent passer maîtres dans l'art de le contourner²⁸.

droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux, Bruxelles, 2001, p. 228 à 235.

- 26 Michel PRIEUR, « Le nouveau principe de 'non-régression' en droit de l'environnement », in : PRIEUR / SOZZO, *La non-régression en droit de l'environnement*, Bruxelles, 2012, p. 5 (38). On précise qu'en matière d'environnement, le Conseil d'Etat hellénique admet, pour sa part, une protection absolue de l'acquis social. En effet, dans son arrêt 10/1988 portant sur la constitutionnalité des dispositions de la 'Réglementation Générale de Construction' (Loi 1577/1985) et notamment sur la modification des réglementations de construction et des schémas directeurs urbains, le Conseil d'Etat a pour la première fois extrait des garanties de l'article 24 de la Constitution (droit à l'environnement) le concept d'« *acquis urbanistique* » ; cette jurisprudence, toujours en vigueur, interdit au législateur d'adopter des mesures qui détérioreraient l'environnement naturel et l'habitat, autorisant seulement des modifications qui l'améliorent. Par contre, dans les autres matières le Conseil d'Etat refuse en principe de considérer qu'un « *acquis social* » puisse uniquement être modifié dans le sens d'une amélioration et se prononce, en accord avec la doctrine prédominante, en faveur de la protection d'un acquis social relatif (sans qu'il soit aisé de déterminer, avec précision, jusqu'où et dans quelle mesure la comparaison avec le principe de standstill – lui aussi relatif – que nous connaissons en droit belge apparaît pertinente). Cf. Julia ILIOPOULOS-STRANGAS / Georges LEVENTIS « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce », in : ILIOPOULOS-STRANGAS (éd.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2000, p. 479.
- 27 Sur l'absence de normativité autonome du principe de standstill, cf. Isabelle HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2008, n° 471 et s.
- 28 Voy. e.a. C.C., n° 53/2013, précité (consécration de la thèse du point fixe – en lieu et place de celle du point mobile – à propos de l'obligation de standstill déduite de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) ; compar. avec C.E., *Ligue royale pour la protection des oiseaux*, n° 227.231, 29.4.2014. Voy. également C.C., n° 95/2014, 30.6.2014, spéc. B.6.2 et s. (la Cour y compare la norme litigieuse [loi du 19.1.2012] au niveau de protection consacré par la législation antérieure [loi du 30.12.2009, dont la constitutionnalité a été validée par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n° 135/2011 du 27.7.2011], sans avoir égard à celui, plus favorable aux demandeurs d'asile, jadis offert par la loi du 12.12.2007. Pour davantage de précisions à ce sujet, cf.

Quant à la question de savoir si, sous réserve des importantes nuances apportées, la Belgique est « à la pointe » en matière de standstill, elle suppose, pour conforter ce jugement, d'au préalable apprécier le degré de reconnaissance du principe en dehors de l'ordre juridique belge. On précise à cet égard qu'à supposer que le principe soit reconnu au sein d'autres ordres juridiques (le cas échéant sous une autre dénomination : effet cliquet, principe de non-régression²⁹, protection de l'acquis social ou de l'acquis urbanistique en Grèce³⁰, voire encliquetage au Canada³¹), il devrait en aller de même de sa relativité. On voit mal comment il pourrait en aller différemment vu que la relativité de l'obligation de standstill est, répétons-le, la conséquence logique du fait que les droits sociaux sont eux-mêmes susceptibles de faire l'objet de restrictions conformes au principe de proportionnalité³². Il est cependant malaisé de savoir si la doctrine et la jurisprudence concluent à l'absence de reconnaissance du principe de standstill au sein d'un ordre juridique considéré parce qu'elles partagent, à tort, une vision absolue

de ce principe ou parce que, même envisagé de manière relative, comme il se doit, ce principe n'a pas émergé.

Une chose est en tout cas certaine : ni la Cour de Luxembourg, ni celle de Strasbourg ne reconnaissent et ne mobilisent le principe de standstill. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne se retranche derrière le caractère programmatique des droits sociaux invoqués pour dénier l'existence d'un principe de standstill³³. On signale également qu'« il peut (...) parfaitement se concevoir qu'un Etat membre se voie tenu, en vertu des obligations qui lui sont imposées en raison de son appartenance à l'Union européenne, de renoncer à garantir certains droits sociaux fondamentaux, ou au moins de devoir renoncer à les garantir à un niveau déterminé, alors qu'en assurant cette garantie, il prétendrait s'acquitter des obligations que lui impose la Charte sociale européenne »³⁴. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle répète à l'envi que l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel ne confère pas un droit à une pension ou à un salaire d'un montant déterminé³⁵.

Isabelle HACHEZ / Sophie VINCENT, « Principe de standstill et droit à l'accueil des demandeurs d'asile : de l'ABC d'une méthodologie à l'allégorie de la grenouille », obs. sous C.C., n° 95/2014, *Administration publique*, 2015/1, p. 72 à 81). Voy. par ailleurs les arrêts n° 28/2007 et 56/2008, respectivement prononcés par la Cour constitutionnelle belge les 21.2.2007 et 19.3.2008, qui révèlent pour leur part une mauvaise application du principe de standstill (la Cour fait l'impasse sur la première étape du contrôle [celle de l'établissement d'une atteinte à l'obligation de standstill : y a-t-il ou non un recul significatif ?] pour directement se concentrer sur la seconde [celle de l'identification de motifs d'intérêt général permettant de conclure à l'absence de violation de l'obligation de standstill] ; nul besoin, pourtant, de réaliser un contrôle de proportionnalité si l'existence du recul (significatif) n'est pas avérée. ; compar. avec C.E., n° 191.272, *Inter-environnement Wallonie*, 11.3.2009, p. 13. Voy. encore C.C., n° 87/2007, 20.6.2007, spéc. cons. B.9.2 (le juge constitutionnel justifie une réduction sensible du niveau de protection de l'environnement par des motifs d'intérêt général, sans, cependant, concrètement les articuler avec les dispositions querellées, ni effectuer un quelconque contrôle de proportionnalité).

- 29 Attention, toutefois, que le principe de non-régression reçoit une acception large de la part de certains auteurs, qui rangent sous cette étiquette aussi bien ce que nous qualifions de principe de standstill dans l'ordre juridique belge que le principe de l'intangibilité de la substance sur lequel on s'attardera infra (en ce sens : Michel PRIEUR, *op. cit.*, spéc. p. 5 [39] – « il serait préférable, qu'en matière d'environnement, l'effet-artichaut et l'effet cliquet soient simplement appelés : principe de non-régression » ; Jean-Pierre MARGUÉNAUD / Jean MOULY, « Le Comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique », *Droit social*, 2013, n° 4, spéc. p. 339 [340]). Quelle que soit la dénomination qu'on leur prête, il nous paraît préférable de clairement distinguer le principe de standstill et le principe de l'intangibilité de la substance, les deux mécanismes pouvant se combiner mais ne se confondant pas ; on y reviendra ultérieurement.
- 30 Cf. Julia ILIOPOULOS-STRANGAS / Georges LEVENTIS « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce », in: ILIOPOULOS-STRANGAS (éd.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2000, p. 479.
- 31 Cf. David ROBITAILLE, *op. cit.*, p. 221 (222 et s.).
- 32 Cf. par exemple l'article 4 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ou l'article G de la Charte sociale européenne révisée (article 31 de la Charte sociale).

- 33 A l'occasion de plusieurs arrêts, la Cour de justice a refusé de lire les articles 2, 117 (devenu, après modification, article 136 du Traité CE et 151 TFUE) et 118 du traité CEE (devenu, après modification, article 137 du traité CE et 153 TFUE) comme interdisant aux Etats membres de diminuer le niveau de protection qu'ils avaient atteint en matière de droits sociaux fondamentaux, arguant du caractère programmatique de ces dispositions. Voy., notamment : C.J.C.E., arrêt du 15.6.1978, affaire 149/77, *Defrenne*, Rec.1978, p. 1365 ; C.J.C.E., arrêt du 29.9.1987, affaire 126/86, *F.R. Giménez-Zaera*, Rec.1987, p. 3697 ; C.J.C.E., arrêt du 17.3.1993, affaire 72/91, *Sloman Neptun*, Rec. 1993, p. I-887. Ces différents arrêts sont cités et commentés par Olivier DE SCHUTTER, « La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire », *Revue universelle des droits de l'homme*, 2000, p. 33 (35 et 36).
- 34 Olivier DE SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne », Bruxelles, 8 juillet 2014, p. 16 (texte en ligne sur le site de la Charte sociale européenne). *Adde* p. 24. Cf. le bras de fer engagé entre l'Union européenne et le Comité européen des droits sociaux, auquel il est fait écho in Isabelle HACHEZ, « Le Comité européen des droits sociaux confronté à la crise financière grecque : des décisions osées mais inégalement motivées », *Revue de droit social*, 2014/3, p. 249 à 279.
- 35 Voy. par exemple en ce sens : CourEDH, décision du 7.5.2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, req. n°s 57665/12 et 57657/12, § 33. Si ses pères fondateurs avaient pris le parti de l'épurer de toute référence à des droits de la deuxième génération pour la tenir à l'écart d'une dépendance économique, la Convention européenne des droits de l'homme n'en a, en effet, pas moins acquis, au fil du temps, des prolongements sociaux à la faveur d'une interprétation particulièrement constructive de certaines de ses dispositions par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, la Cour est appelée à contrôler la conventionalité de certaines mesures d'austérité nationales sous l'angle de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention. Forte de l'autonomie conceptuelle dont elle jouit, la notion de « biens », figurant dans l'article précité, ne se limite pas aux biens corporels mais englobe également le droit à des prestations sociales, contributives (pension de retraite) ou non (allocation d'invalidité) (cf. notamment CourEDH (gde ch.), décision du 6.7.2005, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 65731/01 et 65900/01 ; CourEDH, arrêt du 19.6.2008, *Ichtiarioglou c. Grèce*, req. n° 12045/06). Il arrive aussi que l'affaire soit portée devant la Cour européenne des droits de l'homme sous le visa de l'article 3 de la Convention, qui interdit les traitements inhumains ou dégradants (cf. à cet égard

Une même tendance semble *a priori* pouvoir être observée parmi les Etats européens, et, en particulier, au Portugal³⁶, en Allemagne³⁷, en Italie³⁸, en Grèce³⁹

CourEDH, décision du 18.6.2009, *Budina c. Russie*, req. n° 45603/05). Voy. par ailleurs, au sujet de la Cour européenne des droits de l'homme et du principe de standstill, Isabelle HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2008, spéc. n° 174 et s.

- 36 Jugé par la Cour constitutionnelle portugaise, dans un arrêt n° 187/13 rendu le 5.4.2013, que : "albeit there is a requirement that salaries cannot be reduced to below a minimum amount, the idea that they cannot be reduced at all is not required either by the principle of the dignity of the human person, or because it can be said to constitute a primary or essential asset. These are the material criteria that serve to determine whether we are in the presence of a subjective right which, despite the fact that it is not enshrined in the Constitution, can be deemed fundamental and therefore enjoys the same regime. It is uncontested in both legal doctrine and the Court's jurisprudence that the right to be paid is a fundamental right whose nature is analogous to that of the constitutional freedoms and guarantees. However, it should not be confused with a right to be paid a specific, concrete amount that cannot be reduced by law. It is thus not possible to say that the concept that salaries are untouchable constitutes a guarantee-based dimension which is included within the scope of the protection afforded to the right to be paid for one's work, or that a reduction in the remuneratory quantum means that that right is being affected or restricted" (summary, § 12). *Adde* p. 11 : "Recognition of the right to a pension and the specific protection that right enjoys therefore cannot, prima facie, preclude the possibility of reducing the concrete amount of the pension. The Constitution guarantees the right to a pension, not to a certain amount in the form of a pension. That amount results instead from the application of criteria that are laid down by law, but possess an infra-constitutional value". Voy. cependant les références jurisprudentielles citées par Malcolm LANGFORD, "The Justiciability of Social Rights : From Practice to Theory", in : LANGFORD (éd.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2008, p. 3 (16, et note 93).

- 37 A propos de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, Luc HEUSCHLING souligne que « la Cour refuse d'attribuer à l'art. 20 al. 1^{er} un effet cliquet (...) en matière de justice sociale. Le concept constitutionnel d'Etat social ne sert pas de garantie du statu quo » (Luc HEUSCHLING, « Le meta-principe de l'Etat social (Sozialstaat) dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande », in : BURGORGUE-LARSEN (éd.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Paris, 2013, p. 83 [94]).

- 38 De son côté, Franck LAFAILLE écrit, à propos de l'Italie, qu'« au nom de l'équilibre financier, la Cour accepte des politiques législatives d'homogénéisation par le bas », notamment en matière de retraite (Franck LAFAILLE, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne », in : BURGORGUE LARSEN (éd.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, 2014, p. 173 [185]). Voy. par ailleurs Jean-Jacques PARDINI, « Principe de gradualità et droits sociaux de prestation ou l'effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie », in : GAY / MAZUYER / NAZET-ALLOUCHE (éds.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles, 2006, spéc. p. 57 (66 et 67). Plus généralement, il semble que depuis les années 90, la Cour constitutionnelle italienne soit particulièrement réceptive à l'argument économique (Franck LAFAILLE, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne », in : BURGORGUE LARSEN (éd.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, 2014, p. 173 [185 et 186]).

- 39 Comme le soulignent Julia ILIOPOULOS-STRANGAS et Georges LEVENTIS, la jurisprudence nie qu'un 'acquis social' ne puisse être modifié que dans le sens d'une amélioration. C'est ainsi que le Conseil d'Etat s'est prononcé à plusieurs reprises sur le droit à la sécurité sociale garanti dans la Constitution en considérant que le législateur peut modifier le montant de la prestation de la sécurité sociale, voire diminuer la protection octroyée. De son côté la doctrine prédominante défend également la protection dudit *acquis social relatif*, à savoir qu'elle reconnaît pour le législateur la possibilité de diminuer la protection ac-

et en France⁴⁰, où, sous réserve d'une analyse plus approfondie, le principe de non-régression ne paraît pas trouver droit de cité⁴¹.

En revanche, et bien qu'il ne recourt pas à cette expression, le Comité européen des droits sociaux semble reconnaître l'existence d'une obligation de standstill relative, tant dans certaines constatations que dans l'une ou l'autre

cordée, sans pour autant ni la supprimer totalement ni en tout état de cause la diminuer de manière arbitraire. Cf. Julia ILIOPOULOS-STRANGAS / Georges LEVENTIS « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce », in : ILIOPOULOS-STRANGAS (éd.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2000, p. 478 et 479. On le répète : il est extrêmement difficile, sans retourner aux sources (à savoir les arrêts du Conseil d'Etat visés par les auteurs qui, pour des motifs linguistiques, nous sont inaccessibles) de mesurer avec précision les liens que le concept grec d'acquis social relatif entretient avec le principe de standstill, tel qu'on le connaît en droit belge, et, plus généralement, le principe de non-régression tel que l'entend un auteur français comme Michel Prieur (cf. supra, note 26). Est révélateur de cette difficulté le fait que Julia Iliopoulos-Strangas, elle-même, me suggère spontanément un rapprochement entre le droit grec et le principe de non régression invoqué par Michel Prieur à propos du droit belge (cf. supra, le contenu de la note 26), tout en me proposant par ailleurs de classer la Grèce parmi les pays qui semblent ne pas reconnaître ni mobiliser le « principe de standstill à la belge », qui, lui aussi, on le rappelle, est relatif et s'oppose uniquement aux régressions significatives injustifiées et disproportionnées (cf. le contenu de la présente note).

- 40 De manière générale, voy. sur la jurisprudence de l'effet cliquet du Conseil constitutionnel français, dans laquelle serait en réalité en cause le principe de l'intangibilité de la substance des droits fondamentaux : Laurence GAY, « La notion de 'droits-créances' à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, 2004 (disponible sur le site du Conseil constitutionnel français) ; « 'L'effet cliquet' dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *IV^{ème} congrès français de droit constitutionnel*, 10, 11 et 12 juin 1999, texte non publié, p. 1 à 24. Pour une synthèse, qui gagnerait à être actualisée, voy. Isabelle HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2008, spéc. n° 167 et s.

- 41 A propos de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle hongroise, cf. Malcolm LANGFORD, "Hungary. Social Rights or Market Redivivus ?", in : LANGFORD (éd.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2008, spéc. p. 250 (253 et s.) ; David LANDAU, *op. cit.*, p. 190 (234). Sur les changements normatifs adoptés en Hongrie ces dernières années, allant jusqu'à supprimer la reconnaissance de certains droits fondamentaux au sein de la Constitution, cf. Tamas GYULAVARI, « Hongrie/Hungary », in : ESCANDE VARBIOL *et al.* (éds.), *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, Bruxelles, 2012, p. 233 et s. Voy. par ailleurs Fanny JACQUELOT, « Les droits sociaux fondamentaux dans les pays d'Europe centrale et orientale (République tchèque, Pologne, Slovaquie, Lettonie, Lituanie, Estonie, Hongrie, Slovaquie, Chypre et Malte », in : GAY / MAZUYER / NAZET-ALLOUCHE (éds.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles, 2006, p. 149 (162 et 163). Au-delà du cercle des Etats européens, et dans le sens de la reconnaissance d'un principe de standstill, comparable, semble-t-il, à celui dégagé au sein de l'ordre juridique belge, cf. la jurisprudence de la Cour colombienne (Véronique CHAMPEIL DESPLATS, « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique latine », in : ROMAN (éd.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, 2012, p. 233, et les références citées ; Magdalena SEPULVEDA, « Colombia. The Constitutional Court's Role in Addressing Social Injustice », in : LANGFORD (éd.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2008, p. 144 [147 et la note 20]).

décisions. Ainsi peut-on lire dans les remarques liminaires des décisions faisant suite aux réclamations collectives n° 65/2011 et 66/2011, que « la crise économique ne doit pas se traduire par une baisse de protection des droits reconnus par la Charte sociale européenne. Les gouvernements se doivent dès lors de prendre toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que ces droits soient effectivement garantis au moment où le besoin de protection se fait le plus sentir »⁴². Le Comité admet néanmoins que « la crise peut légitimement conduire, dans l'un ou l'autre de ces domaines (c'est-à-dire en matière de droit à la santé et de protection sociale ou de droit du travail) à des réaménagements des dispositifs normatifs et des pratiques en vigueur en vue de limiter certains coûts pour les budgets publics ou d'alléger les contraintes pesant sur les entreprises »⁴³. Autrement dit, si, à l'estime du Comité, une crise économique n'autorise pas, en soi, une dérogation aux droits consacrés (la protection des droits garantis doit en principe être maintenue), ce principe n'est pas absolu : des « réaménagements », des « allègements » sont possibles, pour autant qu'ils demeurent dans certaines limites⁴⁴. Il n'en demeure pas moins, cependant, que les enseignements délivrés

42 Décision faisant suite à la réclamation collective n° 65/2011, § 16 ; décision faisant suite à la réclamation collective n° 66/2011, § 12.

43 Décision faisant suite à la réclamation collective n° 65/2011, § 17 ; cf. aussi décision faisant suite à la réclamation collective n° 66/2011, § 13. Même s'il n'est pas neuf, cet enseignement n'est pas des moindres lorsqu'on se rappelle qu'à la différence du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, § 1), la Charte sociale ne contient aucune allusion aux conditions économiques étatiques, qui sont cependant prises en compte, en amont, par le biais du système « à la carte » qui caractérise la Charte (voy. e.a., à cet égard, Peggy DUCOULOMBIER, « La liberté des Etats parties à la Charte sociale européenne dans le choix de leur engagement : une liberté surveillée », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2013, p. 829 et s.).

44 L'identification précise des formes de justiciabilité en soutien de cette affirmation est cependant plus compliquée, tant elles ne ressortent pas clairement des motifs des décisions précitées du Comité (voy. à cet égard : Isabelle HACHEZ, « Le Comité européen des droits sociaux confronté à la crise financière grecque : des décisions osées mais inégalement motivées », *Revue de droit social*, 2014/3, p. 249 à 279. Ne peut-on pas en tout cas lire, entre les lignes de ces remarques liminaires, que tout réaménagement de la protection offerte appelle une justification, le cas échéant d'ordre économique, mais clairement articulée, dans ce cas, avec les mesures régressives adoptées : en quoi lesdites mesures permettent-elles précisément de résorber en tout ou partie le déficit public ? Pour le surplus, il semble que seules les appréciations du Comité menées sous l'angle de l'article 12 de la Charte sociale européenne, qui consacre le droit à la sécurité sociale et dont la violation est soulevée aussi bien dans l'affaire n° 66/2011 que dans la décision-type faisant suite à la réclamation collective n° 76/2012, évoquent la logique animant le principe de standstill. Même si l'expression n'apparaît pas comme telle, ni sous aucune de ses autres dénominations, des expressions telles que « assurer le maintien (...) du système de sécurité sociale existant » ou encore la référence à « une détérioration du système de sécurité sociale » rendent ce rapprochement inévitable dans le chef du juriste familiarisé avec le principe de standstill (décision faisant suite à la réclamation collective n° 66/2011, §§ 47 et 48 ; la décision-type rendue dans l'affaire n° 76/2012 se réfère quant à elle « au niveau (de protection sociale) qu(e) (l'Etat) avait précédemment atteint » [§ 69], tout comme elle évoque « une dégradation significative du niveau de vie et des conditions de vie d'un nombre important des pen-

par le Comité sur le principe de standstill ne semblent guère avoir évolué depuis 1996⁴⁵, apparaissent, en définitive, fort maigres, et en tout cas en-deçà de ceux actuellement disponibles au sein de l'ordre juridique belge.

Dans le cadre du contrôle de proportionnalité des mesures régressives, le Comité onusien des droits économiques sociaux et culturels – qui, pour rappel, est à l'origine de la reconnaissance du principe de non-régression⁴⁶ – insiste, pour sa part, en particulier sur le caractère temporaire des mesures d'austérité, tout comme sur leur nécessaire conformité avec le principe d'égalité et de non-discrimination⁴⁷. Il reste que la littérature anglophone qui s'est récemment intéressée au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels semble plutôt délaisser l'obligation de standstill et focaliser son attention sur le principe de l'intangibilité de la substance⁴⁸.

sionnés » [§ 78]). Il est vrai que parmi les droits sociaux dont la violation par la Grèce est alléguée, l'article 12, § 3, de la Charte est incontestablement celui qui traduit le plus clairement l'idée de progressivité caractérisant généralement la mise en œuvre des droits créancés : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la sécurité sociale, les Parties contractantes s'engagent (...) § 3 à s'efforcer de porter progressivement le régime de sécurité sociale à un niveau plus haut ». Rien de surprenant, dès lors, à ce que les développements susceptibles d'être rattachés au principe de standstill se concentrent sur cette disposition, quand bien même les syndicats requérants, pas davantage que le Comité, ne l'invoquaient expressément.

45 Dans notre thèse de doctorat consacrée au principe de standstill, on indiquait, en février 2007, que la grille de lecture élaborée par le Comité européen des droits sociaux en lien avec l'article 12, § 3, de la Charte, dès 1996 dans ses conclusions XIII-4 (p. 40 à 44), constituait un matériau de premier choix en vue d'élaborer le régime juridique de l'obligation de standstill (Isabelle HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2008, p. 72 et 73, en ce compris la note 163). Depuis lors, la jurisprudence du Comité ne semble pas avoir beaucoup évolué dans l'appréhension du principe de standstill : en tout cas retrouve-t-on presque mots pour mots cette grille de lecture dans la décision-type rendue sur la réclamation collective n° 76/2012, sans constater davantage de systématisme qu'alors dans son application (cf., pour la démonstration de ce propos, Isabelle HACHEZ, « Le Comité européen des droits sociaux confronté à la crise financière grecque : des décisions osées mais inégalement motivées », *Revue de droit social*, 2014/3).

46 Cf. supra, n° 4.

47 Cf. la lettre adressée par le Président du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, à tous les Etats parties, le 16.5.2012 ; voy. en outre les références citées supra, note 18, en particulier la déclaration du Comité du 21.9.2007.

48 Ainsi, le principe de non-régression n'est pas repris à part entière dans l'index du récent ouvrage précité de Ben SAUL / David KINLEY / Jacqueline MOWBRAY (*The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Commentary, Cases and Materials*, Oxford, 2014), n'apparaissant qu'incidemment, à la faveur d'autres verbaux ; il en va cependant de même pour le principe de l'intangibilité de la substance. Plus fondamentalement, le principe de non-régression ne semble pas outre mesure retenir l'attention des auteurs dans le corps des développements (cette impression première demandant toutefois à être confirmée). De son côté, tout en reconnaissant au Comité des droits économiques, sociaux et culturels la paternité du principe de non-régression, David LANDAU l'invite à s'en départir pour se concentrer sur le noyau dur des droits fondamentaux dont le Comité assure le respect (*op. cit.*, p. 190 [238 à 240]). Son propos est motivé par le fait que le principe de non-régression bénéficie avant tout aux classes moyenne et supérieure, jouissant de

III. Le noyau dur des droits fondamentaux (ou le principe de l'intangibilité de la substance)

En tout état de cause, force est de reconnaître qu'arrimé au progrès et relatif, le standstill n'est pas, à proprement parler, un principe des temps de crise. Seul le principe de la substance des droits fondamentaux paraît de nature à établir une limite incompressible : une sorte d'« effet plancher », pour reprendre l'expression de Jean-Pierre Marguénaud et Jean Mouly⁴⁹. Là où le principe de standstill est impuissant à faire obstacle à une mesure régressive observant l'exigence de proportionnalité, le principe de l'intangibilité de la substance interdit catégoriquement à l'autorité publique de porter atteinte au cœur du droit fondamental considéré, à telle enseigne qu'il vient fort heureusement fermer le passé qu'une conception relative de l'obligation de standstill contribue pour sa part à ouvrir⁵⁰. En ce sens, on pourrait être tenté d'affirmer que le noyau 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 (1), est remis 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 (2).

revenus sur lesquels des économies sont susceptibles d'être réalisées dans le cadre d'une réforme des salaires ou des pensions, et non aux catégories de personnes les plus vulnérables auxquelles s'adresse par contre le principe de l'intangibilité de la substance (*op. cit.*, p. 190 [233 à 235]) ; cf. *infra*, note 100, pour un début de réponse à cette critique. Voy. encore Mary DOWELL-JONES, *Contextualising the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : Assessing the Economic Deficit*, Leiden, 2004, p. 52 à 54, citée par Malcolm LANGFORD et Jeff A. KING, « Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Past, Present and Future », in : LANGFORD (éd.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2008, p. 477 (500 et 501, et le commentaire critique que lui réservent ces auteurs).

49 Jean-Pierre MARGUÉNAUD / Jean MOULY, *op. cit.*, p. 339 [340]. Parmi les auteurs défendant une conception absolue de ce principe, voy. également, parmi d'autres : Kitty ARAMBULO, *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Theoretical and Procedural Aspects*, Antwerpen, 1999, p. 132 ; Fons COOMANS / Fried VAN HOOF (éds.), *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights*, Utrecht, 1995, p. 8 « this would make it essential for a future protocol to focus on a number of core rights, which would together constitute a floor below which conditions should not be permitted to deteriorate »).

50 Les deux mécanismes peuvent se combiner mais ne se confondent pas. Sur les points communs et divergences entre ces deux principes, cf. e.a. Isabelle HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2008, spéc. n° 545.

1. – Dans sa version absolue

Fondement. L'intangibilité de la substance des droits garantis est expressément affirmée par certaines dispositions internationales, comme l'article 4 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels en vertu duquel l'Etat ne peut soumettre les droits consacrés « qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique »⁵¹ ; la limitation ne peut être « interprétée ou appliquée de manière à compromettre l'essence du droit en question »⁵². De manière comparable, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit que « toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus dans la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés (...) »⁵³.

Le fait que la Charte sociale européenne ne contienne pas de clause expresse en ce sens n'a pas empêché le Comité européen des droits sociaux de développer une jurisprudence s'adossant à la reconnaissance d'un noyau dur des droits dont il est censé garantir le respect⁵⁴. 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 consacre⁵⁵.

En droit comparé, on songe bien sûr, en Allemagne, à l'intangibilité de la dignité humaine (art. 1 de la Loi fondamentale allemande) et au principe de l'Etat social (art. 20.1)⁵⁶, dont la Cour de Karlsruhe déduit le droit à des condi-

51 C'est nous qui soulignons.

52 Principes de Limburg, point 56 ; voy. également le point 47 de ces principes. Voy., en outre et parmi d'autres sources, à ce sujet : directives de Maastricht, points 9 et 10.

53 Article 52 ; c'est nous qui soulignons.

54 Cf. notamment en ce sens les décisions rendues à l'encontre de la Grèce en mai et décembre 2012, et le commentaire qu'on leur a consacré (Isabelle HACHEZ, « Le Comité européen des droits sociaux confronté à la crise financière grecque : des décisions osées mais inégalement motivées », *Revue de droit social*, 2014/3, p. 249 [264 et s.]).

55 Au niveau du Conseil de l'Europe, voy., sous l'angle des obligations positives : Recommandation R (2000) 3, du 19.1.2000, du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe invitant les Etats parties à reconnaître dans leur législation et leur pratique un droit justiciable à la satisfaction des besoins matériels élémentaires à toute personne en situation d'extrême précarité, qui couvrirait la nourriture, l'habillement, l'hébergement et les soins médicaux de base, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2000, p. 376. Voy. par ailleurs, sous l'angle des obligations négatives, la décision *Koufaki et Adedy c. Grèce*, précitée, sur laquelle on reviendra *infra*.

56 Voy. encore l'article 19, § 2, de la Loi fondamentale allemande, interdisant de porter atteinte à la substance d'un droit fondamental, ainsi que l'article 79.3, qui interdit entre autres toute modification des articles 1 et 20. Sous un titre intitulé « protection de l'acquis social », Wolfgang DAUBLER précise à cet égard que « la diminution des prestations sociales par de nouvelles mesures législatives doit respecter les limites » résultant de ces dispositions (Wolfgang DAUBLER, « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Allemagne », in : ILIOPOULOS-STRANGAS (éd.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Athènes,

tions minimales d'existence. Dans l'arrêt *Hartz IV* qu'elle rendit le 9 février 2010, la Cour retient du reste une définition large de ce droit, censé assurer non seulement l'intégrité physique de l'individu (« est dans le besoin celui qui ne dispose pas des moyens en nourriture, habillement, logement et santé nécessaires à sa survie »⁵⁷), mais aussi une dimension sociale (« l'entretien de relations inter-humaines et une participation minimale à la vie sociale, culturelle et politique »⁵⁸). En l'espèce, cependant, si la Cour déclare la réforme de rationalisation de l'aide sociale menée sous le gouvernement Schröder partiellement contraire à l'article 1, al. 1^{er}, de la LF, combiné avec le principe de l'Etat social, c'est en raison d'un vice affectant la procédure d'élaboration de la norme litigieuse, et, plus précisément, la manière dont les montants de l'aide sociale ont été déterminés⁵⁹. Dans la ligne de cette jurisprudence, et à la faveur d'une décision prononcée le 18 juillet 2012, la Cour constitutionnelle allemande a par contre jugé contraire au droit à disposer du minimum vital les dispositions législatives fixant le montant de l'aide sociale reconnu, entre autres, aux demandeurs d'asile⁶⁰.

Baden-Baden, 2000, p. 99). Voy. par ailleurs Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, op. cit., p. 367 et s.

57 Céline FRECOT, « Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existence en droit comparé », in : ROMAN (éd.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, 2012, p. 62.

58 § 134 de la décision, tel que cité et traduit par Luc HEUSCHLING, « Le méta-principe de l'Etat social (Sozialstaat) dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande », in : BURGORGUE-LARSEN (éd.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Paris, 2013, p. 83 (102).

59 Voy. à cet égard Luc HEUSCHLING, *ibidem*, p. 83 (102 et 103) ; Isabelle BOURGEOIS, « Arrêt de Karlsruhe à propos de Hartz IV : une loi conforme mais perfectible », *working paper* n° 20/2010. On notera que, dans une décision ultérieure, rendue le 23.7.2014, la Cour a, semble-t-il, admis sur le fond, « pour le moment encore », la constitutionnalité des dispositions législatives adoptées suite à la décision *Hartz IV*.

60 Cf. le commentaire que Luc HEUSCHLING consacre à cette dernière décision, op. cit., p. 83 (102 à 104). On précise que si dans les deux décisions précitées de la Cour constitutionnelle allemande, le droit à des conditions minimales d'existence semble envisagé sous l'angle d'une obligation positive, les enseignements qu'elles recèlent nous semblent transposables à l'hypothèse où ce droit serait envisagé sous son versant négatif (l'obligation de ne pas porter atteinte au droit à des conditions minimales d'existence). Voy. par ailleurs la décision – relativement isolée, semble-t-il – *R (Limbuella) v. Secretary of State for the Home Department*, rendue par la *House of Lords* le 3.11.2005. Jugé, en l'espèce, que, compte tenu des éléments de la cause, le refus du secrétaire d'Etat d'accorder l'aide sociale aux demandeurs d'asile concernés est contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, et ce en dépit de l'introduction tardive de leur demande au regard de la législation en vigueur (Brice DICKSON, « La justice sociale dans la jurisprudence de la Cour suprême du Royaume-Uni », BURGORGUE-LARSEN (éd.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Paris, 2013, p. 163 [172 et 173]).

Des pays comme la Suisse⁶¹ ou le Portugal⁶² reconnaissent également, dans leur Constitution, le principe de l'intangibilité de la substance, tout comme, en France, « la formule (jurisprudentielle) selon laquelle le législateur ne peut priver de garanties légales les droits-créances (ne serait) qu'une autre façon d'affirmer qu'il doit les concrétiser et, en cas de mesures restrictives, ne pas porter atteinte à leur contenu minimum »⁶³. Si la Constitution grecque n'interdit expressément l'atteinte au noyau dur que dans le cas du droit de grève des fonctionnaires et d'autres catégories d'employés du secteur public (article 23, § 2, alinéa 2, *in fine*), doctrine et jurisprudence s'accordent pour étendre cette forme de justiciabilité à l'ensemble des droits fondamentaux. La doctrine fonde cette extension sur les articles 2, § 1, (protection de la valeur humaine) et 25, § 1, (garantie des droits de l'homme par l'Etat et obligation de ses organes d'en assurer le libre exercice) de la Constitution. Encore convient-il de souligner qu'en matière de droits sociaux, la question du noyau intangible est souvent discutée en lien avec celle de l'acquis social. Plus précisément, les auteurs qui admettent la protection d'un acquis social relatif se trouvent confrontés à la question de la protection du noyau dur, et distinguent à cet égard les libertés sociales des droits sociaux, consistant en des prestations sociales : tandis que la doctrine reconnaît, avec la ju-

61 A propos de la Suisse, voy. notamment : Sébastien VAN DROOGHENBROECK, op. cit., p. 358 à 367 ; ainsi « 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 sa faute, n'était pas en mesure de se procurer les moyens indispensables à sa survie, violerait le noyau essentiel du droit à des conditions minimales d'existence » (ATF 122 II 193, 199, citée par Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *ibidem*, p. 361, note 48).

62 Voy. art. 19.3 de la Constitution portugaise ; voy. par ailleurs, e.a., la décision de la Cour constitutionnelle portugaise n° 187/2013, du 5.4.2013.

63 Laurence GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, 2007, p. 665 ; voy. aussi p. 668. Le même auteur relève par ailleurs, en déplorant cette attitude, qu'« alors que de nombreuses saisines l'invitaient en définitive à protéger un contenu minimum des droits (en matière de protection sociale), (le Conseil constitutionnel) semble aussi orienter la norme constitutionnelle dans le sens d'une simple garantie institutionnelle » (Laurence GAY, « La notion de 'droits-créances' à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n° 16, 2004, p. 4 de la version pdf disponible sur le site du Conseil constitutionnel français). L'atteinte à la substance d'un droit fondamental peut en effet résulter du seul fait qu'il soit porté atteinte à sa dimension subjective, ou être reconnue uniquement lorsqu'est en cause sa dimension institutionnelle, comme norme objective du système juridique ; « En tant que garantie institutionnelle, un droit fondamental ne protège pas une liberté inhérente à l'individu mais l'existence d'une institution, c'est-à-dire d'un objet juridique institué, qui n'existe que par l'effet de l'ordre juridique étatique. La puissance publique est donc tenue par une telle garantie institutionnelle d'adopter ou de laisser subsister les dispositions conférant à une institution son existence » (David CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, 2001, p. 175 et 176). Sur la question de savoir s'il y a atteinte à la substance d'un droit fondamental du seul fait qu'il soit porté atteinte à sa dimension subjective, ou seulement lorsqu'est en cause sa dimension institutionnelle, comme norme objective du système juridique, voy. Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, op. cit., spéc. p. 363 et 364, n° 498, p. 372, n° 510.

risprudence, l'intangibilité du noyau dur des droits individuels et des libertés sociales, elle demeure divisée quant à l'existence d'un éventuel noyau dur des droits sociaux *stricto sensu*. De plus, alors qu'une partie des auteurs soutient que, pour être invocable, le principe de l'intangibilité de la substance suppose l'intervention du législateur, d'autres considèrent que le noyau dur des droits sociaux découle de la Constitution et est par conséquent intangible, indépendamment de toute intervention législative, à l'instar des droits dits individuels⁶⁴. En Belgique, par contre, cette forme de justiciabilité semble très peu exploitée ; en tout cas n'a-t-on pas connaissance de décisions jurisprudentielles la mobilisant explicitement⁶⁵. Il n'en demeure pas moins qu'aux dires de Julia Iliopoulos-Strangas, « Dans la presque totalité des Etats membres (de l'Union européenne), la limite la plus importante reste l'interdiction de porter atteinte à la substance du droit en question »⁶⁶.

64 Cf. Julia ILIOPOULOS-STRANGAS / Georges LEVENTIS « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce », in: ILIOPOULOS-STRANGAS (éd.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2000, p. 468 et 480.

65 On aura cependant égard aux décisions qui, singulièrement en matière de droit au logement, se fondent sur le droit à la dignité humaine consacré par l'article 23, alinéa 1^{er}, de la Constitution belge. Voy. à ce sujet : Nicolas 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 ? ».

66 Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à la protection constitutionnelle des droits sociaux dans les Etats membres », in : FLAUSS (éd.), *Droits sociaux et droits européens. Bilan et prospective de la protection normative*, Bruxelles, 2002, p. 73.

A propos de l'Italie, cf. Marie-Pierre ELIE, « Les droits sociaux constitutionnels en Italie », in : GAY / MAZUYER / NAZET-ALLOUCHE (éds.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles, 2006, spéc. p. 32 (54 et la référence citée) ; Jean-Jacques PARDINI, « Principe de *gradualité* et droits sociaux de prestation ou l'effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie », in : GAY / MAZUYER / NAZET-ALLOUCHE (éds.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles, 2006, spéc. p. 57 (68 à 70). Concernant l'Espagne, cf. notamment : Pierre BON, « Les droits sociaux fondamentaux en Espagne : le régime », in : GAY / MAZUYER / NAZET-ALLOUCHE (éds.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles, 2006, spéc. p. 133 (139 et 143).

Au-delà du cercle des Etats européens, et dans le sens de la reconnaissance d'un droit subjectif au minimum vital en faveur des personnes les plus vulnérables, sur fondement du droit à la dignité humaine et du principe de l'Etat social, cf. la jurisprudence de la Cour colombienne (Véronique CHAMPEIL DESPLATS, « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique latine », in : ROMAN (éd.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, 2012, p. 223 [229 et 230] ; pour une analyse plus approfondie de cette jurisprudence, voy. David LANDAU, *op. cit.*, p. 190 [207 et s.]). Voy. par ailleurs la jurisprudence de la Cour suprême israélienne qui, sur le plan des principes, reconnaît le droit à des conditions minimales d'existence sur la base du droit à la dignité humaine ; jugé, toutefois, dans une décision du 12.12.2005, qu'« une réduction – même significative – du montant de leurs aides sociales n'implique pas en soi une violation de leur dignité, et ce même s'il ne fait aucun doute que la réduction de ces avantages rendra leurs vies, qui sont déjà diffi-

Notion autonome ou couplée au principe de proportionnalité. A supposer fondée l'existence d'une clause d'intangibilité, il resterait encore à déterminer la manière de conclure à sa violation. De deux choses l'une. Ou l'on cherche à le définir *a priori* ; ou l'on passe par le détour du principe de proportionnalité⁶⁷.

Première possibilité : on identifie *a priori*, et pour chaque droit fondamental, ce qui constitue son essence⁶⁸. A supposer constatée l'atteinte à la substance du droit considéré, nul besoin alors de procéder à un contrôle de proportionnalité. On connaît cependant les difficultés inhérentes à la détermination de l'essence d'un droit fondamental⁶⁹. On perçoit aussi le risque de rigidité qu'un tel procédé charrie, en ne lui permettant pas de jouer son rôle de catégorie résiduaire des cas extrêmes⁷⁰. De manière générale, il convient sans doute d'admettre que la substance d'un droit fondamental échappe, dans une large mesure, à toute tentative de définition⁷¹.

ciles, encore plus rudes » (Céline FRECOT, *op. cit.*, p. 49 [61], et référence aux paragraphes pertinents de la décision en cause du 12.12.2005). Compar. avec la Cour suprême sud-africaine, qui semble rejeter le concept de noyau essentiel (cf. e .a. David ROBITAILLE, « L'interprétation des droits sociaux en Inde et en Afrique du Sud : par-delà le texte, la volonté judiciaire », in : ROMAN (éd.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, 2012, p. 285 [297]).

67 Pour une approche plus nuancée, cf. Katharine G. YOUNG, « The Minimum Core of Economic and Social Rights : A Concept in Search of Content », *Yale Journal International Law*, 2008, p. 113 et s.

68 Cf. à cet égard les précisions offertes par les observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, et la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux. A propos de la substance des droits fondamentaux consacrés par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, voy. par exemple : CHAPMAN / RUSSELL (éds.), *Core Obligations : Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Oxford, New-York, 2002 ; Magdalena SEPULVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, 2003, spéc. p. 280 et 281. David LANDAU a du reste récemment invité le Comité des droits économiques, sociaux et culturels à approfondir l'identification du noyau dur des droits fondamentaux (*op. cit.*, p. 190 [238]). A propos de la Charte sociale européenne, cf. notamment Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux fondamentaux. Etude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, 2012, p. 311 et s., n° 219 et s. On notera cependant que dans les décisions rendues en réponse aux réclamations collectives n° 65/2011 et 66/2011, le Comité européen des droits sociaux ne semble pas systématiquement s'adosser à une précompréhension de l'essence des droits dont il vérifie le respect (voy. à cet égard Isabelle HACHEZ, « Le Comité européen des droits sociaux confronté à la crise financière grecque : des décisions osées mais inégalement motivées », *Revue de droit social*, 2014/3, p. 249 [264 et s.]). En droit comparé, voy. par exemple : Cour const. port., arrêt n° 187/2013, § 16.

69 Voy., parmi d'autres, à ce sujet : Céline FRECOT, *op. cit.*, p. 49 et s. Il est en tout cas une hypothèse dans laquelle la violation du principe de l'intangibilité de la substance semble évidente : lorsqu'elle s'assimile à une privation totale du droit considéré (cf. à cet égard Isabelle HACHEZ, « Le Comité européen des droits sociaux confronté à la crise financière grecque : des décisions osées mais inégalement motivées », *Revue de droit social*, 2014/3, spéc. p. 249 [267 et 268]).

70 Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 363 et 367.

71 Voy. à cet égard : Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *ibidem*, spéc. p. 355 et 356, n° 485.

Seconde possibilité : le détournement par le principe de proportionnalité. De manière générale, et à titre personnel, on est davantage convaincue par la thèse selon laquelle les deux principes se recouvrent partiellement, en ce sens que « toute limitation disproportionnée d'un droit fondamental ne constitue pas nécessairement une atteinte à sa substance », mais qu'inversement, « toute atteinte à la substance d'un droit fondamental sera (...) nécessairement disproportionnée, cette substance étant considérée (...) comme 'cette partie de la liberté qui pèse d'un poids si lourd qu'aucun intérêt public ne justifiera jamais que l'on y porte atteinte' »⁷². Selon cette thèse⁷³, la nécessité de procéder à une identification *a priori* du noyau dur des droits fondamentaux se fait moins impérieuse, puisque le principe de proportionnalité peut être appliqué⁷⁴.

On citera, parmi d'autres, en ce sens la décision *Koufaki et Adedy c. Grèce*, précitée, où la Cour européenne des droits de l'homme conclut, au terme d'un contrôle de proportionnalité, que « la diminution du salaire de la première requérante n'est pas d'un niveau tel qu'elle risque d'exposer la requérante à des difficultés de subsistance incompatibles avec l'article 1 du premier Protocole. Eu égard à ce qui précède et au contexte particulier de crise dans lequel elle intervient, l'ingérence litigieuse ne saurait être considérée comme ayant fait peser une charge excessive sur la requérante »⁷⁵. Cette décision s'inscrit dans la ligne de sa jurisprudence antérieure, selon laquelle l'article 1^{er} du premier Protocole ne confère pas un droit à une pension ou à un salaire d'un montant déterminé⁷⁶, mais permet uniquement de s'opposer à une réduction telle qu'elle met en danger la subsistance de la personne concernée ; dans ce cas, et dans ce cas seulement, cette disposition offre « une sorte de protection des droits acquis »⁷⁷.

Tout au plus peut-on, dans cette perspective, souhaiter que soient fournies quelques indications de nature à baliser l'appréciation du juge en la matière.

Conclusion intermédiaire. A ce stade, on pourrait penser que l'acquis social correspond au noyau dur du droit social considéré, à même d'opposer un cran d'arrêt définitif aux régressions. On rappelle cependant que tous les ordres ju-

ridiques nationaux ne reconnaissent pas nécessairement cette forme de justiciabilité. Par ailleurs, « Il ressort (...) de la jurisprudence que le droit à des conditions minimales d'existence est très souvent envisagé en relation avec certaines catégories d'individus, qui seraient, en quelque sorte, les plus vulnérables parmi les vulnérables »⁷⁸, à telle enseigne que la protection offerte par cette forme de justiciabilité apparaît en tout état de cause limitée à une frange de la population. Plus fondamentalement, il faut ajouter que cette compréhension absolue du principe de l'intangibilité de la substance – qui a longtemps été la mienne, et l'est du reste toujours – fait aujourd'hui l'objet d'une remise en cause.

2. – Dans sa version relative

Des auteurs comme David Bilchitz, Matthew Craven ou encore David Robitaille défendent une conception relative du noyau dur, consistant à circonscrire *a priori* le contenu essentiel et minimum du droit considéré⁷⁹, tout en y tolérant des atteintes dûment justifiées⁸⁰. Plus précisément, à supposer que le bénéficiaire d'un droit fondamental démontre l'insatisfaction de ses besoins essentiels, le droit considéré serait présumé violé, sauf justification solide du manquement par l'Etat, compte tenu, par exemple, de ressources budgétaires insuffisantes⁸¹.

78 Céline FERCOT, « Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existence en droit comparé », in : ROMAN (éd.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, 2012, p. 49 (59). Pour une identification des différents groupes particulièrement touchés par les mesures d'austérité, cf. *Safeguarding Human Rights in Times of Economic Crisis*, Commissaire aux droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, Issue paper, novembre 2013, p. 22 et s.

79 En maintenant à l'écart de cette définition toute considération d'ordre budgétaire.

80 Voy. David BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights. The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford, 2007, spéc. p. 213 à 215 ; Matthew CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : A Perspective on its Development*, Oxford, 1995, p. 143 ; David ROBITAILE, « Pour une théorie de la justiciabilité substantielle et processuelle des droits économiques et sociaux », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 94/2013, p. 221 (228 et s.).

81 David ROBITAILE, *ibidem*, p. 247. On précise que l'auteur envisage, en l'espèce, le noyau dur des droits fondamentaux considérés sous leur versant positif, en ayant principalement égard aux pays en voie de développement. La question est donc, dans ce cas, de savoir si le particulier dispose d'un droit subjectif à la réalisation de la substance du droit fondamental en question et peut partant contraindre le législateur à agir à concurrence de ce noyau dur. Elle n'est pas de déterminer – comme dans l'hypothèse qui nous retient dans le cadre de cette étude – si, une fois le contenu essentiel du droit fondamental consacré par le législateur, il existe une interdiction – relative, *in casu* – pour celui-ci de revenir sur la protection accordée. Rien ne s'oppose cependant, selon nous, à transposer les enseignements de David ROBITAILE, et des autres auteurs cités à la note précédente, à la question qui nous occupe, à savoir l'hypothèse d'une crise économique ou en tout cas de restrictions budgétaires conduisant l'Etat à régresser dans le niveau de protection jusqu'ores conféré aux droits fondamentaux considérés.

72 Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *ibidem*, p. 362 et 363.

73 Qualifiée de « thèse absolutiste pragmatique » par Sébastien VAN DROOGHENBROECK (*ibidem*, p. 362, n° 497).

74 Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *ibidem*, p. 478.

75 CourEDH, décision du 7.5.2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, § 46 ; souligné par nous.

76 CourEDH, décision du 7.5.2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, § 33.

77 Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « La Convention européenne des droits de l'homme et la matière économique », *Droit économique et droits de l'homme*, in : L. BOY et al. (éd.), Bruxelles, 2009, p. 45. Voy. dans le même sens que la décision précitée : CourEDH, décision du 8.10.2013, *Mateus c. Portugal*, req. n° 62235/12 ; CourEDH, décision du 15.10.2013, *Savickas c. Lituanie*, req. n° 66365/09. Adde les références citées par Peggy DUCOULOMBIER, *op. cit.*, p. 829 (854 et 855, note 110). Pour des cas ayant abouti à une condamnation de l'Etat, cf. CourEDH, arrêt du 12.10.2004, *Kjartan Asmundsson c. Islande*, req. n° 60669/00 ; CourEDH, arrêt du 14.5.2013, *N.K.M. c. Hongrie*, req. n° 66529/11.

Il semble que cette approche se situe à la croisée du principe de l'intangibilité de la substance, défini *a priori*, et du standard de raisonnablement développé par la Cour constitutionnelle sud-africaine, qui, pour sa part, refuse de s'engager dans la voie de la reconnaissance d'un noyau dur des droits fondamentaux dont la violation est invoquée devant elle⁸².

Les auteurs convoquent à l'appui de leur lecture relative du principe de l'intangibilité de la substance certaines observations générales du Comité onusien des droits économiques, sociaux et culturels, à commencer par l'observation générale n° 3 relative à la nature des obligations, dans laquelle le Comité a reconnu à la fois l'existence d'un principe de non-régression (cf. *supra*) et d'un noyau dur des droits consacrés :

« 10. (...) chaque État partie a l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits. Ainsi, un État partie dans lequel, par exemple, nombreuses sont les personnes qui manquent de l'essentiel, qu'il s'agisse de nourriture, de soins de santé primaires, de logement ou d'enseignement, est un État qui, à première vue, néglige les obligations qui lui incombent en vertu du Pacte. Le Pacte serait largement dépourvu de sa raison d'être si de sa lecture ne ressortait pas cette obligation fondamentale minimum. De la même façon, il convient de noter que, pour déterminer si un État s'acquitte de ses obligations fondamentales minimum, il faut tenir compte des contraintes qui pèsent sur le pays considéré en matière de ressources. En vertu du paragraphe 1 de l'article 2, chacun des États parties est tenu d'agir 'au maximum de ses ressources disponibles'. Pour qu'un État partie puisse invoquer le manque de ressources lorsqu'il ne s'acquitte même pas de ses obligations fondamentales minimum, il doit démontrer qu'aucun effort n'a été épargné pour utiliser toutes les ressources qui sont à sa disposition en vue de remplir, à titre prioritaire, ces obligations minimum »⁸³.

David Robitaille reconnaît cependant expressément que d'autres observations générales du Comité, notamment, sont par contre à verser au crédit d'une conception absolue du noyau dur⁸⁴. On ajoutera que, récemment encore, dans une lettre adressée à tous les États parties le 16 mai 2012, le Président du Comité des

droits économiques, sociaux et culturels insistait sur le fait que toute mesure régressive consécutive à une période de crise économique et financière doit veiller à respecter les obligations qui découlent du Pacte, et notamment le noyau dur des droits considérés :

« (...) quatrième, la politique en question doit prévoir un minimum indispensable de droits ou un seuil minimum de protection sociale, tel que défini par l'Organisation internationale du Travail, et les protéger *en toutes circonstances* »⁸⁵.

On mentionnera également en ce sens les Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, rendues en 2012, en réponse au rapport espagnol :

« 8. Le Comité se déclare préoccupé par la réduction des niveaux de protection effective des droits consacrés par le Pacte, résultant des mesures d'austérité adoptées par l'État partie, qui a eu des effets disproportionnés sur l'exercice de leurs droits par les personnes et les groupes défavorisés et marginalisés, en particulier les pauvres, les femmes, les enfants, les personnes handicapées, les adultes et les jeunes chômeurs, les personnes âgées, les Gitans, les migrants et les demandeurs d'asile (art. 2, par. 1). Le Comité recommande à l'État partie de garantir que toutes les mesures d'austérité adoptées prévoient un contenu essentiel minimum de tous les droits énoncés dans le Pacte, et de prendre les mesures voulues pour protéger ce contenu essentiel *en toutes circonstances*, s'agissant en particulier des personnes et des groupes défavorisés et marginalisés. Dans ce contexte, le Comité recommande à l'État partie de réunir des données statistiques ventilées, le but étant de recenser les personnes et les groupes concernés et d'augmenter l'efficacité de son action en faveur de la protection de leurs droits économiques, sociaux et culturels. Le Comité appelle également l'attention de l'État partie sur sa lettre ouverte sur les droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte de la crise économique et financière, en date du 16 mai 2012 »⁸⁶.

A tout le moins peut-on donc constater une hésitation, dans le chef du Comité onusien, entre une conception absolue ou relative du noyau dur⁸⁷, qui perdure aujourd'hui encore⁸⁸.

A supposer que, dans le cadre de la question qui nous occupe, l'on retienne la conception relative du noyau dur, ce dernier ne jouerait plus comme un « effet plancher », plaçant certains acquis sociaux à l'abri de toute remise en cause, puisqu'une justification raisonnable, d'ordre économique par exemple, pourrait conduire à valider l'atteinte qui y serait portée. Comme dans le cadre de l'obligation de standstill, des motifs d'intérêt général sont donc, ici aussi, susceptibles de

et processuelle des droits économiques et sociaux », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 94/2013, p. 221(232 et 233, et les références citées à la note 56).

85 Notre insistance.

86 Notre insistance.

87 Et ce, semble-t-il, sans lien avec la question de savoir si est en cause l'obligation positive de réaliser le noyau dur ou l'obligation négative interdisant, en principe, d'y porter atteinte.

88 Compar. David ROBITAILE, *ibidem*, p. 221 (233 *in fine* et 234).

82 David ROBITAILE, « L'interprétation des droits sociaux en Inde et en Afrique du Sud : par-delà le texte, la volonté judiciaire », in : ROMAN (éd.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, 2012, p. 285 (296 et s.) ; David LANDAU, *op. cit.*, p. 190 (196 et 197). Et David ROBITAILE de remettre en cause cette posture, en considérant, au contraire, que la raisonnablement des programmes sociaux devrait être évaluée à l'aune du contenu autonome du noyau dur (David ROBITAILE, « Pour une théorie de la justiciabilité substantielle et processuelle des droits économiques et sociaux », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 94/2013, p. 221 [236]). Sur le concept de raisonnablement développé par la Cour constitutionnelle sud-africaine, par contraste avec le principe de l'intangibilité de la substance, cf. David ROBITAILE, *ibidem*, p. 221 (237 et s.).

83 Voy. aussi, dans le même sens, l'observation générale n° 19 du Comité onusien sur le droit à la sécurité sociale, adoptée le 23.11.2007, § 60.

84 En ce compris lorsqu'est en cause l'obligation positive de réaliser le noyau dur du droit fondamental considéré. Voy. en ce sens l'observation générale n° 14 du Comité onusien du 11.8.2000 (droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint), spéc. §§ 43 et 47. Voy., plus largement, David ROBITAILE, « Pour une théorie de la justiciabilité substantielle

justifier l'atteinte infligée au noyau dur du droit fondamental considéré⁸⁹. A l'instar, également, du constat posé à propos du principe de standstill⁹⁰, on assiste, *in casu*, en tout cas sur le plan des principes, à un renversement de la charge de la preuve : que le bénéficiaire d'un droit fondamental démontre l'atteinte portée au noyau dur, et la preuve du caractère justifié de cette atteinte reposera sur l'Etat⁹¹.

A supposer qu'elles conduisent à des conclusions différentes sur le plan juridique⁹², 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 force symbolique du droit qui s'attache à un constat de violation, et à la préservation d'une 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 en faillite ne sera sans doute pas en mesure de réparer le mal commis. Mais au moins ne pourra-t-il se parer du Droit pour justifier l'atteinte aux droits de l'homme dont il se rend coupable, peut-être malgré lui.

89 Se pose la question de savoir si dans ce cas, et comme en matière de standstill, lesdits motifs doivent être articulés à un contrôle de proportionnalité, imposant notamment, au-delà de l'invocation du manque de ressources budgétaires, de réaliser une balance entre les intérêts en présence (intérêt général *versus* intérêt des personnes vulnérables dont les besoins essentiels ne sont pas satisfaits). Dans son article précité, et sauf erreur de notre part, David ROBITAILLE n'évoque pas explicitement un tel contrôle, se limitant à exiger, dans le chef de l'Etat, une justification, qu'il qualifie cependant parfois de raisonnable. Tout au plus l'auteur souligne-t-il que « le fardeau justificatif devrait (...) être plus sévère lorsque l'Etat omet d'assurer le contenu minimal de ces droits, compte tenu de leur importance pour la vie et la sécurité des personnes dont les besoins essentiels ne sont pas comblés » (*ibidem*, p. 221 [247 et 248]) ; le propos nous semble toutefois très théorique). A supposer que, dans l'esprit de l'auteur, la proportionnalité de la mesure attentatoire au noyau dur doive être vérifiée, on pourrait se demander si, par un autre biais, on arriverait pas, à propos de la question qui nous occupe (la remise en cause d'« acquis sociaux ») à un résultat similaire, ou en tout cas fort proche, de celui auquel on aboutirait dans le cadre d'une conception absolue du noyau dur, dont la violation serait établie en recourant au principe de proportionnalité (lequel intègre le cas échéant, dans son raisonnement, l'argument budgétaire).

90 Isabelle HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2008, n° 413 et 414.

91 David ROBITAILLE, « Pour une théorie de la justiciabilité substantielle et processuelle des droits économiques et sociaux », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 94/2013, p. 221 (247 et 248).

92 Cf., à cet égard, la réserve formulée à la note 86.

IV. Le principe d'égalité

Une autre manière, bien connue, de conférer une certaine forme de justiciabilité aux droits sociaux est de passer par le détour du principe d'égalité : les mesures régressives ne peuvent pas être discriminatoires. Sous cet angle, la protection de l'acquis social est également toute relative – rien de neuf à cet égard – puisque seule une distinction de traitement ne reposant pas sur une justification objective et raisonnable sera arrêtée sous le visa du principe d'égalité⁹³.

Dans la lettre précitée qu'il adressa aux Etats parties en mai 2012, le Président du Comité des droits économiques, sociaux et culturels insiste, à cet égard, sur ce point :

« troisièmement, la politique ne doit pas être discriminatoire et doit comprendre toutes les mesures possibles, y compris sur le plan fiscal, pour favoriser les transferts sociaux afin d'atténuer les inégalités qui tendent à se creuser en période de crise, et faire en sorte que les droits des personnes et des groupes défavorisés et marginalisés ne soient pas touchés de façon disproportionnée ».

En ce sens également, et pour ne prendre que cet exemple, la Cour constitutionnelle portugaise jugea contraire au principe d'égalité, dans son arrêt n° 187/2013, le fait de faire peser le poids de certaines mesures d'austérité sur les seuls fonctionnaires. Jugé, notamment que :

« what does not make sense is to use the bond between Public Administration staff and the public interest – as characterised by the above situation or by the legal status of the public labour contract – as grounds for continuously imposing sacrifices on

93 On signale à cet égard l'heureuse précision apportée, dans l'arrêt n° 5/2004, par la Cour constitutionnelle belge, en réponse au Conseil des ministres qui objectait à la requérante que les principes d'égalité et de non-discrimination ne permettaient pas de comparer la situation de mêmes personnes sous l'empire de deux législations successives. La Cour y précise la portée de l'obligation de standstill attachée à l'article 23 de la Constitution, au regard des principes d'égalité et de non-discrimination. « S'il est exact », selon la Cour, « que les articles 10 et 11 de la Constitution imposent, en principe, de comparer la situation de deux catégories de personnes différentes, et non la situation d'une même catégorie de personnes sous l'ancienne et sous la nouvelle législation, à peine de rendre impossible toute modification de la législation, il n'en va pas de même lorsqu'est invoquée, en combinaison avec ces dispositions, une violation de l'effet de 'standstill' de l'article 23 de la Constitution. Celui-ci interdit en effet, en ce qui concerne le droit à l'aide sociale, de régresser de manière significative dans la protection que les législations offraient, dans cette matière, au moment de l'entrée en vigueur de l'article 23. Il en découle logiquement que, pour juger de la violation éventuelle, par une norme législative, de l'effet de 'standstill' attaché à l'article 23 de la Constitution en ce qu'il garantit le droit à l'aide sociale, la Cour doit procéder à la comparaison de la situation des destinataires de cette norme avec la situation qui était la leur sous l'empire de la législation ancienne. Les articles 10 et 11 de la Constitution sont violés s'il est établi que la norme en cause comporte une diminution significative de la protection des droits garantis en matière d'aide sociale par l'article 23 à l'égard d'une catégorie de personnes, par rapport aux autres catégories de personnes qui n'ont pas à subir une telle atteinte à l'effet de 'standstill' attaché à l'article 23 » (cons. B. 25.3 de l'arrêt précité).

such workers by unilaterally cutting their salaries, when the purpose of doing so do is nothing more than the pursuit of a general objective in the attempt to fulfil deficit-reduction goals »⁹⁴.

V. Le principe de la protection de la confiance légitime

En lien avec le principe d'égalité⁹⁵, il est encore un autre principe de nature à faire obstacle à la remise en cause de prérogatives, à savoir le principe de la protection de la confiance légitime, qui s'inscrit dans le cadre du droit transitoire.

En opposant une résistance à l'accélération du temps juridique, standstill, noyau dur et protection des attentes légitimes oeuvrent tous trois, à des degrés divers, dans le sens de la sécurité juridique. Mais là où les principes de standstill et de l'intangibilité de la substance sont sensibles à des considérations d'ordre matériel – ce qui ne les empêche pas, pour le premier et dans le cadre d'une conception relative du second, de présenter également un volet procédural, sous la forme d'une obligation de justification –, le principe de confiance légitime répond avant tout à un souci de sécurité juridique. En tant que tel, il n'édicte aucune limite matérielle au pouvoir de révision du pouvoir législatif, visant seulement à limiter les effets dans le temps de la modification normative apportée. Comme le soulignent *Theo Öhlinger* et *Manfred Stelzer*, « lorsque la Cour constitutionnelle (autrichienne) recourt à la notion de droits acquis, elle protège de manière générale la confiance dans certains positions juridiques, à savoir qu'elle protège la confiance dans l'existence des positions juridiques octroyées par la loi, en ce que la personne concernée a, avec raison, accordé sa confiance à l'existence même de cette position ; la Cour constitutionnelle protège les intéressés surtout contre des atteintes graves et subites »⁹⁶. En Grèce également, une partie de la doctrine essaie de résoudre le problème d'une modification législative qui

porterait atteinte à une protection sociale octroyée en invoquant le « principe de la protection de la confiance légitime » comme limite faisant barrage à une modification législative arbitraire⁹⁷.

Il semble que la violation de ce principe vienne souvent en renfort du constat d'une régression disproportionnée, en particulier sous l'angle du principe d'égalité.

Ainsi, dans un arrêt *Kjartan Asmundsson*, la Cour européenne des droits de l'homme « épingla le fait que la suppression pure et simple de l'allocation suite à la modification litigieuse avait en réalité frappé un nombre très réduit de personnes – ce qui laissait planer le parfum d'une discrimination contraire à l'article 14 (...) –, et ajouta – sur le registre des 'droits acquis' – que le requérant pouvait légitimement escompter que son invalidité serait, à l'avenir, évaluée par application des règles originaires (...). Dût-il s'être agi d'une réduction 'raisonnable et proportionnée' de la pension proméritée, la mesure eût pu, à l'estime de la Cour, passer la rampe. Une privation totale des droits acquis, par contre, se révélait inadmissible (...) »⁹⁸.

Ainsi encore, le Comité européen des droits sociaux conclut, dans une décision rendue en décembre 2012, « que les mesures restrictives contestées, qui semblent conduire à la privation d'une partie de la population d'une portion considérable de ses moyens de subsistance, ont été introduites sans tenir compte de la légitime attente des pensionnés à ce que les ajustements de leurs droits à la sécurité sociale soient mis en œuvre en tenant dûment compte de leur vulnérabilité, d'attentes financières fondées et, finalement, de leur droit à bénéficier d'un accès effectif à la protection sociale et à la sécurité sociale »⁹⁹.

En ce sens, le principe de la confiance légitime est de nature à assurer, dans le chef du bénéficiaire d'une prestation, la pérennité de celle qui lui avait été jusqu'ores reconnue pour des motifs liés à la sécurité juridique. Jusqu'à ce qu'intervienne une diminution du niveau de protection acquis qui ne prendrait pas ses destinataires au dépourvu ...

94 Summary, § 15, p. 8.

95 Voy. en ce sens: *Theo ÖHLINGER / Manfred STELZER*, « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Autriche », in: ILIOPOULOS-STRANGAS (éd.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2000, p. 105 (158) : « produit remarquable de la récente jurisprudence, la mise en œuvre du principe de protection de la confiance légitime est dérivé du principe d'égalité devant la loi ».

96 *Theo ÖHLINGER / Manfred STELZER*, *ibidem*, p. 105 (159). Voy. par ailleurs Wolfgang DÄUBLER, « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Allemagne », in: ILIOPOULOS-STRANGAS (éd.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2000, p. 47 (100) ; Jean-Jacques PARDINI, « Principe de gradualità et droits sociaux de prestation ou l'effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie », in: GAY / MAZUYER / NAZET-ALLOUCHE (éds.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles, 2006, p. 57 (64 et 70) ; Fanny JACQUELOT, « Les droits sociaux fondamentaux dans les pays d'Europe centrale et orientale (République tchèque, Pologne, Slovaquie, Lettonie, Lituanie, Estonie, Hongrie, Slovaquie, Chypre et Malte », in: GAY /

MAZUYER / NAZET-ALLOUCHE (éds.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles, 2006, spéc. p. 149 (160 et 161).

97 Cf. Julia ILIOPOULOS-STRANGAS / Georges LEVENTIS « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce », in: ILIOPOULOS-STRANGAS (éd.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Athènes, Baden-Baden, 2000, p. 481.

98 Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, Volume 2 : articles 7 à 59 de la Convention. Protocoles additionnels, Les dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, 2006, n° 527, p. 159.

99 Extrait du § 82 de la décision-type rendue sur réclamation collective n° 76/2012 ; souligné par nous.

VI. Conclusion

De manière générale, on doit sans doute constater la relative diversité des formes de justiciabilité destinées à donner corps à l'idée de justice sociale, par le biais la préservation d'un certain niveau de protection. En soi, cette pluralité ne nous apparaît pas préjudiciable, que du contraire¹⁰⁰. C'est du reste parfois de la combinaison de plusieurs formes de justiciabilité que résultera une protection de l'« acquis social ».

Parmi les lignes de force qui semblent se dégager de ce bref tour d'horizon, en droit international et comparé, on pointera en particulier l'obligation, pour l'autorité publique, de justifier les choix qu'elle opère, compte tenu des ressources limitées dont elle dispose. Tout l'enjeu réside évidemment dans l'intensité de la justification requise. Se contente-t-on de l'invocation d'un contexte économique défavorable pour justifier une régression ou exige-t-on une démonstration plus poussée¹⁰¹ ? Le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire constitue en tout cas une perche tendue aux Etats parties pour justifier des régressions en matière sociale. Reste alors à espérer que le droit qui, fort heureusement, ne se limite pas à l'enregistrement d'exigences dictées par l'économie et la finance, se souvienne de la promesse incarnée par les droits sociaux pour en tout cas exiger de l'Etat qu'il rende des comptes sous cet angle et démontre, notamment, avoir eu égard aux catégories de personnes les plus vulnérables.

100 Compar. David ROBITAILLE, *op. cit.*, p. 221 (223) ; David LANDAU, *op. cit.*, selon qui le Comité devrait revoir à la baisse l'attention qu'il accorde au principe de non-régression, voire même, va jusqu'à écrire l'auteur, supprimer ce principe potentiellement dangereux. C'est peut-être oublier que le principe est inhérent aux obligations positives et s'adresse avant tout aux autorités législatives et réglementaires. Ce n'est que dans un second temps que le juge (et, plus généralement, les différents organes de surveillance) est appelé à contrôler la manière dont l'Etat donne corps aux droits sociaux, au travers des formes de justiciabilité pertinentes pour le cas d'espèce, c'est-à-dire compte tenu du type de politique publique mise en œuvre. On voit dès lors mal comment le Comité pourrait se départir d'une forme de justiciabilité inhérente aux droits sociaux dont il assure le respect, fût-ce au profit d'une autre ; on voit mal comment il pourrait aujourd'hui justifier la suppression d'un principe qu'il a déduit d'entre les lignes du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dès 1990. Si le principe de non-régression est évidemment loin d'être la seule forme de justiciabilité à exploiter, elle constitue, nous semble-t-il, une voie parmi d'autres à ne pas négliger.

101 Voy. à cet égard Jean-Jacques PARDINI, « Principe de *gradualità* et droits sociaux de prestation ou l'effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie », in : GAY / MAZUYER / NAZET-ALLOUCHE (éds.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles, 2006, p. 57 (72).

Der Staatsrat zwischen dem Verfassungsmodell des Sozialstaats und dem politischen Einwand: „Wer nichts hat, kann nichts geben“

Sotirios Al. Rizos*

1. Die Beschreibung des Sozialstaats, wie er sich während der Republik von 1975 entwickelt hat, ist leicht, wenn man auf die Verfassung abzielt, schwierig auf der Ebene der Gesetzgebung und der Organisation der Versicherungsgesellschaften und beinahe unmöglich in der Praxis. Denn **auch** der Sozialstaat stellte einen Wirkungsbereich des allmächtigen und unbezwungenen Klientelismus dar, mit der großzügigen Anerkennung von Rechten, wo es keine gab, und der Duldung der Nichterfüllung von Verpflichtungen, wo solche bestanden. Aber auch mit dem Rückgriff des Staates auf (etwaige) Rücklagen der Versicherungskassen für andere Zwecke, ein Merkmal, das nicht nur für diese Republik kennzeichnend war, sondern auch für die vorangegangenen.¹ Allgemein betrachtet hat der Sozialstaat, der während der Zeit des Wohlstands errichtet wurde, nicht die stabilen Grundlagen und die Qualität erreicht, die man in den organisierten Ländern Europas antrifft. Die Geldleistungen waren relativ zufriedenstellend, aber schlecht bis sehr schlecht war das Niveau vor allem im Bereich der Gesundheit und der Sorge für schutzbedürftige Bevölkerungsgruppen (Versorgung, Vorsorge für Behinderte, kinderreiche Familien und bei Bedürftigkeit im Alter). Die hilfsbedürftigen Gruppen waren und sind von dem Fehlen geeigneter Infrastrukturen und der fehlenden finanziellen Unterstützung (Infrastrukturen zur Versorgung im Alter und von Behinderten, chronisch Kranken usw.) betroffen.

2. Der Verfassungsgeber von 1975 hat bei der Gestaltung des Sozialstaatsprinzips das analytische und nicht das synthetische Modell gewählt. Er hat eher die Weimarer Verfassung und die verwandte griechische Verfassung von 1927 und nicht die schlichte Bonner Verfassung nachgeahmt. Er konkretisiert das Sozialstaatsprinzip durch die Verankerung bestimmter sozialer Rechte und Institutsgarantien in den Artikeln 21-23, die sich auf die Stärkung der Familie, der Mutterschaft, der Kindheit, der Vorsorge des Staates für die Gesundheit der Bürger und das Ergreifen von Maßnahmen zum Schutz im Alter und von Behinderten sowie

* *Präsident des griechischen Staatsrates.*

1 Nach Art. 2 des Notstandsgesetzes 1611/1950 (GBl. I S. 304) müssen seit dem 1.1.1951 die Gelder der Versicherungskassen bei der Bank von Griechenland hinterlegt werden, die sie mit weiter verzinslichen Einlagen bei anderen Banken „zur Finanzierung der Landwirtschaft, des Handels und der Industrie“ (Art. 4 desselben Gesetzes) anlegt.