

## L'ARRÊT « CWASS » DU CONSEIL D'ÉTAT : PERLE RARE OU POISSON-PILOTE POUR LE CONTRÔLE DES RÉGRESSIONS SIGNIFICATIVES DE LA SÉCURITÉ SOCIALE ?

**Commentaire de l'arrêt du Conseil d'État n° 243.760 du 20 février 2019,  
asbl Association belge contre les maladies neuro-musculaires et cts**

par

Youri Mossoux

*Assistant à l'Université Saint-Louis-Bruxelles et collaborateur scientifique à l'ULB  
Référéndaire à la Cour constitutionnelle*

– ARRÊT N° 243.760 (VI° CH.) DU 20 FÉVRIER 2019

I. Kovalovsky (prés. et rapp.), D. De Roy et A.-Fr. Bolly

Aud. : E. Thibaut (avis contraire)

Plaid. : M. Dekleermaker *loco* A. Daout et E. Rombaux *loco* M. Nihoul

e.c. : a.s.b.l. Association belge contre les maladies neuro-musculaires et cts c./ Région wallonne

**Droits et libertés – Droits économiques, sociaux et culturels – Article 23 de la Constitution – Droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale – Principe de *standstill* – Nature du contrôle opéré**

*En prévoyant l'octroi d'aides individuelles à l'intégration des personnes handicapées, les dispositions de l'arrêté attaqué garantissent des droits participant du droit que l'article 23 de la Constitution reconnaît à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine. Ces mesures s'inscrivent, de manière plus particulière, dans la perspective des droits consacrés par l'article 23, 2°, à savoir le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique.*

*L'article 23 de la Constitution implique, dans les matières qu'il couvre, une obligation de *standstill* qui s'oppose à ce que l'autorité compétente pour adopter une règle réduise sensiblement le niveau de protection offert par la législation applicable sans qu'existent pour ce faire des motifs liés à l'intérêt général. Ainsi, pour établir une violation de l'obligation de *standstill*, il y a lieu d'abord de constater une diminution du niveau de protection, ensuite de vérifier le caractère sensible de cette régression et enfin de démontrer que les justifications avancées ne constituent pas des motifs d'intérêt général admissibles. Par ailleurs,*

*c'est au regard de la législation applicable au moment de l'introduction de la modification critiquée qu'il faut examiner si cette modification implique un recul sensible du niveau de protection. L'examen du moyen requiert donc qu'il soit recherché si l'acte attaqué réduit sensiblement le degré de protection qu'offraient les dispositions préexistantes et, en cas de réponse affirmative, si la partie adverse peut se prévaloir de motifs liés à l'intérêt général justifiant un tel recul dans la protection accordée aux droits des personnes handicapées.*

**Droits et libertés – Droits économiques, sociaux et culturels – Article 23 de la Constitution – Droit à la sécurité sociale – Principe de *standstill* – Recul significatif – Cumul de mesures opérant un recul**

*Si les requérantes sont en défaut d'établir que chacune des mesures critiquées, prise individuellement, implique une diminution sensible du niveau de protection offert, il convient toutefois d'avoir égard à la circonstance qu'il est fréquent que les besoins des personnes handicapées portent sur plusieurs aides. Dans de telles hypothèses, qui ne peuvent donc être considérées comme exceptionnelles, le cumul de plusieurs mesures est de nature à aboutir à un recul sensible du niveau de protection, même si chacune de celles-ci ne peut être considérée comme ayant nécessairement en elle-même un tel impact.*

*Là où les aides existantes sont maintenues – mais dans des conditions moins favorables pour les bénéficiaires –, les régressions instaurées par l'arrêté attaqué, qui sont de nature à affecter simultanément le même bénéficiaire, se combinent avec l'instauration de la « contribution financière ». Dans de telles circonstances, il doit être considéré que l'arrêté attaqué entraîne de*

*manière globale un recul sensible dans le niveau de protection antérieurement offert, sans qu'il soit besoin d'établir le caractère sensible du recul induit par chacune des mesures adoptées par l'acte attaqué.*

**Droits et libertés – Droits économiques, sociaux et culturels – Article 23 de la Constitution – Droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale – Principe de *standstill* – Recul significatif – Contrôle juridictionnel – Avis consultatif préalable**

**Droits et libertés – Droits économiques, sociaux et culturels – Article 23 de la Constitution – Droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale – Principe de *standstill* – Recul significatif – Appréciation par rapport à l'état immédiatement antérieur de la réglementation**

*L'instauration transversale d'une « contribution financière » s'élevant à 10 % du montant de toute aide accordée par l'AWIPH, excepté pour les bénéficiaires de l'intervention majorée pour lesquels la « participation » est de 2 % s'analyse en réalité comme une diminution linéaire de toutes les aides individuelles, sous deux exceptions particulières, qui doit être considérée comme entraînant une diminution sensible du niveau de protection qu'offraient les dispositions préexistantes, et ce même lorsque la « contribution » est limitée à 2 %, dès lors que ce taux s'applique précisément à des personnes dont les moyens financiers sont particulièrement faibles. D'ailleurs, dans son avis donné en mars 2015, la Commission wallonne pour les personnes handicapées a souligné que des pistes existaient « pour éviter que les bénéficiaires de l'aide matérielle ne soient trop sévèrement impactés par l'introduction de la part contributive », à savoir l'introduction d'un palier supplémentaire entre les 2 % et les 10 %, ainsi que le recours à un « mécanisme du type “Montant Maximum à Facturer” qui permettrait de limiter les sommes payées par le bénéficiaire pour une même année », l'auteur de l'acte attaqué n'ayant toutefois pas suivi ces suggestions. La circonstance, invoquée par la partie adverse, qu'initialement, l'arrêté du 3 juin 1999 avait instauré une « part contributive » et que cette « participation » a ensuite été supprimée, s'avère dépourvue de pertinence pour déterminer le caractère sensible ou non du recul opéré par l'acte attaqué par rapport à la réglementation directement antérieure.*

*Au surplus, il n'y a pas lieu d'avoir égard à la circonstance, alléguée par la partie adverse dans son mémoire en réponse, que « de nombreuses aides ont aussi vu le jour au fur et à mesure des*

*modifications réglementaires », dès lors que les aides dont il est ainsi fait état ont toutes été instaurées par des modifications antérieures, qu'elles existaient donc le jour de l'entrée en vigueur de l'arrêté attaqué et que c'est précisément par rapport à la réglementation applicable à ce moment que doit être apprécié le caractère sensible ou non du recul du niveau de protection induit par les modifications en cause.*

**Droits et libertés – Droits économiques, sociaux et culturels – Article 23 de la Constitution – Droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale – Principe de *standstill* – Recul significatif – Mesures compensatoires – Caractère substantiel et effectif**

*Quant aux mécanismes dont la partie adverse fait état et qui seraient, selon elle, de nature à compenser l'impact de l'arrêté attaqué, il s'agit soit de simples intentions, soit de mécanismes qui existaient avant l'adoption de l'arrêté attaqué, ce qui n'est pas de nature à infirmer le caractère sensible du recul qu'entraînent les modifications contenues dans l'arrêté attaqué.*

**Droits et libertés – Droits économiques, sociaux et culturels – Article 23 de la Constitution – Droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale – Principe de *standstill* – Recul significatif – Absence de motifs d'intérêt général justifiant le recul**

*S'agissant des motifs d'intérêt général qui pourraient justifier le recul, sur la base des éléments figurant dans les pièces du dossier administratif et des explications données dans les écrits de procédure, le motif tiré de la nécessité de « responsabiliser » les bénéficiaires ne peut être considéré comme présentant le degré de pertinence suffisant, au regard du prescrit de l'article 23 de la Constitution, pour justifier le recul opéré par l'acte attaqué en imposant une « contribution » pour toutes les aides octroyées. L'objectif poursuivi à titre principal tel qu'il ressort du dossier administratif, à savoir l'adoption de mesures structurelles tendant à assurer la pérennité du système d'aides aux personnes en situation de handicap, voire à en « élargir le public cible », que les motifs tirés de la nécessité de responsabiliser les bénéficiaires, d'une part, et de réaliser des économies, d'autre part, sont indissociables, de sorte qu'il n'y a pas lieu de déterminer si l'impératif budgétaire, pris isolément, permet, en l'espèce, de justifier la réduction, opérée par l'arrêté attaqué, du niveau de protection des droits consacrés par l'article 23 de la Constitution.*

**ARRÊT (EXTRAITS)***VI.2. Appréciation du Conseil d'État*

Aux termes de l'article 23 de la Constitution :  
« 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 ».

L'arrêté attaqué modifie des dispositions du Code réglementaire wallon de l'Action sociale et de la Santé contenues dans le chapitre V du titre VII du livre V de la deuxième partie, lesquelles, en prévoyant l'octroi d'aides individuelles à l'intégration des personnes handicapées, garantissent des droits participant du droit que l'article 23 de la Constitution reconnaît à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine. Ces mesures s'inscrivent, de manière plus particulière, dans la perspective des droits consacrés par l'article 23, 2°, à savoir le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique.

L'article 23 de la Constitution implique, dans les matières qu'il couvre, une obligation de *standstill* qui s'oppose à ce que l'autorité compétente pour adopter une règle réduise sensiblement le niveau de protection offert par la législation applicable sans qu'existent pour ce faire des motifs liés à l'intérêt général. Ainsi, pour établir une violation de l'obligation de *standstill*, il y a lieu d'abord de constater une diminution du niveau de protection, ensuite de vérifier le caractère sensible de cette régression et enfin de démontrer que les justifications avancées ne constituent pas des motifs d'intérêt général admissibles. Par ailleurs, c'est

au regard de la législation applicable au moment de l'introduction de la modification critiquée qu'il faut examiner si cette modification implique un recul sensible du niveau de protection.

L'examen du moyen requiert donc qu'il soit recherché si l'acte attaqué réduit sensiblement le degré de protection qu'offraient les dispositions préexistantes et, en cas de réponse affirmative, si la partie adverse peut se prévaloir de motifs liés à l'intérêt général justifiant un tel recul dans la protection accordée aux droits des personnes handicapées.

Le premier recul invoqué par les requérantes a trait à l'instauration de ce que la partie adverse dénomme une « part contributive » consistant en ce que l'intervention accordée à des personnes handicapées en vertu des sections 1<sup>re</sup> à 3 du chapitre V précité ainsi que de l'annexe 82 n'est désormais octroyée qu'à concurrence de 90 %, sauf lorsque la personne handicapée bénéficie de l'intervention majorée au sens de l'article 37, § 19, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, auquel cas l'intervention est octroyée à concurrence de 98 %. Cette mesure s'applique à toute intervention, à l'exception du montant forfaitaire octroyé pour les voiturettes manuelles et de promenade ainsi que pour les chiens-guides.

Le deuxième recul allégué concerne la réduction du champ d'application de l'article 793 du Code réglementaire, qui prévoit l'intervention de l'AWIPH pour la réparation d'une « voiturette manuelle ou de promenade ou électrique » si un montant d'intervention a été octroyé par l'assurance soins de santé obligatoire lors de son achat et que le délai de garantie est expiré, les requérantes soulignant qu'antérieurement, l'AWIPH était habilitée à intervenir, de manière plus générale, pour la réparation d'une « aide à la mobilité ».

Le troisième recul dénoncé par les requérantes consiste en l'extension de la liste des prestations exclues. Les requérantes soulignent que les exclusions supplémentaires portent sur les fauteuils relax avec ou sans moteur, sur les interphones, parlophones, vidéophones et accessoires, sur les téléphones filaires, les téléphones sans fils, GSM et accessoires ou logiciels, ainsi que sur les constructions de logements y compris les voies d'accès, les mobiliers adaptés et sanitaires.

Le quatrième recul réside dans diverses limitations et réductions d'intervention reprises dans l'annexe 82. Les requérantes visent en particulier :

- s'agissant des produits d'assistance aux soins et à la protection personnelle énumé-

- rés (point 1.1 de l'annexe), l'ajout de trois exclusions supplémentaires ;
- s'agissant des produits d'assistance à la mobilité personnelle, notamment les adaptations pour voiture (point 2.2 de l'annexe), d'une part, l'exclusion des adaptations de la boîte de vitesse et d'embrayage, et, d'autre part, l'allongement du délai de renouvellement de 5 à 7 ans ;
  - s'agissant des aménagements et adaptations de maisons et autres lieux, plus précisément le réaménagement d'un logement existant (point 3.1 de l'annexe), trois exclusions ont été ajoutées, parmi lesquelles figure la motorisation des portes de garage, tandis que des biens qui permettaient l'intervention de l'AWIPH ont disparu : par exemple les fauteuils avec mécanisme pour aider à se lever et s'asseoir (point 3.3 ancien de l'annexe), les tablettes de lit (point 3.7 ancien de l'annexe), les interphones et parlophones (point 3.9 ancien de l'annexe) ; des restrictions ont également été apportées aux produits d'assistance pour l'accessibilité verticale (point 3.7 de l'annexe) : le monte-charge est désormais exclu et les modalités d'intervention pour une plate-forme élévatrice verticale ont été modifiées dans un sens restrictif ; il existe désormais un plafond pour les élévateurs d'escalier avec siège et, par ailleurs, l'hypothèse d'un second montant d'intervention en cas de déménagement a disparu (point 3.10.4.1 ancien de l'annexe) ;
  - s'agissant des produits d'assistance à la communication et à l'information, les requérantes relèvent que le téléphone pour réseaux mobiles avec relecteur d'écran ou logiciel grossissant (point 4.2.3 de l'annexe), dont le montant de l'intervention s'élevait à 391 euros, a été remplacé par un *smartphone* n'impliquant qu'une contribution de l'AWIPH de 140 euros, tandis que le téléphone à amplificateur de son et les amplificateurs d'entrées et vidéophones ont été rayés de la liste de produits d'assistance à l'activité « écouter ».

La partie adverse ne nie pas que l'acte attaqué entraîne un recul par rapport au niveau de protection offert par la réglementation antérieure. Elle soutient en revanche que ce recul ne peut être qualifié de sensible.

Les trois dernières catégories de mesures énumérées par les requérantes consistent essentiellement en des exclusions d'aides antérieurement accordées ainsi que des réductions d'intervention, sous diverses formes.

Dans son avis donné en mars 2015, la Commission wallonne des personnes handicapées

a souligné l'importance, pour les intéressés, de certaines interventions ou de certaines aides qui sont limitées ou supprimées par l'arrêté attaqué. Ainsi, elle estime que la limitation de l'intervention pour les lits, fixée à 800 euros au lieu de 1 300 euros, « pèse fortement sur les personnes handicapées car actuellement il n'est pas facile de trouver des lits répondant aux attentes et besoins des personnes handicapées et ne dépassant pas le nouveau plafond proposé dans l'arrêté ». S'agissant de la suppression du poste « construction de logements adaptés », elle souligne que « les personnes handicapées ont besoin de surfaces complémentaires notamment si elles se déplacent en fauteuil roulant » et regrette « qu'il n'y ait pas eu de concertation avec le ministre du Logement ». Elle relève que les boîtes automatiques des véhicules, que certaines personnes handicapées ont l'obligation de prendre, constituent un surcoût. La Commission déplore également la suppression des aides relatives aux interphones et visiophones, qui, s'ils constituent des équipements courants, « sont utilisés par les personnes handicapées souvent pour éviter des déplacements et par sécurité si la personne ne peut se rendre devant la porte pour voir qui est là ». Elle souligne également que « la suppression de la prise en charge de la motorisation des portes de garage [...] pose un problème pour les personnes qui ne peuvent ouvrir leur porte de garage de manière manuelle du fait de leur handicap ».

Ces objections n'ont pas été suivies. La note au Gouvernement wallon rédigée en vue de la 3<sup>e</sup> et dernière lecture de l'avant-projet d'arrêté indique que « la plupart des aides citées se relèvent [*sic*] moins pertinentes aujourd'hui soit parce qu'elles relèvent du domaine courant suite aux progrès technologiques ou aux évolutions de marchés, certains d'entre eux pouvant également être transférées au sein de l'enveloppe de produits d'assistance diverses (PAD) ». Ce faisant, ladite note reprend, pour l'essentiel, les considérations qui figuraient dans la proposition de l'AWIPH pour justifier les mesures critiquées par la Commission. Par ailleurs, cette note ajoute que certaines des aides concernées « ne relèvent pas spécifiquement de la difficulté surajoutée au handicap ». Selon le mémoire en réponse, tel serait notamment le cas des interphones, parlophones et vidéophones, la partie adverse se référant notamment à l'article 278 du Code wallon de l'action sociale et de la santé, selon lequel il est tenu compte, en vue des interventions financières de l'AWIPH, « du coût normal des prestations demandées et de leur coût supplémentaire à celui qu'une personne non handicapée encourt dans des situations identiques ».

À cet égard, il convient de souligner que s'il est exact que l'installation d'un interphone, d'un parlophone ou d'un vidéophone ne s'avère pas plus onéreuse pour une personne handicapée, il n'en demeure pas moins que, comme le souligne la Commission, elle peut s'avérer nécessaire dans un souci de sécurité et que ces systèmes représentent un coût qui auparavant, était couvert, fût-ce partiellement, par les aides de l'AWIPH. Il en va de même, notamment, des plaques à induction, des fauteuils avec mécanisme pour se lever et s'asseoir, ainsi que des tables de lit ou de nuit avec tablette, que la partie adverse considère comme étant devenus des biens de consommation courants.

Par ailleurs, la diminution de l'intervention pour les lits (800 euros au lieu de 1 300 euros) est substantielle et la partie adverse n'apporte aucun élément permettant de remettre en cause l'affirmation de la Commission selon laquelle il n'est pas facile de trouver des lits répondant aux besoins des intéressés tout en ne dépassant pas le plafond tel qu'il est réduit par l'acte attaqué.

S'agissant de la suppression de l'aide pour la « construction de logements adaptés », la circonstance, alléguée par la partie adverse dans son mémoire en réponse, que l'adaptation du logement existant de la personne handicapée continue d'être prise en charge ne permet pas, en soi, de considérer que le recul n'est pas sensible, dès lors qu'une telle adaptation faisait déjà l'objet d'interventions avant la modification apportée par l'arrêté attaqué.

Eu égard spécialement aux observations de la Commission, il n'existe pas d'élément ressortant du dossier administratif ou des écrits de procédure qui permettrait de décider que les réductions ou suppressions dont il est fait état ci-avant ne puissent être considérées comme des reculs sensibles.

Toujours en n'ayant égard qu'aux mesures visées dans les trois dernières catégories évoquées dans la requête, si les requérantes sont en défaut d'établir que chacune de celles-ci, prise individuellement, implique une diminution sensible du niveau de protection offert, il convient toutefois d'avoir égard à la circonstance qu'il est fréquent que les besoins des personnes handicapées portent sur plusieurs aides. Dans de telles hypothèses, qui ne peuvent donc être considérées comme exceptionnelles, le cumul de plusieurs mesures est de nature à aboutir à un recul sensible du niveau de protection, même si chacune de celles-ci ne peut être considérée comme ayant nécessairement en elle-même un tel impact.

En tout état de cause, le premier « recul » dénoncé par les requérantes réside dans l'instauration de ce

que la partie adverse dénomme une « contribution financière » s'élevant à 10 % du montant de toute aide accordée par l'AWIPH, excepté pour les bénéficiaires de l'intervention majorée pour lesquels la « participation » est de 2 %. Cette mesure s'analyse en réalité comme une diminution linéaire de toutes les aides individuelles, à l'exception du montant forfaitaire octroyé pour les voiturettes manuelles et de promenade ainsi que pour les chiens-guides (point I.1.3. de l'annexe 82), qui demeure octroyé à concurrence de 100 %. Elle doit être considérée comme entraînant une diminution sensible du niveau de protection qu'offraient les dispositions préexistantes, et ce même lorsque la « contribution » est limitée à 2 %, dès lors que ce taux s'applique précisément à des personnes dont les moyens financiers sont particulièrement faibles. D'ailleurs, dans son avis donné en mars 2015, la Commission wallonne pour les personnes handicapées a souligné que des pistes existaient « pour éviter que les bénéficiaires de l'aide matérielle ne soient trop sévèrement impactés par l'introduction de la part contributive », à savoir l'introduction d'un palier supplémentaire entre les 2 % et les 10 %, ainsi que le recours à un « mécanisme du type "Montant Maximum à Facturer" qui permettrait de limiter les sommes payées par le bénéficiaire pour une même année », l'auteur de l'acte attaqué n'ayant toutefois pas suivi ces suggestions. La circonstance, invoquée par la partie adverse, qu'initialement, l'arrêté du 3 juin 1999 avait instauré une « part contributive » et que cette « participation » a ensuite été supprimée, s'avère dépourvue de pertinence pour déterminer le caractère sensible ou non du recul opéré par l'acte attaqué par rapport à la réglementation directement antérieure.

Force est en outre de constater que là où les aides existantes sont maintenues – mais dans des conditions moins favorables pour les bénéficiaires –, les régressions instaurées par l'arrêté attaqué, qui, ainsi qu'il a été souligné ci-avant, sont de nature à affecter simultanément le même bénéficiaire, se combinent avec l'instauration de la « contribution financière » imposée pour toute aide accordée par l'AWIPH, hormis les montants octroyés pour les voiturettes et les chiens-guides. Dans de telles circonstances, il doit être considéré que l'arrêté attaqué entraîne de manière globale un recul sensible dans le niveau de protection antérieurement offert, sans qu'il soit besoin d'établir le caractère sensible du recul induit par chacune des mesures adoptées par l'acte attaqué. La circonstance, alléguée par la partie adverse, que l'instauration d'une « contribution » personnelle ne tendrait qu'à mettre en œuvre le principe

consacré par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 785 du Code réglementaire selon lequel la prise en charge des frais liés à l'aide individuelle à l'intégration se fait dans les limites des crédits budgétaires, s'avère à cet égard dépourvue de pertinence, dès lors que ce n'est pas cette disposition mais bien l'acte attaqué qui instaure la mesure en cause.

Quant aux mécanismes dont la partie adverse fait état et qui seraient, selon elle, de nature à compenser l'impact de l'arrêté attaqué, il s'agit de « suggestions » formulées dans la note au Gouvernement et destinées à optimiser l'octroi de l'aide matérielle, de l'intention, exprimée également dans ladite note, de procéder, après 12 à 18 mois de fonctionnement, à une évaluation des mesures adoptées par l'acte attaqué, de l'instauration d'un système de prêt d'aides matérielles d'occasion, concrétisée par la conclusion, le 15 janvier 2014, pour une durée de trois ans, d'une convention entre le CRETH (Centre de ressource et d'évaluation des technologies pour les personnes handicapées) et l'AWIPH, et, enfin, de la disposition contenue à l'article 796/6 du Code réglementaire, et qui consacre une procédure dérogatoire exceptionnelle au profit des bénéficiaires. Ce faisant, la partie adverse fait état, soit de simples intentions, soit de mécanismes qui existaient avant l'adoption de l'arrêté attaqué, ce qui n'est pas de nature à infirmer le caractère sensible du recul qu'entraînent les modifications contenues dans l'arrêté attaqué. La seule mesure, invoquée par la partie adverse, pouvant être considérée comme « compensant » une « régression », à savoir la suppression des aides relatives aux téléphones fixes, réside dans la prise en charge des *smartphones* à concurrence de 140 euros, applications comprises. À supposer même qu'il puisse être considéré que sur ce point précis l'arrêté attaqué n'emporte pas de régression sensible dans la protection des droits antérieurement reconnus, cette circonstance n'est pas de nature, à elle seule, à invalider le constat, effectué ci-avant, relatif à l'incidence de l'arrêté attaqué, envisagé globalement, sur le niveau de protection antérieurement reconnu. Au surplus, il n'y a pas lieu d'avoir égard à la circonstance, alléguée par la partie adverse dans son mémoire en réponse, que « de nombreuses aides ont aussi vu le jour au fur et à mesure des modifications réglementaires », dès lors que les aides dont il est ainsi fait état ont toutes été instaurées par des modifications antérieures, qu'elles existaient donc le jour de l'entrée en vigueur de l'arrêté attaqué et que c'est précisément par rapport à la réglementation applicable à ce moment que doit être apprécié le caractère sensible ou non du recul

du niveau de protection induit par les modifications en cause.

Dès lors que le recul opéré par l'arrêté attaqué doit être qualifié de sensible, il s'impose de déterminer si des motifs d'intérêt général permettent de le justifier.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse expose qu'à supposer que l'arrêté attaqué entraîne des reculs sensibles, ceux-ci sont justifiés par trois motifs d'intérêt général : le besoin de réaliser des économies budgétaires dans les dépenses de l'AWIPH, celui de garantir la continuité du service public en assurant le maintien du système des aides en vue de l'intégration des personnes handicapées, et, enfin, la nécessité de responsabiliser les bénéficiaires. S'agissant en particulier du troisième motif, elle fait valoir que la responsabilisation des bénéficiaires poursuit deux objectifs : d'une part, « éviter, comme c'est le cas actuellement, que certains bandagistes et entrepreneurs, sachant que l'AWIPH interviendra en faveur du bénéficiaire qui fait appel à eux, ne gonflent artificiellement leurs devis » et, d'autre part, « encourager le bénéficiaire à gérer son enveloppe avec parcimonie, ce qui lui évitera d'épuiser toutes les ressources mises à sa disposition en un seul poste au préjudice d'autres besoins futurs, quant à eux, réels ».

Ces motifs se déduisent effectivement du dossier administratif.

Tant la note au Comité de gestion de l'AWIPH en vue de sa réunion du 18 décembre 2014, que la « note modificative au Gouvernement wallon » ou la note au Gouvernement wallon déposée en vue de la 3<sup>e</sup> et dernière lecture du projet, exposant le « contexte » des modifications proposées, soulignent que des mesures doivent être prises, dans une « démarche de solidarité », en vue de « continuer à répondre aux besoins des personnes en situation de handicap et dans la perspective d'élargir à terme le public cible de l'AWIPH [...] » et que si les réponses apportées par l'administration aux besoins des personnes handicapées rencontrent un vif succès, il y a lieu de constater « un certain nombre de dérives ou de dysfonctionnements ».

Il y est souligné que l'absence de « contribution financière » avait, au départ, pour objectif « d'aider les personnes, particulièrement celles avec de faibles revenus, à bénéficier des interventions de l'Agence sans se soucier du prix des adaptations nécessaires ». Selon la note de l'administratrice générale de l'AWIPH, il s'en est suivi une « forme de déresponsabilisation des personnes », les bénéficiaires des aides ayant en effet « l'impression que l'AWIPH est l'acquéreur

du matériel et/ou le maître d'œuvre du chantier et n'osent [*sic*] dès lors pas agir quand une adaptation est mal faite ou inadéquate ». Et ladite note de poursuivre en exposant qu'il « en résulte au mieux, principalement dans le cadre des adaptations de logements, une dépense excessive au regard des réels besoins (l'enveloppe financière est épuisée sur un seul poste, laissant le bénéficiaire démuni dans l'optique d'autres adaptations dans le domicile) ; au pire, des constats après travaux, de malfaçons contraignant le bénéficiaire à ester en justice ; démarche à laquelle ce dernier renonce souvent, avec par ailleurs le sentiment que l'AWIPH gaspille les deniers publics ». Il est également affirmé que l'instauration d'une « part contributive », qui « responsabilisera » les bénéficiaires d'aide matérielle, « aura également un effet sur les pratiques d'une partie du secteur commercial qui "vend" les interventions de l'AWIPH : cessions de créances pour une année de langes, ensemble de produits d'assistance divers pour 500 euros, travaux d'aménagement à hauteur du montant maximal... ». Les deux notes au Gouvernement wallon posent le même constat, dans des termes identiques. Elles soulignent également que « l'objectif de la juste responsabilisation de l'ensemble des acteurs n'a pas été totalement atteint » et qu'il en résulte « un risque, principalement dans le cadre des adaptations de logements, de dépenses excessives au regard des réels besoins [...] ».

Il ressort donc du dossier administratif que l'objectif poursuivi par la partie adverse est d'assurer la pérennité du système de l'octroi d'aides individuelles aux personnes en situation de handicap et même d'en « élargir le public cible », en adoptant des mesures structurelles tendant, d'une part, à « responsabiliser » les bénéficiaires, et, d'autre part, à réaliser des économies budgétaires.

À propos de l'introduction d'une « contribution financière » pesant sur les bénéficiaires d'aide matérielle, qui constitue, selon elle, « la principale modification introduite par le projet d'arrêté » qui lui était soumis, la Commission wallonne des personnes handicapées souligne, dans son avis de mars 2015, que « Si l'objectif de responsabilisation des personnes par rapport à leurs besoins réels est intéressant, il doit s'accompagner d'une responsabilisation de l'ensemble des acteurs concernés (bandagistes, services conseils chargés notamment de conseiller les bénéficiaires,...) pour atteindre le meilleur ratio qualité/coût/adéquation avec la situation de la personne ». Cette observation n'a pas été suivie par la partie adverse. Certes, l'acte attaqué a inséré, dans l'annexe 82, une disposition

imposant que les demandes d'adaptation et de réaménagement de maisons (ou autres lieux) soient accompagnées d'un devis, ce qui, selon la note de l'administratrice générale de l'AWIPH, tendrait à « contrer une pratique largement répandue consistant à gonfler le devis original », mais il ressort de l'avis précité de la Commission que, pour « protéger les personnes handicapées contre des dépassements/surcoûts injustifiés dans l'aménagement/adaptation de leur habitation », il « serait intéressant qu'un modèle-type de devis soit élaboré par l'AWIPH et distribué aux demandeurs de l'aide individuelle », ce qui tend à indiquer qu'aux yeux de la Commission, la seule obligation de joindre un devis à la demande ne suffit pas à responsabiliser les acteurs concernés.

Selon les considérations formulées dans les diverses pièces du dossier administratif dont il est fait état ci-avant, l'instauration d'une « part contributive » à charge des bénéficiaires des aides tend à lutter contre des abus qui existeraient « principalement » dans le domaine des adaptations de logements. Sont évoquées à ce titre, notamment, des dépenses excessives au regard des besoins réels ainsi que des malfaçons. Dès lors qu'il ressort du dossier administratif que la responsabilité des abus et dysfonctionnements en cause est, à tout le moins, partagée et qu'elle ne peut être attribuée en premier lieu aux bénéficiaires des aides, le Conseil d'État n'aperçoit pas l'adéquation, par rapport à l'objectif poursuivi, d'une mesure qui pèse exclusivement sur les bénéficiaires d'aides, et ce pour toutes les aides octroyées (hormis le montant forfaitaire octroyé pour les voiturettes manuelles et de promenade ainsi que pour les chiens-guides), alors même que les deux notes au Gouvernement évoquent la nécessité d'une « juste responsabilisation de l'ensemble des acteurs ». Il en va d'autant plus ainsi que le risque d'abus peut être – à tout le moins partiellement – prévenu par l'exercice du pouvoir d'appréciation que porte l'AWIPH sur le montant d'aide qu'elle accorde, pouvoir qu'atteste la faculté, reconnue à cette dernière par l'article 788 du Code réglementaire, de réclamer des devis ou des offres de prix. Par ailleurs, si, comme l'indiquent différentes pièces du dossier, les abus se situent « principalement » dans le secteur des adaptations de logements, une telle circonstance est de nature à démentir le caractère adéquat, par rapport à l'objectif poursuivi, d'une mesure qui frappe uniformément toutes les aides individuelles (sous réserve des deux exceptions précitées) et ce, tous secteurs confondus.

Il s'ensuit qu'en l'espèce, sur la base des éléments figurant dans les pièces du dossier administratif et des explications données dans les

écrits de procédure, le motif tiré de la nécessité de « responsabiliser » les bénéficiaires ne peut être considéré comme présentant le degré de pertinence suffisant, au regard du prescrit de l'article 23 de la Constitution, pour justifier le recul opéré par l'acte attaqué en imposant une « contribution » pour toutes les aides octroyées. C'est précisément ce défaut de pertinence que dénoncent les requérantes, après avoir pris connaissance, par la consultation du dossier administratif, des motifs du règlement attaqué, de sorte que cette critique est recevable bien qu'elle n'ait été formulée pour la première fois que dans le mémoire en réplique.

Il résulte du contexte dans lequel l'arrêté attaqué a été adopté ainsi que de l'objectif poursuivi à titre principal tel qu'il ressort du dossier administratif, à savoir l'adoption de mesures structurelles tendant à assurer la pérennité du système d'aides aux personnes en situation de handicap, voire à en « élargir le public cible », que les motifs tirés de la nécessité de responsabiliser les bénéficiaires, d'une part, et de réaliser des économies, d'autre part, sont indissociables, de sorte qu'il n'y a pas lieu de déterminer si l'impératif budgétaire, pris isolément, permet, en l'espèce, de justifier la réduction, opérée par l'arrêté attaqué, du niveau de protection des droits consacrés par l'article 23 de la Constitution.

Les deux motifs précités – à savoir la nécessité de responsabiliser les bénéficiaires et l'impératif budgétaire – sous-tendent l'un et l'autre, à des degrés certes divers, l'ensemble des mesures contenues dans l'arrêté attaqué, et ce, nonobstant les justifications apportées, de manière plus spécifique, à diverses mesures de restriction ou d'exclusion. Il doit être souligné à cet égard que ce que la partie adverse présente comme une mesure de « responsabilisation » n'est autre qu'une diminution linéaire et générale du montant des aides individuelles, sous réserve des exceptions susmentionnées, et qu'elle ne se différencie donc guère, quant à son objet, des autres mesures de restriction ou de suppression ne portant que sur certaines de ces aides. Par ailleurs, ainsi qu'il a été constaté ci-avant, c'est de manière globale que l'arrêté attaqué entraîne un recul sensible dans le niveau de protection antérieurement offert. Partant, le moyen est fondé non seulement à l'égard de l'article 2 de l'arrêté attaqué qui instaure le mécanisme de ce que la partie adverse dénomme une « contribution financière », mais également à l'égard de toutes les dispositions tendant à supprimer ou à restreindre des aides individuelles antérieurement prévues. Pour le surplus, les autres modifications n'apparaissent pas

dissociables des mesures précitées, en ce compris celle instaurant une aide pour les smartphones et qui, selon la partie adverse, tend à compenser la suppression de l'intervention relative aux téléphones fixes. Il s'ensuit que l'annulation doit s'étendre à la totalité de l'arrêté attaqué, ainsi que le sollicitent d'ailleurs les requérantes, à défaut de quoi le Conseil d'État procéderait en réalité à une réformation dudit arrêté, ce pour quoi il est sans compétence.

Le premier moyen est fondé.

[...]

PAR CES MOTIFS,  
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

#### Article 1<sup>er</sup>.

Est annulé l'arrêté du Gouvernement wallon du 11 juin 2015 modifiant certaines dispositions du Code réglementaire wallon de l'Action sociale et de la Santé, relatif à l'aide individuelle à l'intégration.

#### Article 2.

Les effets de l'arrêté annulé sont maintenus jusqu'au 20 mai 2019.

### COMMENTAIRE<sup>1</sup>

#### INTRODUCTION

1. La Région wallonne s'est dotée, le 29 septembre 2011, d'un Code de l'Action sociale et de la Santé (ci-après « CWASS »)<sup>2</sup>. Ce Code avait pour ambition de rassembler toute la législation en matière de santé et d'action sociale en vigueur en Région wallonne. Il comprend notamment les mesures relatives à l'intégration des personnes handicapées. La partie décrétable du CWASS a été complétée, le 4 juillet 2013, par une partie réglementaire<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> L'auteur remercie Isabelle Hachez pour ses conseils avisés et sa relecture approfondie d'une version antérieure de cette étude, Morgane Borres pour sa relecture attentive d'une partie de l'étude et Xavier Delgrange pour lui avoir recommandé d'examiner l'impact des avis du Conseil d'État. Les propos qui suivent n'engagent bien entendu que l'auteur.

<sup>2</sup> Coordonné par l'article 2 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 29 septembre 2011 (*M.B.*, 21 décembre 2011, 2<sup>e</sup> éd.) et confirmé par le décret du 1<sup>er</sup> décembre 2011 portant confirmation de l'arrêté du Gouvernement wallon du 29 septembre 2011 portant codification de la législation en matière de santé et d'action sociale (*M.B.*, 21 décembre 2011, préc.).

<sup>3</sup> Arrêté du Gouvernement wallon du 4 juillet 2013 portant codification de la législation en matière de santé et d'action sociale en Code réglementaire wallon de l'Action sociale et de la Santé (*M.B.*, 30 août 2013).

2. Par son arrêté du 11 juin 2015, le Gouvernement wallon a apporté plusieurs modifications à ces dispositions réglementaires<sup>4</sup>, en réduisant notamment plusieurs aides matérielles accessibles aux personnes handicapées.

Un des aspects majeurs de cette réforme est l'instauration de la « part contributive », qui consiste en l'obligation pour la personne handicapée de prendre en charge 10 % du montant de l'intervention dont elle bénéficie, à moins qu'elle puisse prétendre à l'intervention majorée en vertu de la législation relative l'assurance obligatoire soins de santé – auquel cas la part contributive est fixée à 2 %.

En outre, l'arrêté du 11 juin 2015 :

- limite les interventions de l'Agence wallonne pour l'intégration des personnes handicapées (ci-après « AWIPH »)<sup>5</sup>, à la réparation d'une voiturette manuelle ou de promenade électrique lorsqu'un montant a été préalablement octroyé par l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités lors de l'achat et que le délai de garantie est expiré ;
- étend de 12 à 16 hypothèses la liste des exclusions des aides individuelles à l'intégration que l'AWIPH peut octroyer ;
- limite et réduit diverses interventions reprises dans l'annexe 82 du CWASS réglementaire.

3. Le 21 août 2015, quatre associations représentant les personnes porteuses d'un handicap<sup>6</sup> ont introduit un recours en annulation à l'encontre de l'arrêté du 11 juin 2015. Ces associations ont notamment fondé leur recours sur la violation de l'obligation de *standstill* qui assortit les droits sociaux fondamentaux consacrés par l'article 23 de la Constitution.

L'article 23 de la Constitution impose en premier lieu aux pouvoirs publics de mettre progressivement en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels, dont le principe est exprimé dans cette disposition. Les pouvoirs publics conservent toutefois un large pouvoir d'appréciation<sup>7</sup>. De l'obligation de réalisation progressive des droits sociaux, l'on déduit une interdiction de régression (significative) dans la mise en œuvre de ces droits<sup>8</sup>. C'est

l'obligation de *standstill*. Dès lors que cette interdiction n'est que relative, une régression (significative) pourra, toutefois, être validée si elle est justifiée par des motifs d'intérêt général<sup>9</sup>. Selon les termes de l'arrêt commenté, « pour établir une violation de l'obligation de *standstill*, il y a lieu d'abord de constater une diminution du niveau de protection, ensuite de vérifier le caractère sensible de cette régression et enfin de démontrer que les justifications avancées ne constituent pas des motifs d'intérêt général admissibles »<sup>10</sup>.

4. Au terme de son examen du respect de ces conditions, le Conseil d'État a, par son arrêté n° 243.760 du 20 février 2019 – ci-après « l'arrêt CWASS » –, considéré que l'arrêté du 11 juin 2015 n'était pas compatible avec le principe de *standstill* inhérent au droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale<sup>11</sup>. L'arrêt CWASS se fonde sur une motivation particulièrement développée. Le Conseil d'État y déploie la richesse que peut offrir le contrôle de *standstill*. À cet égard, l'arrêt constitue indéniablement une « perle rare » pour ceux qui souhaitent comprendre les exigences de ce contrôle. Cette étude montre toutefois que la plupart des options adoptées dans l'arrêt n'ont pas vocation à rester exceptionnelles dès lors qu'elles peuvent s'inscrire dans des tendances jurisprudentielles plus larges.

consacré par l'article 23 de la Constitution : quelle signification et quelle justiciabilité ? », in D. DUMONT (coord.), *Questions transversales en matière de sécurité sociale*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 69.

<sup>9</sup> J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, Partie I, *Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Bruges, die Keure, 2019, pp. 444-445 ; H. MORMONT, « Protéger la protection sociale ? Les droits fondamentaux peuvent-ils servir de bouclier pour les acquis sociaux ? », *R.F.D.L.*, 2018, pp. 220-221 ; F. LAMBINET, « Mise en oeuvre du principe de *standstill* dans le droit de l'assurance chômage : quelques observations en marge de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 2018 », *Bulletin de Terra Laboris*, n° 61, 15 avril 2018, pp. 2-4, disponible en ligne sur : <http://www.terralaboris.be/spip.php?article2487> ; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS et T. DE PELSMAEKER, *Belgisch publiekrecht*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 682-683 ; L. GOOSSENS, « Het grondrecht op sociale zekerheid en sociale bijstand : dammen tegen de afbouw van sociale welvaartsstaat? », *op. cit.*, pp. 806-807 ; C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 770-774.

<sup>10</sup> Le vocabulaire varie quelque peu : l'on parle de « principe de *standstill* » ou d'« obligation de *standstill* » ; de « recul » ou de « régression » ; ce dernier doit tantôt être « sensible », tantôt « significatif ». L'analyse de la jurisprudence montre toutefois que ces variations terminologiques ne sont pas le signe de variations de la nature du contrôle ou du degré d'exigence des juridictions. Dans la suite de cet article, nous utiliserons donc ces expressions indifféremment.

<sup>11</sup> L'arrêt du Conseil d'État a déjà fait l'objet d'une analyse éclairante par Daniel Dumont : « Le principe de *standstill* comme instrument de rationalisation du processus législatif en matière sociale. Un plaidoyer illustré (Seconde partie) », *J.T.*, 2019, pp. 626-627. Deux autres commentaires, tout aussi édifiants, ont été publiés après la remise du texte de la présente étude à l'éditeur (de sorte qu'ils n'ont pas pu être pris en compte dans la rédaction de notre étude) : L. BURSSSENS et D. VAN ECKHOUTTE, « Het Standstillbeginsel: verantwoordoren van achteruitgang of stimuleren van vooruitgang? », in I. HACHEZ et J. VRIELINK (dir.), *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 75-99 et L. TRIALLE, « L'AviQ face aux promesses d'impasses budgétaires : un chemin de traverse à trouver, entre impératifs de gestion et droits fondamentaux des personnes handicapées », in I. HACHEZ et J. VRIELINK (dir.), *Les grands arrêts en matière de handicap*, *op. cit.*, pp. 543-567.

<sup>4</sup> Arrêté du Gouvernement wallon du 11 juin 2015 modifiant certaines dispositions du Code réglementaire wallon de l'Action sociale et de la Santé, relatif à l'aide individuelle à l'intégration, *M.B.*, 23 juin 2015.

<sup>5</sup> L'AWIPH est entre-temps devenue l'Agence pour une vie de qualité (AViQ).

<sup>6</sup> Il s'agissait de l'Association belge contre les maladies neuromusculaires, l'Association belge des paralysés, la Ligue belge de la sclérose en plaques et l'Association Parkinson.

<sup>7</sup> Voy. C.C., 3 juillet 2008, n° 99/2008, B.6.2 ; C.C., 26 avril 2007, n° 66/2007, B.10.4.

<sup>8</sup> A. VANDENBURIE, *L'article 23 de la Constitution : coquille vide ou boîte aux trésors*, Bruges, La Chartre, 2008, p. 51 ; X. DELGRANGE et I. HACHEZ, « Qui n'avance pas... », note sous C.C., 18 avril 2013, n° 53/2013, *A.P.T.*, n° 3, 2013, pp. 305-306 ; L. GOOSSENS, « Het grondrecht op sociale zekerheid en sociale bijstand : dammen tegen de afbouw van sociale welvaartsstaat? », *R.W.*, 2014-2015, p. 805 ; D. DUMONT, « Le "droit à la sécurité sociale" »

5. Dans les pages qui suivent, nous analysons l'arrêt du Conseil d'État et mettons en perspective les solutions qu'il offre principalement au regard de la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État relative à l'une des deux conditions nécessaires à l'établissement de la violation de l'obligation de *standstill* : le recul significatif du degré de protection offert. Nous n'abordons pas, si ce n'est de manière incidente, la seconde condition : les motifs d'intérêt général.

Sont essentiellement examinés les aspects contentieux, notamment l'ampleur et l'intensité du contrôle du juge ainsi que la répartition de la charge de la preuve. Sous cet angle, l'étude met en exergue un ensemble de points d'attention pour l'auteur de la norme litigieuse, pour ceux qui souhaitent en contester la constitutionnalité et pour les magistrats chargés de trancher cette contestation. Nous nous focalisons principalement sur six aspects essentiels, à propos desquels l'arrêt CWASS offre des enseignements remarquables ou suscite des interrogations stimulantes :

- 1° La prise en compte de plusieurs reculs (mineurs) qui se cumulent pour former un recul significatif (approche cumulative) – l'arrêt est très innovant sur ce point, mais il ne prend en considération que les reculs concomitants, à l'exclusion des reculs successifs du niveau de protection ; nous montrons que cette attitude manque de cohérence ;
- 2° La prise en compte des mesures compensatoires, du contexte normatif de la mesure régressive et de l'évolution de la norme en cause – dans l'arrêt CWASS, seules les mesures compensatoires sont prises en compte ; nous montrons toutefois qu'une partie de la jurisprudence est (à raison, selon nous) plus large dans son appréhension du contexte normatif du recul ; en outre, nous montrons que l'évolution de la norme litigieuse devrait également être prise en considération ;
- 3° La prise en compte des effets de la mesure régressive sur la situation matérielle du titulaire de droit fondamental (approche conséquentialiste) – cette approche, qui permet d'enrichir le contrôle du recul significatif, se retrouve dans l'arrêt CWASS ainsi que dans une série d'autres arrêts du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle ;
- 4° Le contrôle marginal du recul significatif – seul un recul important et aisément visible est pris en considération par les juridictions ;
- 5° Le contrôle du respect des exigences procédurales, notamment, l'examen des travaux

préparatoires afin de vérifier si l'existence d'un recul significatif a été examinée minutieusement, si les avis consultatifs ont été pris en compte, si la position adoptée est justifiée – sur ce point, l'arrêt CWASS s'inscrit dans le cadre du mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux (et rejoint les exigences des principes de bonne administration) ; la jurisprudence de la Cour constitutionnelle est, quant à elle, en retrait dans l'application des exigences procédurales ;

- 6° La répartition de la charge de la preuve – avec, dans certains cas, un renversement de la charge de la preuve en faveur des titulaires de droits fondamentaux ; nous montrons que le reste de la jurisprudence analysée n'est pas toujours cohérente en cette matière.

La présente étude examine de façon systématique et approfondie les arrêts rendus en matière de droit à la sécurité sociale au sens large par la Cour constitutionnelle<sup>12</sup> et le Conseil d'État<sup>13</sup> entre le 1<sup>er</sup> janvier 2011 et le 25 juin 2020 afin d'identifier les tendances de la jurisprudence sous les aspects précités.

Jusqu'à présent, l'exigence d'un recul significatif n'avait pas encore été analysée de manière approfondie dans ces six aspects par la doctrine et la plupart des tendances que nous identifions dans la jurisprudence n'avaient pas été décelées par les commentateurs.

L'étude de doctrine qui se livre à l'examen le plus systématique de l'exigence d'un recul significatif est la thèse de doctorat d'Isabelle Hachez, ouvrage de référence en matière de principe de *standstill*<sup>14</sup>. L'analyse effectuée porte toutefois sur

<sup>12</sup> Nous avons effectué une recherche sur la base de la norme de référence (disponible en ligne sur : <https://www.const-court.be/fr/common/home.html>) en identifiant les arrêts appliquant l'article 23, al. 3, 2° et 6°, de la Constitution. Parmi les arrêts trouvés, nous n'avons analysé que ceux qui effectuaient un contrôle du respect du principe de *standstill*. Nous avons également effectué une recherche en tapant le mot « standstill » dans la « table systématique de la jurisprudence de la Cour » (disponible en ligne sur : <https://www.const-court.be/fr/common/home.html>). Seuls les arrêts relatifs aux dispositions précitées ont été analysés.

<sup>13</sup> Nous avons utilisé le moteur de recherche du Conseil d'État (disponible en ligne sur : <http://www.raadvst-consetat.be/?lang=fr&page=caselaw>) en y introduisant les expressions suivantes : « article 23, alinéa 3, 2° », « article 23, al. 3, 2° », « droit à la sécurité sociale », « droit à la protection de la santé », « droit à l'aide sociale », « droit à l'aide médicale », « droit à l'aide juridique », « droit aux prestations familiales », « artikel 23, derde lid, 2° », « artikel 23, 3de lid, 2° », « recht op sociale zekerheid », « recht op bescherming van de gezondheid », « recht op sociale bijstand », « recht op geneeskundige bijstand », « recht op juridische bijstand », « recht op gezinsbijslagen ». Parmi les arrêts trouvés, nous n'avons analysé que ceux qui effectuaient un contrôle du respect du principe de *standstill*.

<sup>14</sup> I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008. Voy. aussi la thèse de doctorat de Céline Romainville très complète sur l'obligation de *standstill* (C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitution-*

la jurisprudence antérieure au 12 février 2007. À cette époque, la plupart des tendances que nous identifions n'avaient pas encore émergé, spécialement dans la mesure où la jurisprudence était sensiblement moins développée et une partie de celle-ci (au Conseil d'État) estimait que tout recul – qu'il soit significatif ou non – devait reposer sur des motifs d'intérêt général. Dans la présente étude, nous nous fondons à titre principal, lorsque c'est pertinent, sur la thèse de doctorat d'Isabelle Hachez et sur ses travaux ultérieurs pour déterminer le cadre théorique du principe de *standstill*. L'examen de jurisprudence auquel nous nous livrons permet également de tester une partie du cadre conceptuel et de proposer des adaptations.

6. L'étude présente, en outre, une originalité importante sur le plan méthodologique dès lors qu'elle s'inscrit dans un double cadre de référence, qui emprunte tant à la théorie de droits fondamentaux qu'au droit administratif.

La doctrine analyse généralement le contrôle de l'obligation de *standstill* à l'aide d'une grille de lecture propre aux droits fondamentaux. L'arrêt du Conseil d'État commenté nous invite, cependant, à replacer le contrôle effectué par ce dernier dans le cadre du développement des principes de bonne administration (devoir de minutie, prise en compte des avis consultatifs, motivation, etc.), ce qui permet d'expliquer le rôle de précurseur – de poisson-pilote – qu'adopte fréquemment cette juridiction<sup>15</sup>. Ce rôle a déjà été souligné par la doctrine<sup>16</sup>, mais n'avait pas été expliqué jusqu'à présent.

Il est vrai que si des exigences similaires à celles des principes de bonne administration se sont également développées dans le droit européen des droits fondamentaux, dans le cadre du mouvement de « procéduralisation », la Cour constitutionnelle est, quant à elle, restée largement à l'écart de ce mouvement. Nous montrons que sa jurisprudence en la matière manque de cohérence, ce qui risque de créer une différence entre le niveau de protection offert devant la Cour et devant le Conseil d'État.

Nous présentons à la fin de l'étude une proposition de raisonnement – s'inspirant, notamment, de l'arrêt commenté – qui permettrait, nous semble-t-il, d'assurer une meilleure cohérence globale – que ce soit au sein de la jurisprudence de chaque

*nel et en droit international, op. cit.*), qui se fonde sur les travaux d'Isabelle Hachez, mais s'en écarte sur certains points (sur lesquels nous reviendrons lorsque c'est nécessaire).

<sup>15</sup> Voy. not. C.E. (VII), 29 avril 1999, n° 80.018, *Jacobs* ; C.E. (VI), 23 septembre 2011, n° 215.309, *Cleon* et cts.

<sup>16</sup> D. DUMONT, « Le “droit à la sécurité sociale” consacré par l'article 23 de la Constitution : quelle signification et quelle justiciabilité ? », *op. cit.*, p. 70 ; I. HACHEZ, « Le principe de *standstill* : actualités et perspectives », *R.C.J.B.*, 2012, p. 9.

juridiction ou entre les juridictions – tout en garantissant l'équilibre entre les parties.

7. L'établissement d'un recul (significatif) implique une comparaison entre deux normes juridiques. Avant d'examiner les critères auxquels il faut répondre afin de démontrer l'existence d'un recul significatif, il faut donc soigneusement identifier les termes de la comparaison (I). Nous examinerons ensuite les enseignements de l'arrêt et de la jurisprudence relatifs à l'examen de l'existence d'un recul (II) et de son caractère significatif (III)<sup>17</sup>.

## I. L'IDENTIFICATION DES NORMES PRISES EN CONSIDÉRATION

8. La solution offerte par l'arrêt commenté (B) et par la jurisprudence analysée (C) sera confrontée au modèle théorique établi par la doctrine (A).

### A. SUR LE PLAN DES PRINCIPES

9. La spécificité de contrôle du respect du principe de *standstill* est qu'il implique la prise en considération de trois normes<sup>18</sup> :

- la norme de référence, à savoir la norme qui implique l'obligation de *standstill* (dans le cadre de cette étude, l'article 23 de la Constitution) ;

<sup>17</sup> Ce n'est, en principe, que si la norme litigieuse cause un recul significatif du degré de protection offert par la norme servant de base à la comparaison qu'il convient de se poser la question de savoir si ce recul est fondé sur des motifs d'intérêt général et s'il est proportionné. Pourtant, il n'est pas rare que la Cour constitutionnelle effectue directement un contrôle des motifs d'intérêt général et/ou de la proportionnalité sans examiner, à tout le moins explicitement, l'existence d'un recul significatif C.C., 27 juillet 2011, n° 135/2011, B.8.1 à B.9.5 ; C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, B.7 à B.12 ; C.C., 30 avril 2015, n° 48/2015, B. 22 à B.24.3 ; C.C., 13 octobre 2016, n° 130/2016, B.17.3 ; C.C., 28 septembre 2017, n° 104/2017, B.32 (dans cet arrêt la Cour ne contrôle pas davantage la nécessité et la proportionnalité au sens strict de la mesure ; elle se contente donc de vérifier si la mesure est justifiée et si elle permet d'atteindre l'objectif poursuivi) ; C.C., 30 novembre 2017, n° 135/2017, B.20.1 ; C.C., 5 juillet 2018, n° 86/2018, B.21.2. Cette jurisprudence est critiquée par la doctrine en raison de ses déficiences méthodologiques (I. HACHEZ, « Le *standstill* en matière de droits fondamentaux : de la reconnaissance d'un principe à la négation de sa portée ? », in C.-H. BORN et F. JONGEN (dir.), *D'urbanisme et d'environnement. Liber amicorum Francis Haumont*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 922).

<sup>18</sup> X. DELGRANGE et I. HACHEZ, « Qui n'avance pas... », *op. cit.*, p. 304. Sont en tout cas concernés les normes législatives et réglementaires. Sur la question de savoir si une pratique administrative, un ensemble d'actes administratifs individuels (formant une ligne de conduite) ou un contrat administratif peuvent être inclus parmi les termes de la comparaison voy. X. DELGRANGE et I. HACHEZ, « La prise en compte de la pratique dans l'appréciation du *standstill* : une indéniable source de complexité », I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, PH. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revistées*, vol. 3, *Normativités concurrentes*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 137-178 ; C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international, op. cit.*, pp. 741-750 ; B. GORS, « Du changement à la mutabilité, en passant par l'adaptation continue : retour sur une loi particulière du service public dominant l'action administrative en général » in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (dir.), *Les principes généraux de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 435-437.

- la norme litigieuse, qui est la norme dont la validité est évaluée à l'aune de l'obligation de *standstill* découlant de la norme de référence ;
- la norme servant de base à la comparaison qui, comme son nom l'indique, est le comparant de la norme litigieuse ; elle établit le niveau de protection à de base prendre en considération pour déterminer si la norme litigieuse opère un recul significatif<sup>19</sup>.

En d'autres termes, la comparaison entre ces deux dernières normes permet de déterminer si la norme litigieuse opère un recul significatif du niveau de protection du droit fondamental que consacre la norme de référence. Des débats traversent toutefois la doctrine et les prétoires concernant l'identification de la norme servant de base à la comparaison<sup>20</sup>.

10. À l'origine, la thèse dite du « point fixe » était privilégiée. Selon cette thèse, il faudrait, afin de déterminer si la norme litigieuse opère un recul significatif du niveau de protection, comparer cette dernière aux normes applicables à la date de l'entrée en vigueur de la norme de référence<sup>21</sup>.

11. La jurisprudence s'est progressivement convertie à la thèse du « point mobile », qui était défendue par la doctrine<sup>22</sup>.

Dans sa version minimale, généralement appliquée dans la jurisprudence – comme nous le verrons ci-après –, la thèse du « point mobile » implique que la norme litigieuse soit comparée à la norme applicable immédiatement avant son

entrée en vigueur. L'exemple typique est celui d'une disposition législative modifiée par la norme litigieuse, la comparaison se fera alors entre les deux versions de cette disposition.

12. Cette approche a été critiquée par une partie de la doctrine<sup>23</sup> en raison du fait qu'elle autorisait les pouvoirs publics à opérer des réductions significatives du degré de protection des droits fondamentaux. En effet, si l'on se limite à comparer chaque nouvelle norme litigieuse dans une matière à la norme applicable juste avant son entrée en vigueur, une succession de reculs – qui considérés individuellement ne seraient pas jugés « significatifs » – pourrait être opérée (sur plusieurs années, par exemple) sans que le principe de *standstill* ne soit violé alors que d'un point de vue cumulatif le recul d'ensemble est significatif<sup>24</sup>. Trois réductions de 6 % du montant d'une allocation ne seraient probablement pas considérées comme des reculs significatifs, là où une réduction de 18 % en une fois recevrait cette qualification.

Cette pratique permettrait donc de « contourner » l'obligation de *standstill*. Elle entre toutefois en contradiction avec l'objectif de réalisation progressive des droits économiques, sociaux et culturels.

Afin d'éviter cet écueil, la doctrine propose de prendre comme comparant la norme qui offre le degré de protection le plus élevé<sup>25</sup>, même si cette dernière n'est pas celle qui précède immédiatement l'entrée en vigueur de la norme litigieuse. Mécaniquement, la comparaison avec le degré le plus élevé de protection offert tend à rendre plus probables les constats de recul significatif du degré de protection et permet d'éviter que l'obligation de justification de la régression, qui n'intervient que pour les reculs significatifs, soit contournée.

Cette proposition trouve-t-elle un écho dans l'arrêt commenté et dans le reste de la jurisprudence analysée ?

<sup>19</sup> Dans son arrêt *Cleon*, le Conseil d'État précise, pour autant que de besoin, qu'une interprétation sans fondement de la réglementation existante ne peut faire office de norme servant de base à la comparaison (C.E. (VI), n° 215.309, 23 septembre 2011, *Cleon* et cts, p. 21).

<sup>20</sup> Voy. à ce propos D. DUMONT, « Le "droit à la sécurité sociale" consacré par l'article 23 de la Constitution : quelle signification et quelle justiciabilité ? », *op. cit.*, pp. 79-80 ; I. HACHEZ et S. VINCENT, « Principe de *standstill* et droit à l'accueil des demandeurs d'asile. De l'ABC d'une méthodologie à l'allégorie de la grenouille », note sous C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, *A.P.T.*, n° 1, 2015, pp. 73-77 ; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS et T. DE PELSMACKER, *Belgisch publiekrecht*, *op. cit.*, p. 681, note 21.

<sup>21</sup> Ainsi, une norme litigieuse en matière de droit à la sécurité sociale au sens large devrait être comparée aux normes applicables le 12 février 1994, date de l'entrée en vigueur de l'article 23, al. 3, 2°, de la Constitution (C.C., 14 janvier 2004, n° 5/2004, B.14.6 et B.14.7), à l'exception du droit aux prestations familiales (art. 23, al. 3, 6°, de la Constitution) entré en vigueur le 31 janvier 2014.

<sup>22</sup> Voy. not. J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, *op. cit.*, p. 445 ; L. GOOSSENS, « Het grondrecht op sociale zekerheid in sociale bijstand : dammen tegen de afbouw van sociale welvaartsstaat? », *op. cit.*, pp. 805-806 ; A. VANDENBURIE, *L'article 23 de la Constitution : coquille vide ou boîte aux trésors*, *op. cit.*, p. 65. Le principe de *standstill* « est donc fondamentalement arimé à l'idée de progrès : c'est parce que le législateur doit assurer l'effectivité des droits fondamentaux qu'il ne peut, sauf motifs impérieux, revenir sur les avancées réalisées ; c'est parce que les droits fondamentaux fixent, par essence, un objectif à atteindre que l'obligation de *standstill* obéit à la logique du point mobile (enregistrant toutes les avancées réalisées en ce sens), et non à celle du point fixe (retenant, comme norme servant de base à la comparaison, celle applicable le jour de l'entrée en vigueur de la norme de référence et de l'obligation de *standstill* qui l'assortit) » (X. DELGRANGE et I. HACHEZ, « Qui n'avance pas... », *op. cit.*, p. 306).

<sup>23</sup> Voy. not. I. HACHEZ et S. VINCENT, « Principe de *standstill* et droit à l'accueil des demandeurs d'asile. De l'ABC d'une méthodologie à l'allégorie de la grenouille », *op. cit.*, pp. 75-77 ; D. DUMONT, « Le "droit à la sécurité sociale" consacré par l'article 23 de la Constitution : quelle signification et quelle justiciabilité ? », *op. cit.*, pp. 75 et 80, note 206 ; F. LAMBINET, « Mise en oeuvre du principe de *standstill* dans le droit de l'assurance chômage : quelques observations en marge de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 2018 », *op. cit.*, pp. 7-8.

<sup>24</sup> Voy. à cet égard l'analyse claire et pédagogique : I. HACHEZ et S. VINCENT, « Principe de *standstill* et droit à l'accueil des demandeurs d'asile. De l'ABC d'une méthodologie à l'allégorie de la grenouille », *op. cit.*

<sup>25</sup> I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, pp. 363 et s. ; X. DELGRANGE et I. HACHEZ, « Qui n'avance pas... », *op. cit.*, p. 304 ; J. HENEFFE, « Quand le principe de *standstill* s'impose en matière d'aide sociale », *A.P.T.*, 2016, p. 41 ; C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, *op. cit.*, pp. 753-754 ; D. DUMONT, « Le "droit à la sécurité sociale" consacré par l'article 23 de la Constitution : quelle signification et quelle justiciabilité ? », *op. cit.*, p. 80, note 206.

### B. APPLICATION DANS L'ARRÊT CWASS

13. Dans le cadre de l'arrêt *CWASS*, les parties avaient répercuté dans leurs écrits de procédure les débats concernant l'identification de la norme servant de base à la comparaison. Les requérantes estimaient que c'était la norme offrant le niveau le plus élevé de protection qui devait être pris en considération<sup>26</sup> tandis que la partie adverse considérait qu'il s'agissait de la norme immédiatement antérieure.

14. Le Conseil d'État, suivant en cela la jurisprudence majoritaire, a jugé que « c'est au regard de la législation applicable au moment de l'introduction de la modification critiquée qu'il faut examiner si cette modification implique un recul sensible du niveau de protection »<sup>27</sup>.

Cette approche n'est toutefois pas systématiquement favorable à la partie adverse. Répondant à un argument de cette dernière qui mettait en exergue le fait qu'à l'origine les personnes handicapées devaient payer une part contributive, qui a été supprimée par la suite – l'acte attaqué se contentant donc de rétablir le *status quo ante* –, le Conseil d'État a précisé que cet argument était dépourvu de pertinence dès lors que l'acte attaqué devait être comparé « à la réglementation directement antérieure »<sup>28</sup>. Dans son évaluation du recul significatif, le Conseil d'État refuse donc d'examiner l'ensemble des mesures antérieures à l'acte attaqué – que ces dernières constituent des régressions ou des progrès du niveau de protection offert.

### C. APPLICATION DANS LA JURISPRUDENCE ANALYSÉE

15. Dans un grand nombre d'arrêts, la question de savoir si c'est la norme offrant le niveau de protection le plus élevé ou la norme immédiatement antérieure à la norme litigieuse qui doit servir de base à la comparaison ne se pose

pas puisque les titulaires du droit fondamental impacté invoquent un recul significatif par rapport à la norme antérieurement en vigueur ou même simplement un recul significatif du degré de protection (sans identifier la norme par rapport à laquelle le recul est opéré)<sup>29</sup>. À cela s'ajoute que la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État n'expliquent pas la raison pour laquelle ils prennent en compte la norme immédiatement antérieure. L'attitude actuelle des juridictions ne permet pas nécessairement d'exclure que celles-ci se réfèrent à la norme la plus protectrice comme base de la comparaison, dans l'hypothèse où les requérants fonderaient clairement leur argumentation cette norme et où – contrairement à ce qui s'est passé dans l'arrêt *CWASS* – il s'agirait du seul moyen de conclure au caractère significatif du recul<sup>30</sup>.

16. L'arrêt n° 95/2014 du 30 juin 2014 est, à l'inverse, un exemple frappant de cas dans lequel la Cour n'a pas pris en compte la norme offrant le niveau de protection le plus élevé alors que l'évolution législative en cause l'y invitait<sup>31</sup>.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2009 portant dispositions diverses, Fedasil était habilité à priver d'aide matérielle un étranger qui introduit une troisième demande d'asile ou toute demande ultérieure, tant que le dossier n'avait pas été transmis par l'Office des étrangers au Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides. Les étrangers conservaient toutefois le bénéfice de l'accompagnement médical. La Cour constitutionnelle avait été amenée à évaluer si cette disposition était contraire au principe de *standstill*. Elle a estimé que tel n'était pas le cas<sup>32</sup>.

En 2012, le législateur a, à nouveau, réduit le degré de protection offert aux demandeurs d'asile en prévoyait cette fois que l'aide matérielle, à l'exception de l'accompagnement médical, pouvait être supprimée dès la deuxième demande. Saisie d'un recours en annulation à l'encontre de

<sup>26</sup> Notamment en lien avec le quatrième recul dénoncé, à savoir la limitation et la réduction de diverses interventions reprises dans l'annexe 82 du *CWASS* réglementaire. À cet égard, les requérantes mettaient en exergue le fait que plusieurs mesures régressives avaient déjà été adoptées antérieurement à l'acte attaqué, notamment par l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 mars 2014 (arrêté commenté, pp. 23-24 ; les pages de l'arrêt que nous citons correspondent à la version publiée sur le site internet du Conseil d'État, disponible en ligne sur : <http://www.raadvst-consetat.be/?page=caselaw&lang=fr>).

<sup>27</sup> Arrêt commenté, p. 56. Le Conseil d'État n'identifie toutefois pas explicitement les normes qui devaient être comparées. Cette tendance avait déjà été identifiée par Isabelle Hachez (« Le principe de *standstill* : actualités et perspectives », *R.C.J.B.*, 2012, pp. 13 et 15).

<sup>28</sup> Arrêt commenté, p. 60. De même, le Conseil d'État estime qu'il n'y a pas lieu d'avoir égard à la circonstance que de nombreuses aides en faveur des personnes handicapées ont vu le jour au fur et à mesure des modifications réglementaires, dès lors que ces aides ont toutes été instaurées par des modifications antérieures à l'acte attaqué et que c'est précisément par rapport à la réglementation applicable au jour de l'entrée en vigueur de l'acte attaqué que doit être apprécié le caractère sensible ou non du recul du niveau de protection offert (arrêté commenté, p. 61).

<sup>29</sup> Voy., par exemple, C.C., 17 mars 2016, n° 42/2016, A.8.1. et B. 10.

<sup>30</sup> Dans un arrêt n° 135/2017, la circonstance que des reculs successifs avaient été opérés a, nous semble-t-il, influencé le constat de l'existence d'un recul significatif porté par la Cour constitutionnelle. En effet, la norme litigieuse prévoyait un recul de l'âge auquel une personne pouvait demander le bénéfice d'une pension de survie de 50 à 55 ans. Une législation antérieure avait toutefois déjà reculé cet âge de 45 à 50 ans. La Cour ne prend pas explicitement en compte la législation qui fixait l'âge minimum pour bénéficier de la pension de survie à 45 ans comme norme servant de base à la comparaison. Elle estime toutefois que compte tenu de ce que la norme litigieuse constitue la prolongation de la réforme précédente, il y a également lieu d'avoir égard aux objectifs de cette réforme auxquels l'auteur de la norme litigieuse a expressément renvoyé. Elle enchaîne en estimant que le recul à 55 ans réduit significativement le niveau de protection en cette matière pour les personnes concernées (C.C., 30 novembre 2017, n° 135/2017, B.51.2 et B.53).

<sup>31</sup> Sur cet arrêt voy. le commentaire d'Isabelle Hachez et 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 », *op. cit.*, pp. 75-77).

<sup>32</sup> C.C., 27 juillet 2011, n° 135/2011.

la nouvelle disposition, la Cour a rappelé l'état antérieur du droit et l'arrêt qu'elle avait rendu le 27 juillet 2011, dont elle cite un passage *in extenso*. Elle n'a toutefois pas pris en considération de manière cumulative les deux réductions successives du niveau de protection offert afin de juger si la norme litigieuse opérerait un recul significatif. Elle n'a, de surcroît, pas consacré une ligne de l'arrêt à l'examen de l'existence d'un recul significatif. Cet examen fut donc à tout le moins implicite<sup>33</sup>, si pas inexistant<sup>34</sup>.

17. Nous verrons toutefois dans la suite de ce commentaire que l'arrêt *CWASS* ouvre indirectement des perspectives intéressantes pour la prise en considération des reculs successifs du niveau de protection des droits sociaux fondamentaux.

## II. L'EXISTENCE D'UN RECU

18. Dans l'arrêt commenté, la partie adverse n'a pas contesté l'existence même d'un recul par rapport au niveau de protection offert par la réglementation antérieure. Elle s'est concentrée sur la contestation du caractère sensible du recul<sup>35</sup>.

La question de l'existence du recul mérite toutefois que l'on s'y attarde.

19. La jurisprudence n'a pas encore défini la notion de « recul ». On peut donc se référer au sens courant des termes : le recul peut se définir comme un « mouvement en sens contraire du progrès, de la progression »<sup>36</sup> et la régression comme l'« évolution en sens inverse d'un phénomène qui cesse de progresser », la « diminution », la « baisse »<sup>37</sup>.

20. Si, dans une large majorité des arrêts analysés, la question de l'existence du recul n'a pas

fait débat, la jurisprudence recèle tout de même quelques cas dans lesquels les juges se sont penchés sur cette question. Dans ces cas, ils ont généralement estimé que l'existence du recul n'était pas démontrée par ceux qui contestaient la constitutionnalité de la norme litigieuse.

On peut distinguer deux catégories d'arrêts : ceux dans lesquels le juge estime que la norme litigieuse et/ou la norme servant de base à la comparaison ont été interprétées erronément et ceux dans lesquels le juge estime que la modification opérée n'est pas constitutive d'un recul.

Afin de déterminer s'il y a un recul du degré de protection, la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État examinent, tout d'abord, si les parties qui contestent la constitutionnalité de la législation attaquée ont correctement interprété cette dernière. S'il ressort de cet examen – qui prend notamment en compte le contexte législatif dans lequel s'inscrit la disposition litigieuse – que la législation n'a pas la portée que lui prêtent ces dernières et n'opère pas le recul dénoncé, le moyen est déclaré non fondé<sup>38</sup>. Il en va de même lorsque la norme servant de base à la comparaison produisait déjà le même effet que la norme litigieuse<sup>39</sup>.

Il arrive également que les juges estiment que les parties ont interprété correctement la norme litigieuse, mais qu'elles ont estimé à tort que cette dernière opérerait un recul du degré de protection offert. C'est le cas, lorsque le juge considère que ceux qui contestent la norme se sont trompés sur les effets vraisemblables de celle-ci<sup>40</sup>. En outre, lorsque la mise en œuvre des droits sociaux fondamentaux progresse pour une catégorie de personnes, les catégories de personnes laissées pour compte ne peuvent alléguer l'existence d'un recul, *a fortiori* d'un recul significatif, du degré de protection qui leur est offert<sup>41</sup>. De même, si le législateur crée en faveur d'une catégorie de citoyens

<sup>33</sup> I. HACHEZ et S. VINCENT, « Principe de *standstill* et droit à l'accueil des demandeurs d'asile. De l'ABC d'une méthodologie à l'allégorie de la grenouille », *op. cit.*, pp. 76-77.

<sup>34</sup> Comme dans d'autres arrêts – évoqués ci-dessus –, la Cour s'est limitée à examiner (explicitement) la norme litigieuse sous l'angle des motifs d'intérêt général et de la proportionnalité, en estimant que dès lors que la disproportion n'est pas établie, le principe de *standstill* est respecté (C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, B.7 à B.12). On pourrait se demander, comme le font les auteurs précités, si la Cour n'aurait pas jugé le recul global disproportionné dans l'hypothèse où il aurait été réalisé en un temps plutôt qu'en deux (I. HACHEZ et S. VINCENT, « Principe de *standstill* et droit à l'accueil des demandeurs d'asile. De l'ABC d'une méthodologie à l'allégorie de la grenouille », *op. cit.* p. 79).

<sup>35</sup> Si l'arrêt commenté ne s'étend pas sur l'examen de l'existence d'un recul dès lors que les parties s'accordent pour reconnaître celui-ci, il pose toutefois la question de la nature du recul, en particulier la question de savoir si le recul peut être appréhendé sur le plan factuel en ayant égard aux effets de la norme litigieuse sur la situation matérielle du titulaire de droits fondamentaux. Cette question sera abordée dans le cadre de l'examen du caractère significatif du recul, puisque c'est généralement dans ce contexte que la question se pose aux juridictions.

<sup>36</sup> *Larousse*, dictionnaire en ligne, v° « recul », disponible en ligne sur : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/recul/67248?q=recul#66492>.

<sup>37</sup> *Larousse*, dictionnaire en ligne, v° « régression », disponible en ligne sur : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/régression/67695?q=régression#66939>.

<sup>38</sup> C.C., 8 mai 2014, n° 77/2014, B.11.2 à B.17 et B.18.1 à B.24 (la disposition n'a pas la portée alléguée et n'apporte aucune modification aux dispositions qui garantissent le droit en cause). C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, B.26 à B.30 (l'application des dispositions d'autres législations implique que les dispositions litigieuses n'entraînent pas le recul dénoncé). Voy. aussi C.C., 12 juillet 2012, n° 88/2012, B.4.2 et C.E. (VI), 23 septembre 2011, n° 215.309, *Cleon* et cts, pp. 20-21 (concernant le quatrième recule).

<sup>39</sup> Tel est le cas, même lorsque la norme litigieuse est adoptée pour « faire disparaître tout doute » (C.C., 4 octobre 2018, n° 125/2018, B.12.4.2. et B.13.3).

<sup>40</sup> Voy. l'arrêt C.C., 17 juillet 2014, n° 107/2014 dans lequel les requérants alléguaient que les dispositions qui limitent le montant des honoraires que les médecins hospitaliers pouvaient facturer à certains patients porteraient atteinte au droit à la protection de la santé des patients (plus particulièrement à leur droit à bénéficier de soins de qualité). La Cour a estimé que les mesures critiquées avaient, au contraire, pour effet d'accroître la garantie prévue en faveur de la protection de la santé des patients (B.24.2). Jugé, par ailleurs, que ne constitue pas un recul de la protection de l'aide juridique la mesure qui garantit l'aide juridique en permettant à l'Ordre des avocats d'inscrire d'office des avocats sur la liste des avocats qui assureront l'aide juridique de deuxième ligne dans la mesure où cette inscription est nécessaire pour garantir l'effectivité de l'aide juridique (C.C., 29 mars 2018, n° 41/2018, B.4. et B.8.).

<sup>41</sup> C.E. (IX), 18 avril 2017, n° 237.945, *De Clercq et Raeymaekers*.

un droit nouveau et ne porte pas atteinte aux droits existants, il n'y a pas de recul même si le droit nouveau n'est pas aussi protecteur que les droits existants<sup>42</sup>.

### III. LE CARACTÈRE « SIGNIFICATIF » DU REcul

21. Il ne suffit pas que la norme litigieuse opère un recul du niveau de protection du droit fondamental en cause, il faut encore que ce recul soit jugé « significatif » ou « sensible » par les magistrats chargés d'examiner la constitutionnalité de la norme litigieuse.

La jurisprudence n'a pas donné de définition de la notion de recul significatif ou sensible. Chacun de ces deux adjectifs renvoient, selon nous, à deux notions différentes : est sensible ou significatif ce « qui est important, marquant »<sup>43</sup>, d'une part, et/ou ce qui « est facilement perçu par les sens ou par l'esprit »<sup>44</sup>, d'autre part. Ces deux notions ne se recouvrent pas entièrement. Néanmoins, comme nous le montrons dans nos développements consacrés à l'intensité du contrôle du juge, les reculs pris en considération par la jurisprudence tendent à cumuler ces deux caractéristiques. Il en résulte que le contrôle du juge demeure marginal.

22. Plusieurs questions se posent en relation avec le caractère significatif du recul.

Avant toute chose, il faut constater que la jurisprudence recourt dorénavant systématiquement à l'exigence d'un recul significatif bien que la pertinence de cette exigence a été remise en cause par la doctrine (A). En ne prenant en compte que les reculs significatifs, les juridictions se montrent plus exigeantes avec les requérants et réduisent mécaniquement le nombre de cas dans lesquels les pouvoirs publics seront débiteurs de l'obligation de fonder ces reculs sur des motifs d'intérêt général. La plupart des tendances que nous identifions dans l'arrêt *CWASS* et dans la jurisprudence analysée tempèrent toutefois la sévérité de cette exigence en élargissant le nombre d'hypothèses

dans lesquelles un recul peut être qualifié de significatif.

23. À cet égard, l'une des innovations majeures de l'arrêt *CWASS* est qu'il prend en compte de manière cumulative l'impact de plusieurs normes qui – considérées isolément – n'opéraient pas de recul significatif, mais dont l'impact global sur la situation matérielle des titulaires de droits fondamentaux permet de conclure au caractère significatif de la régression (B). Ce faisant, le Conseil d'État recourt à une approche conséquentialiste qui se focalise les effets de la norme sur la situation matérielle des titulaires du droit fondamental en cause afin d'évaluer le caractère significatif du recul. Le recours à cette approche n'avait jusqu'à présent pas été souligné par la doctrine<sup>45</sup>. Nous montrons que l'arrêt *CWASS* n'est pas le seul dans lequel cette approche est privilégiée par rapport à une approche purement normative (C).

En outre, nous examinons la question des mesures compensatoires que peuvent adopter les pouvoirs publics afin de limiter le caractère significatif du recul et, par souci de cohérence et d'équilibre, nous défendons une prise en compte large du contexte normatif de la norme régressive, susceptible de bénéficier tant aux requérants qu'aux parties adverses (D).

Enfin, la notion de « recul significatif » est une notion à contenu variable – ce qui est significatif pour une personne ne l'est pas nécessairement pour une autre, spécialement un domaine comme celui de la sécurité sociale. Le maniement de cette notion implique que le juge et, en amont, les pouvoirs publics effectuent un jugement de valeur. Nous montrons que le juge a décidé de reconnaître un pouvoir d'appréciation à l'auteur de la norme litigieuse et exerce, par conséquent, un contrôle marginal. Nous avons examiné si le juge effectuait un contrôle du caractère minutieux du processus d'élaboration de la norme (conformément au mouvement de « procéduralisation » des droits fondamentaux et aux principes de bonne administration). La doctrine avait commencé à s'interroger sur l'application des exigences procédurales par le juge dans le cadre du contrôle des motifs

<sup>42</sup> C.C., 14 février 2013, n° 7/2013, B.68.3 (la question du respect du principe d'égalité pourra, en revanche, se poser, voy. B.68.1 et B.68.2).

<sup>43</sup> A. REY (dir.), *Le Grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Le Robert, 2001, voy.° « significatif », t. 6, p. 446. L'adjectif « sensible » est défini par le *Grand Robert* comme ce qui est « assez grand, assez intense pour être perçu, senti, et, par suite, non négligeable » (A. REY (dir.), *Le Grand Robert de la langue française*, op. cit. voy.° « sensible », t. 6, p. 348).

<sup>44</sup> *Larousse*, dictionnaire en ligne, voy.° « sensible », disponible en ligne sur : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/sensible/72108?q=sensible#71305>. Est significatif, selon le *Larousse* ce « qui exprime quelque chose nettement, sans ambiguïté » ou « qui est lourd de sens, à quoi on attribue facilement telle interprétation » (*Larousse*, dictionnaire en ligne, voy.° « significatif », disponible en ligne sur : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/significatif/72708?q=significatif#71899>).

<sup>45</sup> La plupart des auteurs n'abordent pas cette question. Se fondant sur l'analyse de la jurisprudence antérieure à 2008, Isabelle Hachez a défendu que l'appréciation du recul significatif devait se faire dans le chef des bénéficiaires (*Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, op. cit., pp. 385-386). Mais sans aborder la question de l'examen par le juge des effets de la norme litigieuse sur la situation matérielle des titulaires de droit. Jan Velaers estime, quant à lui, que la comparaison entre la norme litigieuse et la norme servant de base à la comparaison est au premier chef une comparaison *in abstracto* qui se place sur le plan de la législation (*De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, op. cit., p. 446). Cela revient-il à considérer que le juge ne doit pas prendre en compte les conséquences concrètes des normes comparées sur la situation matérielle des titulaires de droit ou à considérer que le juge ne doit comparer que les normes juridiques et non l'application concrète de ces normes par les autorités publiques ?

d'intérêt général (second aspect du contrôle de *standstill*)<sup>46</sup>. Pour notre part, nous examinons leur application dans le cadre du contrôle du caractère significatif du recul. Du point de vue de la théorie des droits fondamentaux, la reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation ne dispense pas l'auteur de la norme de respecter ces exigences procédurales. En cas de non-respect, il peut être déchu de l'avantage dont il dispose sur le plan probatoire et supporter la charge de la preuve. Le Conseil d'État qui bénéficie des influences croisées du mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux et des principes de bonne administration (devoir de minutie, motivation interne, etc.) intègre ce raisonnement dans le cadre de l'arrêt *CWASS*. Nous verrons toutefois que le reste de la jurisprudence analysée, en particulier celle de la Cour constitutionnelle, n'est pas pleinement cohérente à cet égard (E).

#### A. PERTINENCE DE L'EXIGENCE D'UN RECU L SIGNIFICATIF

24. Dans sa thèse de doctorat, Isabelle Hachez estimait que tout recul du niveau de protection – qu'il soit significatif ou non devait, en principe, être justifié par des motifs d'intérêt général<sup>47</sup>. Cela concerne notamment les baisses linéaires du niveau d'une allocation sociale, la limitation de la catégorie de bénéficiaires, l'augmentation de la part contributive des titulaires du droit fondamental, sans qu'il y ait de mesures compensatoires. Dans ce type de cas, constater un recul est une opération simple et mécanique (l'allocation examinée est, par exemple, passée de 357 à 350 euros), qui ne laisse pas de pouvoir d'appréciation à l'auteur de la norme litigieuse.

Sur le plan des principes cette position est fondée sur deux considérations :

- l'obligation négative de *standstill* qui s'attache aux droits économiques, sociaux et culturels ne devrait pas se voir appliquer un seuil qui n'est requis pour aucun autre droit fondamental considéré dans son ver-

sant négatif ; pour ces autres droits (liberté d'expression, de religion, etc.), l'on n'exige pas que l'ingérence soit « significative » ;

- les droits économiques sociaux et culturels ayant vocation à être réalisés progressivement, le recul du niveau de protection offert, quelle que soit son ampleur, ne peut être autorisé que s'il est raisonnablement justifié.

Dans le modèle développé, cette règle connaissait toutefois une exception notable lorsque le législateur avait tenté de maintenir un niveau de protection équivalent : un pouvoir d'appréciation lui était reconnu dans cette hypothèse<sup>48</sup>. En effet, si le législateur doit, en principe, maintenir un niveau de protection équivalent à celui antérieurement offert, il dispose cependant d'une marge d'appréciation concernant la manière de garantir ce niveau de protection à un moment donné<sup>49</sup>. Il peut, notamment, modifier les modalités de mise en œuvre du droit fondamental, en remplaçant, par exemple, une aide financière en espèces par une aide en nature consistant notamment en un hébergement en centre d'accueil<sup>50</sup>.

Dans ce cas, la comparaison entre le niveau de protection offert par la norme litigieuse et le niveau de protection qui était offert par la norme servant de base à la comparaison comportera une part de subjectivité importante<sup>51</sup>. C'est, selon l'auteure, dans ce contexte que peut intervenir l'exigence que le recul opéré soit « significatif ». En ne prenant en considération que le recul significatif, le juge restreint son contrôle – puisque le recul doit atteindre un seuil relativement élevé – et reconnaît ainsi le pouvoir d'appréciation dont dispose le législateur<sup>52</sup>. Ce pouvoir d'appréciation trouve sa limite lorsque le recul est jugé significatif, puisqu'un tel recul serait, si l'on se réfère à la définition précitée du *Larousse* « net et sans ambiguïté » ou « important et marquant », selon *Le Robert* et ne ferait donc pas l'objet d'une appréciation. La mécanique à l'œuvre se

<sup>48</sup> Comp. avec la critique plus radicale de l'exigence de recul significatif que fait C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, op. cit., pp. 763-767.

<sup>49</sup> I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, op. cit., pp. 364-365 ; D. DUMONT, « Le "droit à la sécurité sociale" consacré par l'article 23 de la Constitution : quelle signification et quelle justiciabilité ? », op. cit., p. 74

<sup>50</sup> Voy. C.C., n° 169/2002 du 27 novembre 2002 dans lequel était en cause le remplacement d'une aide financière octroyée par le CPAS par une aide matérielle accordée par les centres d'accueil aux candidats-réfugiés.

<sup>51</sup> On compare des pommes et des poires (I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, op. cit., pp. 372-376).

<sup>52</sup> *Ibid.*, pp. 380-382. Voy. aussi C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, op. cit., pp. 761, qui estime que le recours au critère du recul « significatif » implique que le contrôle des juges est marginal.

rapproche, selon nous, de celle de l'erreur manifeste d'appréciation, qui implique que le juge se limite à sanctionner les erreurs d'appréciation qui sont incontestables et visibles pour toute personne raisonnable ou à tout le moins pour l'observateur averti.

25. Cette analyse n'a toutefois pas été suivie par la jurisprudence (sans qu'elle s'en soit expliquée). Au contraire, l'arrêt *CWASS* et l'intégralité des arrêts que nous avons analysés reprennent l'exigence d'un recul « significatif »<sup>53</sup>. Il faut donc déterminer dans le détail ce que recouvre cette exigence pour le juge.

### B. UNE APPROCHE CUMULATIVE DU RECU L SIGNIFICATIF

26. Si plusieurs normes opèrent concomitamment un recul du degré de protection offert, faut-il appréhender leurs effets de manière cumulée ou isolée ?

Sur ce point, l'arrêt *CWASS* offre l'une de ses innovations majeures.

27. Le Conseil d'État estime concernant les trois dernières catégories de reculs<sup>54</sup> dénoncés par les requérantes que si ces derniers restent « en défaut d'établir que chacune de celles-ci, prise individuellement, implique une diminution sensible du niveau de protection offert, il convient toutefois d'avoir égard à la circonstance qu'il est fréquent que les besoins des personnes handicapées portent sur plusieurs aides. Dans de telles hypothèses, qui ne peuvent donc être considérées comme exceptionnelles, le cumul de plusieurs mesures est de nature à aboutir à un recul sensible du niveau de protection, même si chacune de celles-ci ne peut être considérée comme ayant nécessairement en elle-même un tel impact »<sup>55</sup>.

En outre, après avoir constaté que le premier recul dénoncé – l'instauration d'une part contributive – constituait, à lui seul, un recul significatif, le Conseil d'État ajoute que « les régressions instaurées par l'arrêté attaqué, qui, ainsi qu'il a été souligné ci-avant, sont de nature à affecter simultanément le même bénéficiaire, se

combinent avec l'instauration de la "contribution financière" imposée pour toute aide accordée par l'AWIPH [...]. Dans de telles circonstances, il doit être considéré que l'arrêté attaqué entraîne de manière globale un recul sensible dans le niveau de protection antérieurement offert, sans qu'il soit besoin d'établir le caractère sensible du recul induit par chacune des mesures adoptées par l'acte attaqué »<sup>56</sup>.

28. Cette approche cumulative ne se retrouve explicitement dans aucun des autres arrêts que nous avons analysés<sup>57</sup>.

L'arrêt *CWASS* est donc, à ce stade-ci, un arrêt isolé<sup>58</sup>. Quelle autorité faut-il lui accorder ? S'agit-il d'un arrêt de principe ou d'un arrêt d'espèce ?

Dès lors que l'arrêt apporte une innovation majeure par rapport au reste de la jurisprudence, que les considérants pertinents (précités) abordent la question de façon explicite et que leur formulation est suffisamment générale pour être reproduite dans d'autres arrêts<sup>59</sup>, il ne peut s'agir d'un simple arrêt d'espèce.

Le Conseil d'État a donc, par cet arrêt de principe, effectué une « avancée significative » dans le contrôle du respect de l'obligation de *standstill*.

Dès lors que c'est le niveau de protection du droit fondamental qui doit progresser et au

<sup>56</sup> Arrêt commenté, pp. 60-61.

<sup>53</sup> Dans le même sens F. LAMBINET, « Mise en oeuvre du principe de *standstill* dans le droit de l'assurance chômage : quelques observations en marge de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 2018 », *op. cit.*, p. 6. Voy. de manière générale sur la jurisprudence antérieure C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, *op. cit.*, pp. 756-760.

<sup>54</sup> À savoir :

- la limitation des interventions à la réparation d'une voiturette manuelle ou de promenade électrique ;
- l'extension de 12 à 16 hypothèses la liste des exclusions des aides individuelles à l'intégration ;
- ainsi que la limitation et la réduction de diverses interventions reprises dans l'annexe 82 du code réglementaire.

<sup>55</sup> Arrêt commenté, pp. 59-60.

<sup>57</sup> On peut se poser la question de savoir si le Conseil d'État n'avait pas déjà recouru, au moins implicitement, à une approche cumulative dans son arrêt *Cleon* (C.E. (VI), 23 septembre 2011, n° 215.309, *Cleon* et cts). Les requérants alléguaient que les cinq reculs dénoncés se cumulaient. Afin de conclure que « la réduction » (au singulier) du degré de protection déterminée par l'acte attaqué était significative, le Conseil d'État s'était fondé sur les circonstances que l'acte attaqué supprimait la possibilité pour la COCOF d'accorder certaines interventions qui devaient permettre la prise en charge du coût d'aides nécessaires à l'intégration des personnes handicapées, d'une part, et la couverture des frais qui sont indispensables à son intégration, d'autre part. Le Conseil d'État visait quatre des cinq reculs dénoncés par les requérants. Contrairement à l'arrêt commenté, l'arrêt *Cleon* n'a toutefois pas affirmé que les mesures analysées n'opéraient pas de recul significatif lorsqu'on les considérait individuellement et que c'était leur cumul qui permettait de constater le caractère significatif du recul. Il n'est donc pas certain que le Conseil d'État ait souhaité rendre un arrêt de principe sur ce point. Le Conseil d'État conclut d'ailleurs son raisonnement en jugeant que « 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 ». Ce raisonnement peut s'appliquer à chacune des mesures considérées individuellement. Le recul significatif concernait donc, semble-t-il, chacune d'entre elles (sans qu'il soit nécessaire de les cumuler). Enfin, contrairement à l'arrêt *CWASS*, l'arrêt *Cleon* ne portait pas de la situation matérielle du titulaire de droits fondamentaux afin d'évaluer l'impact cumulatif de l'ensemble de dispositions contestées sur celle-ci. Il s'ensuit que l'arrêt *Cleon* ne fait qu'entrouvrir une porte que l'arrêt *CWASS* ouvre résolument.

<sup>58</sup> On retrouve, en revanche, un raisonnement similaire dans deux avis conjoints de la section de législation du Conseil d'État (avis n°s 56.907/1 et 56.908/1 du 19 décembre 2014) sur lesquels nous reviendrons plus en détails ci-après.

<sup>59</sup> La phrase « dans de telles hypothèses, qui ne peuvent donc être considérées comme exceptionnelles, le cumul de plusieurs mesures est de nature à aboutir à un recul sensible du niveau de protection, même si chacune de celles-ci ne peut être considérée comme ayant nécessairement en elle-même un tel impact » pourra être reproduite dans chaque cas où, à la suite d'un examen *in concreto*, le juge aura estimé que la situation matérielle des titulaires de droits fondamentaux est significativement impactée.

minimum être maintenu (sauf motifs d'intérêt général), il est cohérent de prendre en considération l'ensemble des normes qui garantissent le droit fondamental en cause pour la catégorie de titulaire concernée afin d'apprécier ce niveau de protection.

29. L'approche cumulative retenue par le Conseil d'État appelle toutefois plusieurs commentaires quant à l'identification des normes qui doivent être prises en considération.

Le Conseil d'État a eu égard à plusieurs dispositions du CWASS réglementaire. Une approche cumulative devrait, selon nous, également, être adoptée lorsque plusieurs reculs sont opérés par des normes différentes adoptées par le même pouvoir public qu'il s'agisse de normes de même nature (par exemple, des législations différentes) ou de nature différente. On pense ici aux normes législatives et réglementaires dont les effets régressifs pourraient se cumuler. Pour ce qui concerne le CWASS, il faudrait, nous semble-t-il, prendre en considération les effets cumulés des régressions de la partie décrétole et de la partie réglementaire. Cela implique notamment de prendre en compte des normes qui n'auraient pas nécessairement été adoptées de manière concomitante. Même si ces normes sont adoptées par deux organes différents, il n'en demeure pas moins que la Région wallonne, qui n'a qu'une seule personnalité morale, est débitrice de l'obligation de *standstill* quels que soient les instruments juridiques par lesquels les régressions sont opérées<sup>60</sup>.

30. De surcroît, en sautant le pas de l'approche cumulative synchronique (pour les normes adoptées en même temps), le Conseil d'État rend d'autant plus pertinent le recours à l'approche cumulative diachronique (pour les normes qui se succèdent dans le temps). On revient ici à la question de l'identification de la norme servant de base à la comparaison évoquée plus haut. Pour rappel, dans l'arrêt *CWASS*, comme dans le reste de sa jurisprudence, le Conseil d'État n'a pas repris la référence au niveau de protection le plus élevé que les requérantes l'invitaient pourtant à utiliser. La même attitude prévaut à la Cour constitutionnelle.

Paradoxalement, l'arrêt *CWASS* ouvre grand la porte à une approche cumulative diachronique.

<sup>60</sup> L'évaluation de la constitutionnalité de la dernière norme qui fait régresser le niveau de protection du droit fondamental en cause doit donc prendre en considération l'ensemble des reculs opérés. En amont, le gouvernement devrait, par conséquent, prendre en considération les reculs déjà effectués par le législateur lorsqu'il décide d'adopter une norme réglementaire et, le cas échéant, limiter la portée de la régression envisagée. Le parlement devrait faire de même *mutatis mutandis*. Chacun des deux organes peut, en outre, jouer un rôle important dans la production normative de l'autre dès lors que le gouvernement est soumis au contrôle politique du parlement et que ce dernier peut se voir soumettre des projets de décret.

En effet, il ne serait pas cohérent que les juges se focalisent sur la situation matérielle des titulaires d'un droit fondamental et prennent en compte les effets cumulatifs de l'ensemble des normes qui portent atteinte à cette situation à un instant « t », mais ne prennent pas en considération l'ensemble des normes qui se sont succédé pour dégrader progressivement la situation des titulaires du droit fondamental. Raisonner différemment reviendrait à estimer que si un pouvoir public adopte une réforme qui se divise en plusieurs mesures régressives de plus faible portée, le juge doit, afin de déterminer si un recul significatif est opéré, appréhender le recul global qui en résulte tandis qu'il suffirait que le même pouvoir public échelonne l'adoption des mêmes mesures dans le temps pour que l'on estime, cette fois, que seule la dernière mesure adoptée doit être prise en considération. Ce raisonnement n'est pas tenable.

Cela étant, si l'on recherche à insuffler plus de cohérence dans la jurisprudence, l'on devrait également s'interroger sur la pertinence de la prise en considération par le juge des évolutions normatives favorables à la réalisation des droits sociaux, qui ont précédé le recul examiné. Il n'est pas rare que l'auteur de la norme litigieuse invoque, au cours du procès, le fait que le recul opéré doit être relativisé dès lors qu'il succède à plusieurs avancées majeures dans le domaine. Pour rappel, dans l'arrêt *CWASS*, le Conseil d'État a rejeté ce raisonnement se fondant sur le fait que *seule la norme immédiatement antérieure* à la norme litigieuse servait de base à la comparaison. Si l'on fait sauter ce verrou, cela devrait, par souci d'équilibre, être susceptible de bénéficier aux deux parties<sup>61</sup>.

31. L'approche cumulative découle du fait que le Conseil d'État a pris comme point de départ de son analyse la situation matérielle des personnes handicapées titulaires du droit social fondamental. Il ne s'est donc pas contenté d'examiner les effets de droit de la norme litigieuse, mais a également pris en compte ses conséquences sur le plan factuel.

### C. UNE APPROCHE CONSÉQUENTIALISTE DU RECU L SIGNIFICATIF

32. Le recul du niveau de protection offert doit-il être appréhendé d'un point de vue purement

<sup>61</sup> On peut craindre qu'en combinant l'approche cumulative synchronique et l'approche cumulative diachronique, le juge soit contraint de prendre en considération un trop vaste ensemble de norme. Cela favorise également les parties qui peuvent s'adjoindre les conseils d'avocats disposant d'une expertise poussée dans la matière en cause.

juridique et abstrait<sup>62</sup> ? Le juge doit-il, au contraire, prendre également en compte les conséquences factuelles des normes juridiques faisant l'objet de la comparaison sur la situation matérielle des titulaires de droits fondamentaux ?

33. Dans la première approche, les parties à un litige se concentreront sur l'interprétation des termes du *texte* applicable, leur contexte, les travaux préparatoires, et éventuellement la jurisprudence et la doctrine<sup>63</sup>. C'est la différence de formulation du texte de la norme qui occupera une place centrale dans les débats. Cela étant, en se focalisant sur le texte de la norme, il n'est pas toujours évident d'évaluer si ce dernier a opéré un recul<sup>64</sup> et, *a fortiori*, si ce recul est significatif.

34. Dans une seconde approche, que nous qualifions de « conséquentialiste », les conséquences de l'application de la norme sur les titulaires de droit fondamental sont également prises en considération. On prendra dès lors en compte la *situation matérielle concrète* de la catégorie de personnes destinataire de la norme litigieuse afin de déterminer si cette dernière lui cause un dommage. Dans le cadre de cette approche, les parties pourront produire des pièces permettant d'établir ou d'infirmer la dégradation de la situation des destinataires de la norme ou les difficultés auxquelles ils sont confrontés (sur le plan général, il s'agit d'études, de rapports, de statistiques, etc. ; sur le plan particulier, de factures, déclarations fiscales, bilan comptable, bilans et certificats médicaux, témoignages, attestations, etc.).

L'approche conséquentialiste est privilégiée dans l'arrêt *CWASS* (1). Cette approche se retrouve dans une partie de la jurisprudence analysée, mais elle est rejetée par une autre partie de la jurisprudence (2).

### 1. Dans l'arrêt *CWASS*

35. Comme nous l'avons vu, dans l'arrêt commenté, le Conseil d'État est explicitement parti de la situation matérielle des titulaires de droits

<sup>62</sup> Pour un exemple d'examen de la régression uniquement sous l'angle juridique, voy. C.C., 8 mai 2014, n° 77/2014, B.11.2 à B.17 et B.18.1 à B.24.

<sup>63</sup> L'on se limiterait à prendre en considération les textes des normes juridiques comparées en se posant, notamment, les questions suivantes :

- Le champ d'application (*ratione personnae, ratione temporis, ratione loci, ratione materiae*) de la norme litigieuse est-il restreint ou élargi ?
- Les interdictions, obligations, autorisations prévues par la norme litigieuse ont-elles une portée plus large ou plus restreinte ? Les droits attribués ont-ils une portée plus large ou plus restreinte ?
- Y a-t-il des interdictions, des obligations, des autorisations ou des droits supplémentaires ou leur nombre est-il réduit ?
- Les exceptions ou dérogations sont élargies ou restreintes ? Sont-elles plus ou moins nombreuses ?

<sup>64</sup> Notamment lorsque les modalités de mise en œuvre du droit fondamental ont été modifiées.

fondamentaux afin d'évaluer les effets cumulatifs des reculs opérés par l'acte attaqué.

Le Conseil d'État prend, tout d'abord, en considération l'avis de la Commission wallonne des personnes handicapées, lequel analyse l'impact des mesures proposées (et finalement adoptées) par le Gouvernement wallon sur les bénéficiaires des aides prévues par le *CWASS*. Cet avis souligne notamment l'importance de certaines aides ou interventions pour les intéressés et la circonstance que les limitations de ces interventions vont peser fortement sur les personnes handicapées. Le Conseil d'État fait explicitement siennes plusieurs constatations de la Commission relatives à la dégradation de la situation matérielle des personnes intéressées. De surcroît, les circonstances que ces objections n'ont pas été suivies et que le Gouvernement wallon n'apporte aucun élément permettant de remettre en cause les affirmations de la Commission sont dûment pris en compte par le Conseil d'État afin de qualifier le recul de significatif.

36. Plus fondamentalement, c'est en recourant à l'approche cumulative du recul significatif que le Conseil d'État donne le plus d'égards à la situation matérielle des titulaires du droit fondamental. C'est parce qu'il prend en considération les « besoins des personnes handicapées », qui portent fréquemment sur plusieurs aides, d'une part, et la circonstance que les régressions instaurées « sont de nature à affecter simultanément le même bénéficiaire », d'autre part, que le Conseil d'État estime qu'il convient de prendre en compte le cumul de ces mesures et conclut au caractère significatif du recul opéré.

L'approche conséquentialiste et l'approche cumulative se renforcent donc mutuellement.

37. La situation matérielle des titulaires du droit fondamental est toutefois également prise en compte afin d'évaluer si, prise individuellement, une mesure implique une réduction sensible du niveau de protection offert. Ainsi, le Conseil d'État estime que tant l'instauration d'une part contributive de 10 % pour toute aide accordée par l'AWIPH que l'instauration, par exception, d'une part contributive de 2 % pour les bénéficiaires de l'intervention majorée constituaient un recul significatif. En effet, la seconde catégorie de personnes disposant de moyens financiers particulièrement faibles, l'impact sur leur situation sera donc d'autant plus important.

### 2. Dans le reste de la jurisprudence

38. Même si l'approche conséquentialiste n'est pas généralisée dans la jurisprudence – une large majorité des arrêts analysés n'abordent pas

la question – plusieurs arrêts témoignent d'une ouverture des juridictions envers cette approche.

39. Le Conseil d'État avait déjà adopté une approche centrée sur les effets de la mesure dans un arrêt antérieur<sup>65</sup>, mais sans prendre en considération les effets cumulés de plusieurs reculs. Cet arrêt montre que dès lors que l'approche conséquentialiste est utilisée, les débats se porteront pour une bonne part sur la question de la preuve (charge de la preuve et force probatoire des pièces déposées).

40. Dans une affaire concernant le montant des crédits budgétaires accordés à l'aide juridique, la Cour constitutionnelle a, quant à elle, estimé que « bien que le titulaire du droit à l'aide juridique soit le justiciable, le financement de l'indemnisation des avocats prestataires de l'aide juridique de deuxième ligne pourrait avoir une influence sur celle-ci s'il venait à être établi qu'une baisse de cette indemnisation a une incidence effective sur le nombre d'avocats désireux d'accomplir des prestations de cette nature en manière telle que le droit à l'aide juridique que l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution reconnaît au justiciable serait réduit significativement »<sup>66</sup>. La Cour prend donc en compte les effets (même indirects) de la norme litigieuse. Dans une autre affaire, relative à l'instauration de deux contributions financières forfaitaires de 50 euros au stade de la désignation d'un avocat puis au stade de la procédure, la Cour constitutionnelle a pris en considération la situation des bénéficiaires de l'aide juridique en estimant que le montant de 50 euros pouvait être considéré comme important dès lors que ceux-ci n'avaient que peu de moyens d'existence<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> C.E., 28 février 2018, n° 240.831, *Majon et SPRL Centre dentaire Meiser*, p. 13. Voy. égal. en matière de droit à un environnement sain, la comparaison entre les effets de la chasse à l'approche et de la chasse à l'affût (C.E. (XV), 25 octobre 2019, n° 245.927, *ASBL L.R.B.P.O.* et cts p. 46).

<sup>66</sup> C.C., 15 juin 2017, n° 71/2017, B. 4.3. La Cour a toutefois estimé que les dispositions budgétaires contestées n'étaient pas susceptibles d'avoir un tel effet dès lors que les crédits inscrits au budget avaient pour objet de financer des prestations d'avocat qui avaient déjà été accomplies l'année précédente (B.5). La Cour aurait toutefois pu prendre en considération l'impact de la baisse des crédits sur les anticipations des avocats pour l'année en cours au moment de l'adoption du budget.

<sup>67</sup> C.C., 21 juin 2018, n° 77/2018, B.15.3. Voy. aussi l'avis de la SLCE n° 58.761/3 du 17 février 2016 relatif à la loi en cause. Dans son arrêt n° 107/2014 du 17 juillet 2014, la Cour constitutionnelle examine si les mesures critiquées (à savoir l'interdiction faite aux hôpitaux de facturer des honoraires supplémentaires) diminuent ou accroissent la garantie du droit à la protection de la santé consacrée par l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution, mais également si elles ont un impact sur la qualité des soins. L'approche de la Cour prend donc en compte la situation sur le plan factuel. En l'occurrence, elle estime que les requérants n'ont apporté aucune donnée permettant d'étayer l'affirmation selon laquelle la qualité des soins aux patients serait mieux assurée par les hôpitaux qui réclament des honoraires supplémentaires aux patients admis en chambre double ou en chambre commune. Il faut en inférer qu'*a contrario*, les requérants auraient pu établir l'existence d'un recul du degré de protection offert s'ils avaient déposé des pièces permettant de démontrer l'existence de ce recul. Le débat ne porte donc pas uniquement sur le texte juridique et son interprétation, mais aussi sur les effets (même indirects) de celui-ci (C.C., 17 juillet 2014, n° 107/2014, B.24.3.).

41. La Cour constitutionnelle a toutefois rejeté cette approche dans un arrêt<sup>68</sup>. Elle s'est prononcée dans le cadre d'un recours dirigé contre la disposition qui habilite le procureur du Roi à requérir des institutions de sécurité sociale qu'elles lui fournissent les renseignements administratifs qu'il juge nécessaires afin de faire progresser l'enquête. Les requérants estimaient que la mesure entraînerait une recrudescence du phénomène de « non-recours », dans lequel les bénéficiaires de la sécurité sociale renoncent à faire valoir leur droit, alors qu'ils remplissent les conditions pour pouvoir y prétendre, et ce afin d'éviter de devoir divulguer aux institutions de sécurité sociale des informations les concernant. La Cour a estimé que, dès lors qu'elle prévoyait seulement une obligation d'information passive, la disposition en cause ne réduisait pas, *a fortiori* de manière significative, le niveau de protection offert<sup>69</sup>.

42. Il est vrai que le recours à une approche conséquentialiste contraste avec l'approche positiviste-formaliste qui caractérise traditionnellement le droit belge. Toutefois dès lors que les juridictions ont fait le choix de s'engager dans un contrôle du caractère significatif du recul, il doit être approuvé. En effet, une norme n'a pas seulement un contenu prescriptif, elle a également vocation à produire des effets sur le plan factuel, lesquels affectent la situation matérielle de ses destinataires<sup>70</sup>. On peut se référer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle la Convention européenne des droits de l'homme « a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »<sup>71</sup>. Le même raisonnement est valable pour la Constitution et les droits fondamentaux qu'elle consacre, y compris les droits économiques, sociaux et culturels, dont la mise en œuvre requiert,

<sup>68</sup> Voy. aussi les arrêts C.C., 19 juillet 2017, n° 97/2017 et C.C., 13 octobre 2016, n° 129/2016 qui, quant à eux, portent plutôt sur le champ d'application du droit à la sécurité sociale.

<sup>69</sup> C.C., 14 mars 2019, n° 44/2019, B.33.1. Cette position s'explique peut-être parce que, contrairement à l'arrêt commenté, où était pris en compte l'effet de la diminution des aides sur la situation des personnes concernées par celles-ci, il était demandé à la Cour de prendre en considération un effet indirect de la mesure litigieuse. Les arrêts n° 107/2014 et 71/2017 concernent toutefois également les effets indirects des normes litigieuses, de sorte que l'arrêt n° 44/2019 est en retrait par rapport à cette jurisprudence. En pratique, la preuve d'un effet indirect sur la situation matérielle des titulaires du droit fondamental est toutefois plus difficile à apporter, de sorte que, si la Cour avait porté son contrôle sur l'effet de la mesure contestée, il n'est pas certain qu'elle aurait estimé que le requérant avait suffisamment étayé ses affirmations. En toute hypothèse, le requérant aurait encore dû démontrer que la mesure n'était pas raisonnablement justifiée, ce qui nous semble difficile en l'espèce.

<sup>70</sup> Voy. à ce propos la synthèse que fait Isabelle Hachez (« Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *R.I.E.J.*, n° 2, 2010, pp. 19 et s.) des travaux concernant la force normative dirigés par Catherine Thibierge (*La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., 2009).

<sup>71</sup> Cour Eur. D.H. (GC), 23 février 2016, *Mozer c. République de Moldavie et Russie* ; Cour. Eur. D.H. (GC), 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, § 24.

en règle, l'affectation de moyens financiers importants dans le but d'améliorer la situation matérielle des titulaires de ces droits fondamentaux<sup>72</sup>.

#### D. LES MESURES COMPENSATOIRES ET LE CONTEXTE NORMATIF

43. Le principe de *standstill* ne s'oppose pas à toute réforme. Il est admis que l'auteur de la norme litigieuse remette en cause certaines modalités de protection du droit fondamental s'il adopte des mesures compensatoires. Les mesures compensatoires sont conçues comme des mesures *concomitantes* à l'adoption de la mesure régressive. Sur le plan des principes, l'on ne pourrait donc pas, dans le cadre de l'examen du caractère significatif du recul, avoir égard à des normes juridiques *préexistantes*<sup>73</sup>.

44. Dans l'arrêt *CWASS*, le Gouvernement wallon avançait, au titre des mesures compensatoires, diverses intentions exprimées par la note au Gouvernement – telle que l'intention d'évaluer après 12 à 18 mois les mesures adoptées – ainsi que certaines mesures préexistantes telles que l'article 796/6 du *CWASS* réglementaire qui consacre une procédure dérogatoire exceptionnelle au profit des bénéficiaires.

Le Conseil d'État a considéré que de simples intentions et des mesures préexistantes ne sont pas de nature à remettre en cause le caractère sensible du recul.

45. Il a, en revanche, estimé que la prise en charge des *smartphones* à concurrence de 140 euros, applications comprises, pouvait être considérée comme une compensation de la suppression des aides relatives aux téléphones fixes. Il ne s'est pas prononcé sur la question de savoir s'il s'ensuivait que la suppression de ces aides ne constituait pas un recul significatif, mais a cependant estimé qu'« à supposer même qu'il puisse être considéré que sur ce point précis l'arrêté attaqué n'emporte pas de régression sensible dans la protection des droits antérieurement reconnus, cette circonstance

n'est pas de nature, à elle seule, à invalider le constat, effectué ci-avant, relatif à l'incidence de l'arrêté attaqué, envisagé globalement, sur le niveau de protection antérieurement reconnu ». En d'autres termes, la conséquence logique de l'approche cumulative, que nous avons analysée, est que les mesures compensatoires doivent permettre de compenser la régression globale opérée et non uniquement une régression isolée. Le Conseil d'État semble effectuer un contrôle marginal en la matière puisqu'il se limite à rechercher si les mesures mises en exergue par l'auteur de la norme « peuvent » être qualifiées de compensatoires<sup>74</sup>.

46. Dans d'autres arrêts, le Conseil d'État ne se limite pas toutefois à prendre en considération les mesures adoptées concomitamment à la norme litigieuse. Afin d'apprécier le caractère significatif du recul, il examine également le contexte normatif dans lequel cette norme prend place.

Ainsi, le caractère significatif de la régression causée par la hausse des droits de rôle au Conseil d'État est évalué au regard du fait que les requérants peuvent demander le bénéfice de l'aide juridique et l'exemption des droits de rôle<sup>75</sup>.

Dans son arrêt n° 135/2017, la Cour constitutionnelle a estimé que la mesure qui reculait à 67 ans l'âge à partir duquel les personnes qui perçoivent un revenu d'intégration pourront bénéficier de la GRAPA n'était pas une régression significative dès lors que le revenu d'intégration poursuivait la même finalité et fournissait des prestations comparables à la GRAPA. La Cour a également eu égard au fait que les personnes qui ne pouvaient pas prétendre à la GRAPA avaient droit à l'aide sociale en vertu de la loi organique des CPAS et que les CPAS devaient prendre en considération les besoins particuliers liés à l'âge lorsque leur intervention est sollicitée<sup>76</sup>.

Le contexte législatif est également pris en compte par la Cour constitutionnelle pour l'appréciation de l'existence même d'un recul<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> À cet égard, si les travaux préparatoires de l'article 23 de la Constitution font référence aux garanties juridiques qui doivent être mises en place, ils ne se limitent pas à cette perspective. Le constituant a consacré l'aide sociale, médicale et juridique afin de « protéger la personne se trouvant en état de détresse » et à « assurer un plus grand bien-être » (Révision du titre II de la Constitution, par l'insertion d'un article 24bis relatif aux droits économiques et sociaux, développements, *doc. parl.*, S., S.E. 1991-1992, n° 100-2/3°, p. 19). Le droit à la sécurité sociale, quant à lui, « s'inscrit dans une évolution axée sur le bien-être et le progrès » (*ibid.*, p. 18). Enfin, le droit à la protection de la santé vise à « améliorer la qualité de la santé publique ou à prévenir sa dégradation » (*ibid.*, p. 19). L'intention du constituant ne porte donc pas seulement sur la mise en place de nouvelles prérogatives juridiques abstraites, mais aussi sur leur effectivité et sur l'amélioration des conditions matérielles concrètes des bénéficiaires de la sécurité sociale (au sens large).

<sup>73</sup> I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, pp. 366-372. C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, *op. cit.*, pp. 754-756.

<sup>74</sup> Arrêt commenté, p. 61.

<sup>75</sup> C.E., AG, 21 mars 2017, n° 237.723, *Bogaerts et cts*, p. 16.

<sup>76</sup> C.C., 30 novembre 2017, n° 135/2017, B.65.2. Dans l'arrêt n° 6/2019, relatif à l'ajout d'une condition de résidence de 10 ans (dont 5 ans sans interruption) afin de pouvoir bénéficier de la GRAPA, le Conseil des ministres a tenté de justifier le caractère mineur du recul en mettant en exergue le fait que les personnes qui viendraient à ne plus pouvoir bénéficier de la GRAPA pourraient faire valoir leur droit à l'intégration sociale. Même si la Cour constitutionnelle a estimé que cette circonstance ne suffisait pas à exclure le caractère significatif du recul, elle a toutefois pris en considération cette dernière dans le cadre de son examen (C.C., 23 janvier 2019, n° 6/2019, B.8). La Cour s'est donc montrée plus exigeante envers le législateur dans l'arrêt n° 6/2019. Mais, dans les deux cas, elle a pris en considération le contexte législatif (préexistant) de la mesure afin d'apprécier son caractère significatif. Voy. aussi l'arrêt n° 41/2020 du 12 mars 2020, qui concerne l'allocation de remplacement de revenu et dans lequel le Conseil des ministres avait aussi invoqué le maintien de la possibilité résiduaire de bénéficier du droit à l'intégration sociale.

<sup>77</sup> L'application des dispositions d'autres législations neutralise les effets négatifs des dispositions litigieuses qui étaient dénoncés par les requérants.

47. Si l'on prend en considération les besoins des titulaires de droits et l'impact de la norme litigieuse sur leur situation matérielle pour conclure au caractère significatif du recul, l'on devrait également pouvoir partir de ces besoins et de l'impact matériel de la norme pour conclure à son caractère négligeable. Afin de déterminer adéquatement l'impact d'une norme sur la situation matérielle d'une catégorie de personnes, il faut prendre en compte les normes qui ont pour effet d'accroître ou de limiter cet impact – même s'il ne s'agit pas, selon nous, de « mesures compensatoires », mais c'est là une question purement terminologique. La prise en compte du contexte normatif afin d'évaluer le caractère significatif d'un recul nous semble donc pertinente<sup>78</sup>.

48. L'élargissement des aspects sur lesquels porte l'évaluation du caractère significatif du recul doit toutefois être mis en perspective. En exigeant que le recul du degré de protection offert soit significatif, le juge relève le seuil nécessaire à l'établissement de l'atteinte à l'obligation de *standstill*. Le nombre de cas dans lesquels il doit procéder à un contrôle de proportionnalité s'en trouve mécaniquement réduit. Or, le contrôle de proportionnalité est intrinsèquement conséquentialiste dès lors qu'il implique, notamment, d'examiner la justification de la mesure et de déterminer si des mesures alternatives permettraient de réaliser l'objectif poursuivi tout en portant une atteinte moindre aux droits fondamentaux (nécessité) et si les effets négatifs de la mesure l'emportent sur ses effets

positifs (proportionnalité au sens strict). Il prend également en compte le contexte normatif de la mesure litigieuse<sup>79</sup>. En se privant de ce contrôle, le juge réduit par la même occasion sa capacité à contrôler la justification de la mesure, son contexte factuel et juridique et ses effets matériels. Le mouvement en faveur d'une approche conséquentialiste du recul significatif que nous avons identifié dans l'arrêt *CWASS*, et dans une série d'autres arrêts, compense en quelque sorte cet appauvrissement initial de la portée du contrôle du juge en prenant en considération, au stade de l'examen du recul significatif, l'impact de la mesure sur la situation matérielle du titulaire de droit au regard des autres mesures qui sont de nature à accroître ou à limiter cet impact. L'on n'appréhende donc plus le recul significatif en le considérant isolément sous un angle purement juridique et abstrait. La « compensation » opérée n'est toutefois que partielle puisque, comme nous le confirmera l'examen de la jurisprudence dans les pages qui suivent, le contrôle du recul significatif ne se fait pas à l'aune des trois exigences du principe de proportionnalité que sont l'appropriation, la nécessité et la proportionnalité au sens strict.

#### E. L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE DU JUGE ET LA RÉPARTITION DE LA CHARGE DE LA PREUVE

49. L'identification du recul significatif n'est pas mécanique et binaire. L'on constate qu'il n'y a pas nécessairement de limite objective entre un recul « significatif » et un recul « non significatif ». La notion de recul significatif présente en réalité un contenu variable de sorte que plusieurs personnes pourront en avoir une appréhension concrète différente en fonction de leur sensibilité et de leurs valeurs<sup>80</sup>. À cet égard, le Conseil d'État confirme que l'appréhension du caractère significatif du recul est une question de degré<sup>81</sup>.

Les dispositions litigieuses n'entraînent donc pas le recul dénoncé (C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, B.26 à B.28).

<sup>78</sup> On retrouve cette approche cumulative à spectre large dans deux avis conjoints relatifs à la réglementation en matière de chômage dans lequel la section de législation du Conseil d'État estime qu'« eu égard à la complexité des mesures actuellement en projet et au fait qu'il faut vraisemblablement également les situer dans un ensemble de mesures plus large, échelonnées ou non, et eu égard également à la jurisprudence précitée de la Cour constitutionnelle, dont il faut déduire qu'il n'est pas exclu que les effets (négatifs) d'une certaine mesure sur le degré de protection offert par le droit social et le droit du travail soient compensés par les effets (positifs) d'autres mesures portant sur ces matières, il n'est pas simple d'apprécier les mesures actuellement en projet à la lumière de l'article 23 de la Constitution et du principe de *standstill* qui en découle. L'auteur du projet ne perdra néanmoins pas de vue que, sauf motifs liés à l'intérêt général, l'article 23 de la Constitution fait en tout cas obstacle à une réduction du niveau global de protection en matière de droit social et de droit du travail. Il est recommandé de mettre à profit la rédaction du rapport au Roi [...] pour y justifier [...], si nécessaire, les mesures en projet au regard du principe de *standstill* qui découle de l'article 23 de la Constitution, compte tenu de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle susmentionnée » (avis n° 56.907/1 du 19 décembre 2014 sur un projet d'arrêté royal « modifiant les articles 36, 59bis, 59bis/1, 63, 64, 71bis, 72, 89bis, 114, 116, 126, 131bis, 153, 154, 155 et 157bis de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage et abrogeant les articles 89, 90 et 125 dans le même arrêté » et avis n° 56.908/1 du 19 décembre 2014 sur un projet d'arrêté ministériel « modifiant l'article[s] 58 et 75ter de l'arrêté ministériel du 26 novembre 1991 portant les modalités d'application de la réglementation du chômage », p. 18). Voy., par ailleurs, en matière de droit aux conditions de travail équitables, l'avis n° 54.231/1 du 6 novembre 2013 sur un avant-projet de loi concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement, p. 32.

<sup>79</sup> Voy. B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 592-593.

<sup>80</sup> Voy. D. DUMONT, « Le "droit à la sécurité sociale" consacré par l'article 23 de la Constitution : quelle signification et quelle justiciabilité ? », *op. cit.*, p. 75 (« l'on ne dispose d'aucun guide prédéterminé et [...] partant, tout semble en partie affaire d'espèce ») ; C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, *op. cit.*, p. 764 (« l'étendue de cette exigence reste imprécise et son encadrement est trop lâche pour garantir une protection adéquate des droits fondamentaux. Concrètement, l'exigence du recul sensible donne la possibilité au juge d'apprécier de manière subjective les atteintes aux obligations positives sans qu'un encadrement ne soit institué, comme il en existe, par exemple, pour l'exigence de proportionnalité »), pp. 765 et 767. Voy. aussi J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAEC, J. GOOSSENS et T. DE PELSMAEKER, *Belgisch publiekrecht*, *op. cit.*, p. 683, qui vise, plus généralement, l'appréhension du recul du niveau de protection offert et estime que « *het is [...] zeker niet eenvoudig om zich daarbij niet te begeben op het terrein van opportuniteit van het overheidsbeleid* ».

<sup>81</sup> C.E. (V), 6 décembre 2011, n° 216.702, *CSC, FGTB et cts* (« Il y a lieu d'examiner au préalable dans quelle mesure le régime attaqué abaisse le

50. En droit public, lorsque l'application concrète d'une notion juridique par les autorités publiques requiert de procéder à un jugement de valeur, deux scénarios sont possibles<sup>82</sup> :

- soit le jugement de valeur (final) est effectué par le juge qui substitue son appréciation à celle de l'autorité ;
- soit le juge reconnaît à l'autorité un pouvoir d'appréciation et se limite à effectuer un contrôle restreint sur l'exercice de ce pouvoir.

Nous verrons que, pour ce qui concerne l'application de la notion de « recul significatif », la jurisprudence reconnaît au législateur un pouvoir d'appréciation, parfois large. Le juge ne substitue donc pas son appréciation de l'intensité du recul à celle de l'autorité sauf erreur manifeste d'appréciation. Il résulte de cette jurisprudence que l'auteur de la norme litigieuse n'est obligé de démontrer que la mesure régressive adoptée est fondée sur des motifs d'intérêt général que si le recul opéré n'est manifestement pas négligeable.

51. À titre de comparaison, les pouvoirs publics ne disposent pas d'un pouvoir d'appréciation de l'existence d'une ingérence dans un droit civil ou politique. Ils disposent, en revanche, d'un pouvoir d'appréciation afin de déterminer l'opportunité de l'ingérence, dans le respect des principes de légitimité, de légalité et de proportionnalité.

52. Dans sa thèse de doctorat, Isabelle Hachez se montrait déjà favorable à la reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation tant pour ce qui concerne l'existence du recul du niveau de protection – dans l'hypothèse, évoquée plus haut, où le législateur aurait modifié les modalités de mise en œuvre du droit du droit fondamental<sup>83</sup> – que pour ce qui concerne sa justification. L'auteure estime que cette différence de traitement avec les autres obligations négatives qui s'attachent aux droits fondamentaux est justifiée par le fait que l'obligation de *standstill* entretient un lien de filiation avec l'obligation positive de réalisation des droits fondamentaux laquelle implique un large pouvoir d'appréciation que l'obligation de *standstill* ne fait pas disparaître<sup>84</sup>.

niveau de protection du droit ») ; C.E. (VI), 18 juin 2013, n° 223.953, *Hertoghe* et cts (« seules les régressions suffisamment sensibles sont proscrites »).

<sup>82</sup> Voy. B. BLÉRO et Y. MOSSOUX, « Le congé pénitentiaire et la permission de sortie : des compétences intégralement liées du ministre de la Justice ? Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation C.12.0291.F/1 du 15 novembre 2013 », *A.P.T.*, n° 3, 2014, pp. 352-355

<sup>83</sup> Pour rappel, dans ce cas, le juge devrait, selon cette auteure, limiter son contrôle en ne prenant en considération que les reculs significatifs.

<sup>84</sup> I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, op. cit., pp. 381-382. *Contra* : C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, op. cit., pp. 763-764.

À cela s'ajoute que l'exigence de la démonstration, en toute hypothèse, de l'existence d'un recul significatif plutôt que d'un simple recul est vraisemblablement le signe du fait que les juridictions ont souhaité ménager une marge d'appréciation aux pouvoirs publics. Pour ce faire, elles ont recouru à une notion à contenu variable qui rend possible la reconnaissance d'un tel pouvoir.

53. Dans les lignes qui suivent, nous montrons que l'auteur de la norme litigieuse se voit reconnaître un pouvoir d'appréciation en nous fondant sur un examen approfondi de la nature et l'intensité du contrôle du juge dans l'arrêt *CWASS* (2) et dans le reste de la jurisprudence analysée (3). Nous analysons la jurisprudence à l'aune d'une double grille de lecture à laquelle la doctrine n'avait pas encore recouru jusqu'à présent. Pour ce faire, nous prenons comme point de comparaison le contrôle juridictionnel du pouvoir d'appréciation tel qu'il est conçu par le droit administratif, d'une part, et par le droit des droits fondamentaux, d'autre part. Cela nous permet d'examiner la manière dont les exigences de ces deux catégories de contrôle pourraient se traduire dans le cadre de l'examen du caractère significatif du recul (1).

### 1. Le contrôle du pouvoir d'appréciation et des motifs en droit administratif et dans le droit des droits fondamentaux

54. Le Conseil d'État est compétent pour contrôler la conformité des actes administratifs adoptés par l'autorité administrative aux principes généraux du droit administratif, plus particulièrement aux principes de bonne administration. Au rang de ces principes, l'on trouve, notamment, le devoir de minutie, les principes liés aux procédures de consultation, le principe de motivation interne et le principe du raisonnable. Ces principes s'appliquent, notamment, aux actes réglementaires.

55. Le devoir de minutie impose à l'autorité administrative de rechercher et de vérifier l'ensemble données factuelles et juridiques pertinentes pour l'adoption de l'acte administratif et à les prendre dûment en considération de manière à préparer l'acte administratif avec soin et à décider en connaissance de cause<sup>85</sup>. Devront également être pris en considération les avis remis par

<sup>85</sup> C.E. (IX), 19 septembre 2011, n° 215.194, *N.V. Evonet Belgium* ; C.E., 10 octobre 2016, n° 236.034, *Van Ghelewe*. Voy. D. DE JONGHE et P.-F. HENRARD, « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration en droit administratif : questions choisies », in P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et F. TULKENS (dir.), *Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 21-28.

les organismes consultés dans le cadre de la procédure, que leur consultation soit facultative ou obligatoire<sup>86</sup>. Pour ce qui concerne les règlements, le dossier administratif devra faire apparaître que l'autorité a pris en considération l'avis et, le cas échéant, les raisons pour lesquelles elle s'en est écartée.

56. Le principe de motivation interne exige que les actes administratifs reposent « sur des motifs de droit et sur des motifs de fait matériellement exacts, régulièrement qualifiés et régulièrement appréciés »<sup>87</sup>. Quand l'autorité fait entrer des éléments de fait dans son appréciation de l'opportunité d'une décision, il faut que leur réalité et leur pertinence soient établies<sup>88</sup>. Les motifs de droit et de fait qui justifient un acte réglementaire doivent se dégager du dossier administratif<sup>89</sup>. Seuls des faits préalables à l'acte administratif peuvent être considérés comme des motifs de ce dernier<sup>90</sup>.

57. Le principe du raisonnable permet au juge de contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Il ne sanctionne que l'erreur manifeste d'appréciation à savoir celle qu'aucune autorité administrative raisonnable placée dans les mêmes circonstances n'aurait pu commettre<sup>91</sup>. Une telle erreur est incompréhensible pour tout observateur averti<sup>92</sup>. Le caractère manifeste de l'erreur implique que « tout doute doit être exclu »<sup>93</sup> et

que l'erreur doit être (aisément) visible, à tout le moins, pour un « observateur averti » suffisamment instruit de la matière en cause<sup>94</sup>. Pour examiner le caractère manifeste d'une erreur, il convient, selon le Conseil d'État, de « se référer à la motivation de l'acte et tenir compte notamment des avis favorables ou défavorables émis par les autorités consultées lors de l'instruction administrative »<sup>95</sup>. L'autorité doit justifier la raison pour laquelle elle s'écarte de ces avis sous peine de commettre une erreur manifeste d'appréciation<sup>96</sup>. Il en résulte que le contrôle de l'erreur manifeste est lié au contrôle des motifs et au devoir de minutie.

58. Traditionnellement, le législateur n'est, quant à lui, pas soumis à un degré d'exigence aussi élevé que les autorités administratives. Le principe du raisonnable, le principe de la motivation interne, les principes applicables aux consultations et le devoir de minutie ne se retrouvent pas tels quels dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Dans le droit des droits fondamentaux, l'appréhension correcte du contexte factuel et l'exercice du pouvoir d'appréciation du législateur (ou plus généralement des pouvoirs publics) sont principalement encadrés par le principe de proportionnalité et par les exigences procédurales qui en découlent.

59. Le principe de proportionnalité recouvre trois exigences substantielles cumulatives<sup>97</sup> :

- l'appropriation, qui impose que la mesure restrictive soit de nature à réaliser le but lé-

<sup>86</sup> C.E., 20 mai 2010, n° 204.162, *Habets et Olimar*.

<sup>87</sup> C.E., 22 novembre 2016, n° 236.476, *Ihirrou* ; C.E., 30 novembre 2016, n° 236.621, *S.A. Envemat et crts*.

<sup>88</sup> C.E., 4 février 2014, n° 226.328, *Anciaux et Guillaume*.

<sup>89</sup> C.E., 28 février 2011, n° 211.590, *S.P.R.L. Transervices*. Si le dossier administratif complet n'est pas transmis au Conseil d'État dans un délai de 60 jours à compter du lendemain de la réception de la requête les faits cités par le requérant sont réputés prouvés, à moins qu'ils soient manifestement inexacts (art. 6, § 2, du règlement général de procédure ; art. 21, al. 3, L.C.C.E. ; C.E., 14 mars 2013, n° 222.864, *Palaiologou*). Le Conseil d'État peut tenir compte du dossier déposé hors délai s'il permet de montrer que les faits allégués par le requérant sont manifestement inexacts (C.E., 14 septembre 2018, n° 242.347, *Commune de Ganshoren*). Le Conseil d'État peut ordonner le dépôt du dossier administratif s'il n'a pas été déposé à l'expiration du délai (art. 21, al. 5, L.C.C.E.). Le dépôt tardif du dossier administratif n'emporte pas le bien-fondé des moyens avancés par le requérant, pour l'examen desquels il est normal de se référer au dossier administratif, fut-il déposé tardivement, dans le respect du contradictoire (C.E., 20 février 2018, n° 240.767, *ASBL Association pour le droit des étrangers* et cts). En tout état de cause, il appartient, en principe, au requérant d'indiquer, *ab initio*, dans sa requête les normes juridiques dont il allègue la violation et la manière dont elles ont été violées (C.E., 19 juin 2019, n° 244.852, *SPRL Transports Bastin*). Cette règle connaît toutefois des exceptions, notamment lorsque le requérant n'a pu avoir connaissance de l'irrégularité qu'après la consultation du dossier administratif (C.E., 22 mai 2017, n° 238.272, *Coën*).

<sup>90</sup> Il s'ensuit que « les explications données après l'adoption de la norme soit dans des courriers soit dans les écrits de procédure déposés devant le juge saisi ne peuvent pas suppléer à la carence du dossier » (C.E., 28 juin 2005, n° 146.836, *REMS-WERK Christian Föll und Söhne GmbH & Co. KG*). Voy. aussi C.E., 2 mai 2016, n° 243.614, *Mahi*.

<sup>91</sup> C.E., 21 février 2017, n° 237.430, *Mathelin* ; C.E., 26 janvier 2017, n° 237.194, *Labie*.

<sup>92</sup> C.E., 21 février 2017, n° 237.430, *Mathelin*, préc. ; C.E., 10 janvier 2017, n° 236.997, *Glineur*.

<sup>93</sup> C.E., 20 mai 2019, n° 244.546, *Mikaelian* ; C.E., 28 janvier 2019, n° 243.531, *Commune de Lierneux*.

<sup>94</sup> Voy. Y. MOSSOUX, « Les principes du raisonnable et de proportionnalité », in P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et F. TULKENS (dir.), *Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, op. cit., pp. 89-92. Comp. avec l'interprétation nuancée de certains arrêts des XII<sup>e</sup> et IX<sup>e</sup> chambres (flamandes) du Conseil d'État, qui de manière encore plus forte que les chambres francophones, laissent tomber l'exigence d'une erreur aisément visible et ne recourent donc plus à la référence au « manifeste » : C.E., 10 juillet 2012, n° 220.242 et n° 220.243, *Universiteit Gent* ; C.E., 28 octobre 2013, n° 225.271, *De Wil*.

<sup>95</sup> La circonstance que la position de l'autorité était partagée par les organismes chargés de rendre un avis sur l'acte administratif tend généralement à démontrer l'absence d'erreur manifeste (C.E., 20 décembre 2014, n° 228.805, *Commune de Braine-l'Alleud* ; C.E., 12 mars 2013, n° 222.827, *Claeys* ; C.E., 28 juin 2013, n° 224.198, *Lucarelli et Mejias* ; C.E., 21 janvier 2011, n° 210.616, *Lucarelli et Mejias*). En revanche, l'absence d'accord entre autorités administratives n'établit pas en soi l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation (C.E., 11 mars 2005, n° 141.832, *Van den Brande* ; C.E., 6 octobre 2011, n° 215.625, *Tordeurs et Poucet*).

<sup>96</sup> C.E., 22 janvier 2015, n° 229.948, *Vandamme* ; C.E. 14 novembre 2011, n° 216.269, *Bequet*. Le contrôle de l'erreur manifeste est intimement lié au contrôle de la motivation de l'acte. Le Conseil d'État ne censure pas une appréciation dans l'absolu, mais parce qu'elle n'est pas raisonnablement justifiée au regard du but poursuivi et de l'ensemble des faits de l'espèce (C.E., 20 décembre 2016, n° 236.857, *Chevremont* et cts ; D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 375-377, pp. 506-507 et pp. 521-524).

<sup>97</sup> S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, « L'insertion d'une clause constitutionnelle transversale relative à la garantie des droits fondamentaux. Note des experts », H. CLAES et J.-J. VISEUR, *Les clauses transversales en matière de droits et libertés. Rapport fait au nom du groupe de travail chargé de l'examen du titre II de la Constitution*, doc. parl., Ch., sess. 2004-2005, n° 2304/1, pp. 23-24.

gitime poursuivi par son auteur ou, à tout le moins, de nature à y contribuer ;

- la nécessité, qui requiert que la mesure restrictive soit, parmi celles qui permettent d’atteindre le but en question, la moins attentatoire au droit fondamental en cause ;
- la proportionnalité au sens strict, qui implique que même s’il n’existe pas de mesure moins attentatoire pour atteindre le but fixé, l’avantage de la mesure pour l’intérêt l’emporte sur l’atteinte portée au droit fondamental.

En pratique, la Cour européenne des droits de l’homme estime que « les limites dont une restriction est assortie sont des éléments importants pour l’appréciation de sa proportionnalité ». En conséquence, la Cour va examiner si la mesure « a été conçue de manière à ne viser que le risque [...] contre lequel l’État entendait se prémunir et à porter le moins possible atteinte » au droit fondamental en cause<sup>98</sup>. La même tendance se trouve dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle<sup>99</sup>.

Il n’est, en outre, pas rare que cette dernière ne contrôle pas explicitement la nécessité ou la proportionnalité au sens strict de la mesure, mais qu’elle prenne, en revanche, en considération les limites ou le calibrage de la mesure ainsi que les garanties qui l’entourent afin de déterminer si elle est proportionnée. Dans les arrêts analysés pour la rédaction de cette étude, la Cour a, notamment, pris en considération :

- l’ampleur de la catégorie de personnes concernées<sup>100</sup> ;
- les dérogations prévues pour certaines catégories de personnes ainsi que l’instauration de mesures transitoires, qui permettent de prendre en compte des situations spécifiques<sup>101</sup> ;
- l’intervention du juge chargé d’examiner chaque dossier au cas par cas, notamment en fonction des spécificités de la situation matérielle des titulaires du droit fondamental en cause, et conformément aux garanties

procédurales propres aux procédures contentieuses<sup>102</sup> ;

- la limitation de la mesure sous l’angle temporel (elle ne s’applique aux personnes concernées que pour une durée limitée<sup>103</sup> ou, à l’inverse, les personnes concernées peuvent bénéficier du droit fondamental en cause dans un premier temps, mais elles en sont déchuës à la suite d’un évènement ou du passage du temps<sup>104</sup>) ;
- le fait qu’une partie des droits des personnes concernées est préservée<sup>105</sup> ;
- le fait que la mesure ne sortira ses effets de droit que progressivement<sup>106</sup> ;
- le fait que la mesure est individualisée et, par conséquent, adaptée à la situation personnelle du destinataire (capacités, aptitudes, qualifications, besoins, etc.)<sup>107</sup> ;
- les effets de la mesure sur la situation matérielle du titulaire du droit fondamental<sup>108</sup> ;
- les effets de mesures compensatoires sur la situation matérielle du titulaire du droit fondamental<sup>109</sup> ;
- la circonstance que la mesure est conforme à la directive européenne applicable et même plus protectrice que celle-ci<sup>110</sup>.

Plus une mesure restrictive est entourée de limites (dans son champ d’application, sa portée ou ses effets) et de garanties plus elle a de chances d’être jugée proportionnée. On pourrait toutefois regretter qu’en ne recourant pas explicitement aux critères de la balance des intérêts et de la recherche des alternatives moins attentatoires, la Cour constitutionnelle risque d’appauvrir son contrôle de proportionnalité par rapport à la Cour européenne des droits de l’homme.

60. La manière dont s’effectue le contrôle de proportionnalité varie également en fonction de l’ampleur du pouvoir d’appréciation des pouvoirs publics. Sébastien van Drooghenbroeck a montré que, dans le droit européen des droits

<sup>98</sup> Cour Eur. D.H. (GC), 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, § 117. Voy. aussi Cour Eur. D.H. (GC), 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, §§ 150-156. Une mesure plus limitée est plus susceptible de satisfaire aux exigences de nécessité et de proportionnalité au sens strict (Cour Eur. D.H., 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien suisse c. Suisse*, § 75).

<sup>99</sup> C.C., 17 juillet 2014, n° 107/2014, B.29.3 ; C.C., 21 mai 2015, n° 60/2015, B.17.1 à B.17.5.2. Voy. déjà, à ce propos, B. Renauld et S. van Drooghenbroeck qui soulignent qu’il « est exigé du législateur qu’il “taille” sa disposition au plus près, pour éviter les dommages trop importants ». Peuvent, à cet égard, se révéler problématiques les mesures inconditionnelles ou illimitées, non assorties d’exceptions ou auxquelles le juge ne peut déroger dans des circonstances particulières (« Le principe d’égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, p. 592).

<sup>100</sup> C.C., 27 juillet 2011, n° 135/2011, B.9.2. ; C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, B. 10.1.

<sup>101</sup> C.C., 30 novembre 2017, n° 135/2017, B.19 et B.21.2.

<sup>102</sup> C.C., 14 janvier 2016, n° 4/2016, B.10.3. Voy. aussi C.E. (V), 6 décembre 2011, n° 216.702, *CSC, FGTB et cts*, p. 32.

<sup>103</sup> C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, B. 37.

<sup>104</sup> C.C., 27 juillet 2011, n° 135/2011, B.9.2.

<sup>105</sup> C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, B. 10.3 ; C.C., 16 juillet 2015, n° 103/2015, B.65.2 ; C.C., 30 novembre 2017, n° 135/2017, B.18.1 à B.18.3 (possibilité de partir en retraite anticipée).

<sup>106</sup> Le législateur a décalé dans le temps le régime de la retraite anticipé de six mois chaque fois en 2017 et en 2018 (C.C., 30 novembre 2017, n° 135/2017, B.24.3).

<sup>107</sup> C.C., 5 juillet 2018, n° 86/2018, B.21.1.

<sup>108</sup> A ainsi été pris en considération l’ampleur limitée de l’impact du saut d’index sur le pouvoir d’achat (C.C., 13 octobre 2016, n° 130/2016, B. 17.4). On peut également prendre en compte les effets positifs de la mesure, comme l’a fait la Cour pour l’obligation de conclure un projet individualisé d’intégration sociale (C.C., 5 juillet 2018, n° 86/2018, B.21.1).

<sup>109</sup> Par exemple, les mesures compensatoires adoptées par le législateur, mais aussi par le Conseil des ministres, pour adoucir l’impact du saut d’index sur les revenus les moins élevés (C.C., 13 octobre 2016, n° 130/2016, B. 17.4).

<sup>110</sup> C.C., 27 juillet 2011, n° 135/2011, B.9.4.

fondamentaux, la reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation des autorités nationales avait un impact sur les règles en matière de preuve. C'est au requérant qu'il appartient de démontrer l'atteinte matérielle à un droit fondamental (l'ingérence). Les autorités nationales ne disposent, en principe, pas d'un pouvoir d'appréciation de l'existence d'une ingérence dans un droit fondamental. Cependant, lorsque cette atteinte est établie, il appartient à l'État de montrer qu'elle est justifiée. En cas de doute, la mesure sera jugée disproportionnée. Lorsqu'un large pouvoir d'appréciation est reconnu à l'État, la charge de la preuve s'inverse toutefois : c'est alors au requérant qu'il appartient de démontrer que la mesure n'est pas justifiée. Dans ce cas, la mesure adoptée bénéficie, en outre, d'une présomption *irréfragable* de satisfaction aux exigences d'appropriation et de nécessité et d'une présomption *simple* de satisfaction à l'exigence de proportionnalité au sens strict. En cas de doute, la mesure sera jugée proportionnée<sup>111</sup>.

61. Le droit international et européen des droits fondamentaux connaît, en outre, depuis quelques années, une évolution en faveur de l'accroissement des garanties procédurales bénéficiant aux citoyens et à l'élaboration de normes d'une meilleure qualité. Ce mouvement de « procéduralisation » des droits fondamentaux se concentre sur l'examen de la qualité formelle du processus ayant conduit à l'adoption des restrictions aux droits fondamentaux<sup>112</sup>.

Ainsi, lorsqu'elle contrôle la proportionnalité d'une mesure, la Cour européenne des droits de l'homme vérifie entre autres la qualité de l'examen et des débats parlementaires portant sur la mesure<sup>113</sup>. Elle estime également qu'il revient « à

l'État de justifier par des éléments précis et circonstanciés les situations dans lesquelles certains individus se trouvent devoir supporter de lourdes charges au nom de l'intérêt de la société »<sup>114</sup>. En matière de contrôle de l'action des parlements nationaux, la Cour ne contrôle, en revanche, généralement pas l'exactitude des motifs invoqués ou la qualité scientifique des études sur lesquelles se fondent les parlements<sup>115</sup>. Dans certains arrêts, la Cour reconnaît un large pouvoir d'appréciation à l'État lorsque la mesure a été justifiée et qu'elle a fait l'objet d'un examen minutieux<sup>116</sup>. Le pouvoir d'appréciation est, en revanche, plus restreint dans le cas contraire<sup>117</sup>.

62. Malgré une série d'exceptions notables<sup>118</sup>, la Cour constitutionnelle, quant à elle, ne s'est pas pleinement engagée dans le tournant procédural<sup>119</sup>.

(GC), 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, § 150. Les débats parlementaires sont de qualité lorsque des organes spécialisés ont été consultés – lesquels ont tous estimé que la mesure était proportionnée – et que tous les aspects de la mesure ont été examinés (Cour Eur. D.H. (GC), 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, §§ 113-114 et 116). Si tels sont les exigences de la Cour, le contrôle de leur mise en œuvre n'est pas toujours cohérent : Cour Eur. D.H., 11 juillet 2017, *Belcaceci et Oussar c. Belgique*. Sur le contrôle de la qualité des débats parlementaires voy. not. S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, G. DELANNAY et C. HOREVOETS, « Le principe de légalité des limitations aux droits et libertés », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT, *L'exigence de légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 59-68 ; X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La délibération parlementaire, gage de qualité de la loi pour une meilleure protection des droits fondamentaux ? », in *L'exigence de légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?*, op. cit., pp. 739-793 ; C. ROMAINVILLE, « La protection de l'État de droit par la Convention européenne des droits de l'Homme – La Cour européenne et l'exigence de légalité », *R.D.L.F.*, n° 33, 2019, pp. 16-18 ; H. DUMONT et I. HACHEZ, « Repenser la souveraineté à la lumière du droit international des droits de l'homme », in I. RIASSETTO, L. HEUSCHLING et G. RAVARAN, (coord.), *Liber amicorum Rusen Ergec*, Luxembourg, Pasirisie luxembourgeoise, 2017, pp. 135-137.

<sup>114</sup> Cour Eur. D.H., 9 juin 2005, *Fadejeva c. Russie*, § 128 ; Cour Eur. D.H., 27 mai 2004, *Connors c. Royaume-Uni*, § 95. En matière d'accès à l'avortement, la Cour juge que « l'organe compétent devrait aussi mettre par écrit les motifs de sa décision » (Cour Eur. D.H., 26 mai 2011, *R. R. c. Pologne*, § 191).

<sup>115</sup> Voy. P. POPELIER, « Procedural Rationality Review after *Animal Defenders International*: A Constructively Critical Approach », op. cit., p. 288.

<sup>116</sup> Cour Eur. D.H. (GC), 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, §§ 106-125 ; Cour Eur. D.H. (GC), 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*, §§ 183-197. Concernant la justification d'une norme de portée générale, la Cour indique que « plus les justifications d'ordre général invoquées à l'appui de la mesure générale sont convaincantes, moins la Cour attache de l'importance à l'impact de cette mesure dans le cas particulier soumis à son examen » (Cour Eur. D.H. (GC), 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, § 109). Il en résulte que dans certains arrêts, la Cour n'effectue pas de contrôle de la nécessité de la mesure (Cour Eur. D.H. (GC), 4 avril 2018, *Correia de Matos c. Portugal*, § 151). Conformément aux règles de preuve évoquées ci-dessus, la nécessité semble présumée de façon irréfragable.

<sup>117</sup> Si la procédure était gravement déficiente d'une manière ou d'une autre, les conclusions des autorités nationales sont plus sujettes à caution (Cour Eur. D.H., 27 mars 2008, *Shtukaturov c. Russie*, § 89).

<sup>118</sup> Voy., not., C.C., 22 juin 2017, n° 82/2017, B.12 à B.16 et à sa suite C.C., 5 mars 2020, n° 34/2020, B.16.1 à B.21. Nous renvoyons le lecteur aux analyses effectuées par Morgane Borres, Marie Solbreux (« L'arrêt *Paposhvili c. Belgique* et les potentialités d'une procéduralisation des droits de l'Homme par les cours constitutionnelles nationales », op. cit., pp. 193-196), Patricia Popelier et Josephine De Jaegere (« Wetenschappelijk bewijs voor wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: een empirische analyse en een zoektocht naar verklaringen », *T.v.W.*, n° 4, 2016, pp. 285-302).

<sup>119</sup> M. BORRES ET M. SOLBREUX, « L'arrêt *Paposhvili c. Belgique* et les potentialités d'une procéduralisation des droits de l'Homme par les cours constitutionnelles nationales », op. cit., pp. 191-192 et pp. 196-199 ; X. DEL-

<sup>111</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, coll. Publications des FUSL, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 231-234 et pp. 510-511. Voy. a contrario Cour Eur. D.H., 7 novembre 2013, *Vallianatos et al. c. Grèce*, § 85.

<sup>112</sup> Voy. autre autres S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., p. 309 ; N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme. Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2017 ; J. GERARDS et É. BREMS, *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 ; M. BORRES ET M. SOLBREUX, « L'arrêt *Paposhvili c. Belgique* et les potentialités d'une procéduralisation des droits de l'Homme par les cours constitutionnelles nationales », *R.B.D.C.*, 2017, pp. 179-199 ; P. POPELIER, « Procedural Rationality Review after *Animal Defenders International*: A Constructively Critical Approach », *Eur. Const. Law Rev.*, 2019, pp. 272-293 ; S. VAN DROOGHENBROECK ET X. DELGRANGE, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *Rev. dr. rel.*, 2019/7, pp. 51-56 et pp. 59-61.

<sup>113</sup> Cour Eur. D.H. (GC), 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni*, n° 2, § 79 ; Cour Eur. D.H. (GC), 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, § 86 ; Cour Eur. D.H. (GC), 4 décembre 2007, *Dickson c. Royaume-Uni*, § 83 ; Cour Eur. D.H. (GC), 11 novembre 2011, *S.H. et al. c. Autriche*, § 97 ; Cour Eur. D.H. (GC), 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, § 108 ; Cour Eur. D.H. (GC), 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*, §§ 183-197 ; Cour Eur. D.H., 20 juin 2017, *Bayev et al. c. Russie*, § 63 ; Cour Eur. D.H.

Concernant la justification de la mesure adoptée, il n'existe pas en droit constitutionnel belge d'obligation de justifier *a priori* dans les travaux préparatoires les choix opérés par le législateur<sup>120</sup>. La justification *a posteriori* dans des documents établis après l'adoption de la législation ou dans les écrits de procédure est donc admise. La Cour ne contrôle pas davantage l'exactitude et la qualité scientifique des études invoquées par les législateurs<sup>121</sup>. Enfin, la Cour constitutionnelle estime ne pas être compétente pour contrôler le respect des formalités préalables à l'adoption des dispositions législatives<sup>122</sup>, notamment l'accomplissement d'études, consultations ou enquêtes préalables<sup>123</sup>, ou de l'examen minutieux du contexte factuel<sup>124</sup>.

La doctrine a eu l'occasion de mettre en exergue l'avantage que présenterait le recours systématique aux exigences procédurales, spécialement afin d'assurer l'effectivité des droits économiques, sociaux et culturels pour lesquels le législateur bénéficie d'une large marge d'appréciation, tout en mettant en garde contre le risque que les exigences procédurales se substituent aux exigences substantielles<sup>125</sup>.

63. Une constatation remarquable qui ressort des développements qui précèdent est que plusieurs exigences issues du mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux rejoignent les exigences des principes de bonne administration. Dans les deux cas, la préparation minutieuse de la mesure et sa justification jouent un rôle

GRANGE et L. DETROUX, « La délibération parlementaire, gage de qualité de la loi pour une meilleure protection des droits fondamentaux ? », *op. cit.*, pp. 759-761.

<sup>120</sup> C.C., 17 septembre 2009, n° 143/2009, B.9. À cela s'ajoute qu'il est de jurisprudence constante que la justification d'une différence de traitement ne doit pas nécessairement être mentionnée dans les travaux préparatoires (C.C., 10 octobre 2012, n° 118/2012, B.6.4. ; C.C., 12 juin 2012, n° 72/2012, B.8. ; C.C., 18 mai 2011, n° 81/2011, B.4.2. ; C.C., 22 décembre 2010, n° 160/2010, B.10. ; C.C., 20 novembre 2008, n° 159/2008, B.3.3). Il est, en effet, impossible au législateur de justifier la mesure au regard de toutes les différences de traitement qu'elle est susceptible de constituer. Cet argument n'est toutefois pas nécessairement transposable aux autres droits fondamentaux que le principe d'égalité.

<sup>121</sup> Voy. sur ce point, P. POPELIER et J. DE JAEGERE, « Wetenschappelijk bewijs voor wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: een empirische analyse en een zoektocht naar verklaringen », *op. cit.*, p. 288.

<sup>122</sup> C.C., 18 avril 2013, n° 54/2013, B.8 ; C.C., 27 mai 2010, n° 59/2010, B.9 ; C.C., 15 janvier 2009, n° 2/2009, B.24 ; C.C., 28 juillet 2006, n° 123/2006, B.16.2. ; C.C., 30 avril 2003, n° 51/2003, B.13. ; C.C., 11 octobre 2000, n° 103/2000, B.5 ; C.C., 15 septembre 1999, n° 97/99, B.12 et B.43. ; C.C., 27 mars 1996, n° 24/96, B.5.1., B.5.2., B.6.1. et B.6.2.

<sup>123</sup> C.C., 30 avril 2003, n° 51/2003, B.13.

<sup>124</sup> C.C., 27 mars 1996, n° 24/96, B.6.1. et B.6.2.

<sup>125</sup> M. BORRES et M. SOLBREUX, « L'arrêt *Paposhvili c. Belgique* et les potentialités d'une procéduralisation des droits de l'Homme par les cours constitutionnelles nationales », *op. cit.*, pp. 196-197 ; A. REMICHE, *La justiciabilité des droits économiques sociaux et culturels en Belgique. Étude analytique et prospective à la lumière de la jurisprudence internationale*, Thèse de doctorat de l'ULB, pp. 143 et s. Voy. aussi I. HACHEZ et S. VINCENT, « Principe de *standstill* et droit à l'accueil des demandeurs d'asile. De l'ABC d'une méthodologie à l'allégorie de la grenouille », note sous C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, *A.P.T.*, n° 1, 2015/1, pp. 77-78 ; D. DUMONT, « Le principe de *standstill* comme instrument de rationalisation du processus législatif en matière sociale. Un plaidoyer illustré (Première partie) », *op. cit.*, pp. 606-611.

essentiel. Une différence importante est toutefois qu'au Conseil d'État, sous réserve de l'application des règles en matière de recevabilité du moyen, le constat de violation des principes de bonne administration entraîne, en règle, l'annulation de l'acte attaqué tandis que le non-respect des exigences procédurales ne suffit généralement pas pour que les juges compétents constatent la violation d'un droit fondamental<sup>126</sup>. Dans cette dernière hypothèse, le pouvoir d'appréciation de l'autorité sera toutefois plus étroit, la charge de la preuve, renversée et la probabilité que la mesure ne réponde pas aux exigences substantielles de proportionnalité, accrue.

64. Dans le cadre de l'application du principe de *standstill*, l'on s'attend *a priori* à voir un contrôle du respect des obligations procédurales en lien avec l'examen des motifs d'intérêt général et, en particulier, de la proportionnalité, mais pas nécessairement dans le cadre de l'examen du caractère significatif du recul. C'est d'ailleurs en lien avec l'examen des motifs d'intérêt général que la doctrine aborde cette question<sup>127</sup>.

Néanmoins, dès lors que, comme nous le verrons ci-dessous, les juridictions reconnaissent un pouvoir d'appréciation aux autorités pour la détermination du caractère significatif du recul, les obligations procédurales devraient également trouver à s'appliquer dans ce cadre. L'une des idées qui sous-tendent le mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux, comme le développement des principes de bonne administration, est que la reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation va de pair avec l'obligation de l'exercer avec minutie et de justifier cet exercice. Il s'ensuit que, contrairement à la règle de preuve qui prévaut en matière d'ingérence dans un droit civil ou politique, les pouvoirs publics pourraient devoir établir l'absence de recul significatif dans certains cas. En réfléchissant par analogie avec les principes applicables en droit européen, l'on peut décrire comme suit ce à quoi pourrait ressembler le contrôle du caractère significatif du recul :

- si l'auteur de la norme litigieuse s'est, minutieusement, penché sur la question de savoir si la norme qu'il projette d'adopter était susceptible d'opérer un recul significatif et a justifié sa position à cet égard, on lui re-

<sup>126</sup> Il ne s'agit pas d'une condition de validité à part entière (S. VAN DROOGENBROECK, C. RIZCALLAH, G. DELANNAY et C. HOREVOETS, « Le principe de légalité des limitations aux droits et libertés », *op. cit.*, p. 68).

<sup>127</sup> I. HACHEZ et S. VINCENT, « Principe de *standstill* et droit à l'accueil des demandeurs d'asile. De l'ABC d'une méthodologie à l'allégorie de la grenouille », *op. cit.*, pp. 77-78 ; D. DUMONT, « Le principe de *standstill* comme instrument de rationalisation du processus législatif en matière sociale. Un plaidoyer illustré (Première partie) », *op. cit.*, pp. 606-611.

connaîtrait un large pouvoir d'appréciation, le recul opéré serait présumé mineur et il appartiendrait à ceux qui contestent la validité de la législation de renverser cette présomption. En cas de doute, le point de vue de l'auteur de la norme l'emporte.

Dans une variante plus favorable à l'auteur de la norme litigieuse, la présomption d'absence de recul significatif serait irréfragable<sup>128</sup> ;

- lorsque l'auteur de la norme n'a pas examiné si la norme opérerait un recul significatif ou n'a pas justifié sa position, il lui appartiendrait de démontrer lors du procès que la norme n'opère pas de recul significatif ; dans le cas contraire, le juge devrait estimer qu'un recul significatif est opéré. Il appartiendrait néanmoins toujours au requérant d'indiquer dans sa requête quelles obligations procédurales ont été violées et d'exposer la manière dont elles ont été violées afin que le juge puisse procéder à son contrôle<sup>129</sup>.

65. Dans les lignes qui suivent, nous examinerons si les différents aspects des contrôles substantiel et procédural en matière de droits fondamentaux se retrouvent dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État relative au recul significatif en matière de droit à la sécurité sociale. Nous comparerons également cette jurisprudence avec la jurisprudence du Conseil d'État relative au contrôle des motifs et du pouvoir d'appréciation des autorités administratives.

## 2. Dans l'arrêt CWASS

66. Une caractéristique remarquable de l'arrêt commenté est que le Conseil d'État fonde largement son appréhension des faits sur l'avis critique que la Commission wallonne des personnes handicapées a rendu sur l'avant-projet ayant donné lieu à l'arrêté du Gouvernement contesté.

Concernant les trois derniers reculs opérés par l'acte attaqué, le Conseil d'État souligne que l'avis de la Commission n'a pas été suivi par le Gouvernement<sup>130</sup>. En réponse à l'argument du Gouvernement selon lequel l'installation d'un interphone, d'un parlophone et/ou d'un vidéophone ne coûte pas plus chère à une personne handicapée qu'à

une personne valide, le Conseil d'État relève que l'installation de ces appareils peut, comme le souligne la Commission, s'avérer nécessaire dans un souci de sécurité et que la prise en charge de ces coûts était, au moins partiellement couverte dans la législation antérieure. Il indique notamment, concernant la diminution de l'intervention pour les lits que ce dernier n'apporte aucun élément permettant de remettre en cause l'affirmation de la Commission selon laquelle il n'est pas facile de trouver des lits répondants au besoin des personnes intéressées tout en ne dépassant pas le plafond tel qu'il est réduit<sup>131</sup>.

L'avis de la Commission wallonne pour les personnes handicapées a donc joué un rôle déterminant dans la position du Conseil d'État<sup>132</sup>.

En conclusion de ces développements, le Conseil d'État estime qu'« eu égard spécialement aux observations de la Commission, il n'existe pas d'élément ressortant *du dossier administratif ou des écrits de procédure* qui permettrait de décider que les réductions ou suppressions dont il est fait état ci-avant *ne puissent* être considérées comme des reculs sensibles » (nous soulignons). Cette formulation pourrait laisser penser que le Gouvernement devrait démontrer que le recul n'est manifestement pas sensible, mais qu'il pourrait en apporter la preuve pour la première fois dans ses écrits de procédure sans qu'il soit nécessaire que cette preuve se trouve dans le dossier.

67. Le Conseil d'État n'arrête toutefois pas son contrôle à ce stade, mais poursuit avec les considérations relatives à l'effet cumulé des différentes normes en cause et à leur impact sur la situation matérielle des personnes handicapées que nous avons déjà évoquées ci-dessus.

Un autre passage de l'arrêt, concernant le premier recul dénoncé par les requérantes, indique que « la Commission wallonne pour les personnes handicapées a souligné que des pistes existaient "pour éviter que les bénéficiaires de l'aide matérielle ne soient trop sévèrement impactés par l'introduction de la part contributive", à savoir l'introduction d'un palier supplémentaire entre les 2 % et les 10 %, ainsi que le recours à un "mécanisme du type 'Montant Maximum à Facturer' qui permettrait de limiter les sommes payées par le bénéficiaire pour une même année", l'auteur de l'acte attaqué n'ayant toutefois pas suivi ces suggestions ». Cette absence de suivi des propositions de mesures alternatives faites par la Commission est un des éléments sur lesquels le Conseil d'État

<sup>128</sup> Pour la doctrine, le respect des exigences procédurales ne devrait pas avoir pour effet d'induire une présomption irréfragable de validité de la mesure litigieuse (S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, G. DELANNAY et C. HOREVOETS, « Le principe de légalité des limitations aux droits et libertés », *op. cit.*, p. 68, note 133).

<sup>129</sup> Conformément à la jurisprudence relative à la description des moyens : C.E., 19 juin 2019, n° 244.852, *SPRL Transports Bastin* ; C.C., 29 mars 2018, n° 38/2018, B.12.2.

<sup>130</sup> Arrêt commenté, p. 58.

<sup>131</sup> Arrêt commenté, p. 59.

<sup>132</sup> Dans le même sens D. DUMONT, « Le principe de *standstill* comme instrument de rationalisation du processus législatif en matière sociale. Un plaidoyer illustré (Première partie) », *op. cit.*, p. 626

s'appuie pour qualifier le recul de sensible. L'on se rapproche ici très fortement du contrôle procédural effectué dans le cadre du contrôle de proportionnalité, en particulier du contrôle du respect du critère de « nécessité » de la mesure. D'un point de vue procédural, l'auteur de la norme doit montrer qu'il a pris en considération les mesures alternatives et justifier la raison pour laquelle il ne les a pas considérées comme étant moins attentatoires ou susceptibles d'atteindre le but recherché.

68. Les développements qui précèdent sont-ils le signe de ce que le Conseil d'État a effectué un contrôle marginal ou s'agit-il d'un contrôle plein et entier ?

Afin de répondre à cette question, il est important d'avoir égard au fait que l'arrêt *CWASS* se trouve au carrefour du droit administratif et du droit des droits fondamentaux puisqu'il juge de la validité d'un acte administratif auquel les principes généraux du droit administratif sont applicables et qu'il évalue la conformité de cet acte à un droit fondamental. Il faut cependant souligner que les requérantes n'invoquaient pas dans leur premier moyen, qui fait l'objet de l'examen du Conseil d'État, d'autres normes que le principe de *standstill* attaché à l'article 23 de la Constitution. En conséquence, l'examen auquel procède le Conseil d'État devrait, en principe, conformément aux règles de procédure, trouver ses fondements dans le droit des droits fondamentaux exclusivement. Il n'en demeure pas moins que le contrôle du respect des principes généraux du droit administratif constitue le cœur de métier des juges de la rue de la Science. On peut donc raisonnablement penser que leur pratique quotidienne influence leur manière de contrôler le respect du principe de *standstill*.

69. Pour apprécier le caractère significatif du recul, le Conseil d'État s'est fortement focalisé sur le processus d'élaboration de l'arrêté dont la validité était contestée, notamment sur la manière dont le Gouvernement a pris en considération l'avis de la Commission wallonne pour les personnes handicapées. Il ressort de l'arrêt que l'avis de la Commission était particulièrement détaillé et étayé quant à l'impact concret des mesures envisagées sur la situation matérielle des personnes handicapées, notamment en comparaison avec la proposition de l'AWIPH qui a servi de base au Gouvernement<sup>133</sup>. Face à une telle critique, le Gouvernement était contraint de développer une argumentation étayée et dotée du même degré de précision ou de s'incliner devant les arguments de

la Commission. Il n'a fait ni l'un ni l'autre. Ses écrits de procédure n'ont pas permis de pallier les insuffisances des justifications avancées dans le cadre de l'élaboration de l'arrêté litigieux. Il en résulte logiquement que le recul est jugé significatif.

70. On peut y voir une extension de la théorie de la procéduralisation et des règles en matière de répartition de la charge de la preuve à l'établissement de l'atteinte au droit (économique, social ou culturel) en cause : dès lors qu'au regard des contradictions du dossier administratif le Gouvernement n'avait pas justifié le caractère mineur du recul dans le dossier administratif, ce dernier était présumé constituer un recul « significatif ». Il appartenait au Gouvernement de prouver le contraire dans le cadre du procès, ce qu'il n'a pas fait. Le constat quant au caractère significatif du recul en découle. Ce faisant, le Conseil d'État a tiré les conséquences de la reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation au Gouvernement pour le caractère significatif du recul, en renversant la charge de la preuve dès lors que les contradictions dans le dossier administratif ne permettaient pas d'estimer que ce pouvoir d'appréciation avait été exercé minutieusement<sup>134</sup>.

On aurait tout aussi bien pu y voir une application des principes généraux du droit administratif :

<sup>134</sup> L'identification des règles appliquées par la jurisprudence en matière de répartition de la charge de la preuve n'est pas aisée, car au cours d'un procès les deux parties tentent généralement de prouver leurs allégations. En l'espèce, les requérantes ont longuement développé leurs arguments dans leur requête (arrêt commenté, pp. 19-24) et souligné le coût des mesures pour les personnes handicapées dans leur mémoire en réplique après avoir reçu l'accès au dossier administratif (arrêt commenté, p. 35). Leur dernier mémoire renvoie aux écrits précédents sur ce point. Les requérantes ne font toutefois pas référence à l'avis de la Commission wallonne pour les personnes handicapées dans les développements de leurs écrits de procédure consacrés au recul significatif. À l'inverse, les passages de l'arrêt consacrés à l'appréciation du caractère significatif du recul par le Conseil d'État se concentrent presque exclusivement sur la contradiction entre cet avis et l'arrêté du Gouvernement attaqué. Le Conseil d'État n'examine pas si les requérantes ont réussi à démontrer le caractère significatif du recul. Il focalise son analyse sur la force probatoire de l'argumentation du Gouvernement. Il y a donc un renversement de la charge de la preuve. Nous verrons toutefois ci-dessous qu'il est trop tôt pour conclure que ce renversement est généralisé. Mais il devrait, à tout le moins, intervenir pour les problèmes les plus importants qui peuvent affecter le dossier administratif (contradiction dans les motifs ou absence de motifs). Il faut également rappeler qu'afin que le Conseil d'État puisse procéder à son contrôle, il incombe en tout état de cause au requérant d'indiquer les normes dont il allègue la violation et d'exposer la manière dont elles ont été violées (C.E., 19 juin 2019, n° 244.852, *SPRL Transports Bastin*). Les requérants ne peuvent donc pas se contenter d'affirmer que la réglementation attaquée opère un recul significatif, ils doivent expliquer en quoi consiste ce recul significatif (dans le cas contraire, le moyen serait irrecevable). De même, s'ils souhaitent que les juridictions effectuent un contrôle du respect des obligations procédurales – examen minutieux du caractère significatif du recul et justification de l'absence de recul significatif, notamment –, ils devraient invoquer dans leurs écrits de procédure la violation de ces obligations et exposer la manière dont elles ont été violées. À cet égard, il faut constater que le Conseil d'État a, dans l'arrêt commenté, procédé à son contrôle alors même que les requérantes n'avaient pas invoqué la violation des obligations procédurales en lien avec l'examen du recul significatif. Sauf à considérer que la violation de l'article 23, al. 3, 2°, de la Constitution relève de l'ordre public – ce qui n'a pas, à notre connaissance, encore été reconnu à ce stade –, cette attitude n'est pas cohérente. Elle témoigne, en revanche, d'autant plus fortement du fait que l'arrêt commenté est un arrêt de principe.

<sup>133</sup> Les affirmations comparativement moins détaillées de la proposition de l'AWIPH et de la note au Gouvernement ont dû être complétées et précisées par le mémoire en réponse du Gouvernement sur plusieurs points.

l'autorité administrative n'a pas dûment pris en considération l'avis de la Commission wallonne pour les personnes handicapées et s'en est écartée sans justifier sa position. Les éléments de fait sur lesquels elle prétendait fonder son appréciation ont été réfutés sans qu'elle arrive à justifier sa position. Dans ces circonstances, elle a, par conséquent, porté sur le contexte factuel une appréciation manifestement déraisonnable.

Tant les principes généraux du droit administratif que le mouvement de procéduralisation participent en effet d'une « culture de la justification »<sup>135</sup> qui se développe en droit public. La manière dont le contrôle du Conseil d'État a été effectué tend à montrer que ce dernier reconnaît, en principe, un pouvoir d'appréciation discrétionnaire au Gouvernement. Ce n'est qu'en raison du fait que ce pouvoir a été exercé sans minutie que l'appréciation du Gouvernement est censurée.

L'extension des exigences procédurales en dehors de leur cadre traditionnel – le contrôle de proportionnalité de la mesure – vers le contrôle du caractère significatif du recul a, nous semble-t-il, été favorisé par la circonstance que les exigences procédurales développées en droit administratif par le Conseil d'État (devoir de minutie, motivation interne, etc.) ne procèdent pas du contrôle de proportionnalité et peuvent donc être appliquées en lien avec toute condition fixée à l'action de l'administration.

Le contrôle qu'a effectué le Conseil d'État, en l'espèce, est toutefois moins exigeant que le contrôle des principes de bonne administration dès lors que dans le cadre de ces principes un acte administratif peut, en principe, être jugé irrégulier et annulé pour la seule raison qu'il ne respecte pas le devoir de minutie ou le principe de motivation interne. Dans ce cas, la sanction ne se limite donc pas à un renversement de la charge de la preuve. Lorsqu'ils attaquent un acte administratif, les requérants au Conseil d'État ont donc intérêt à invoquer la violation des principes de bonne administration à côté de celle de l'article 23 de la Constitution.

### 3. Examen de la jurisprudence

Nous examinons la reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation à l'auteur de la norme litigieuse (a), avant de passer au contrôle substantiel de l'exercice de ce pouvoir (b) et, enfin, au contrôle procédural et à la répartition de la charge de la preuve (c).

<sup>135</sup> Sur ce concept voy. A. REMICHE, *La justiciabilité des droits économiques sociaux et culturels en Belgique. Étude analytique et prospective à la lumière de la jurisprudence internationale*, op. cit., p. 250.

#### a) Le pouvoir d'appréciation reconnu à l'auteur de la norme litigieuse

71. La plupart des arrêts analysés n'indiquent pas explicitement que le législateur disposerait d'une marge d'appréciation du caractère significatif du recul opéré ou que la Cour se limiterait à un contrôle marginal en la matière. Toutefois si l'on examine les arrêts qui ont reconnu l'existence d'un recul significatif, l'on peut constater, en se référant aux critères de l'erreur manifeste utilisés par le Conseil d'État, que ces reculs sont généralement incontestables et aisément visibles, à tout le moins pour l'observateur averti. Ils répondent également aux deux acceptions du terme « significatif » dès lors qu'ils sont importants et aisément perceptibles<sup>136</sup>.

72. Dans d'autres arrêts, le vocabulaire utilisé par la Cour indique d'ailleurs explicitement qu'elle effectue un contrôle marginal. Dans un arrêt portant sur le système de flexi-jobs dans le secteur de l'horeca, la Cour constitutionnelle a estimé que la loi litigieuse « ne saurait *raisonnablement* être considérée comme un recul significatif du niveau existant de protection en matière [...] de droit à la sécurité sociale » dès lors qu'elle visait « à instaurer un système d'emploi flexible dans le secteur horeca et à éviter en même temps que des contrats de travail ordinaire soient transformés en contrats de travail flexi-job » et que le législateur a prévu suffisamment de garanties pour préserver le droit à la sécurité sociale<sup>137</sup>. Concernant l'instauration des contributions financières forfaitaires de 50 euros pour le recours à l'aide juridique, la Cour constitutionnelle a estimé qu'il y a une atteinte à l'obligation de *standstill* qu'en raison du fait qu'« il *ne peut* [...] être conclu que le recul opéré par les dispositions attaquées n'est pas significatif »<sup>138</sup>.

73. Dans certains cas, l'on pourrait s'interroger sur l'ampleur du pouvoir d'appréciation ainsi reconnu. Dans un arrêt, la Cour a estimé que le recul de 50 à 55 ans de l'âge légal pour l'octroi d'une pension de survie était un recul significatif du niveau de protection en cette matière<sup>139</sup>. En

<sup>136</sup> La Cour constitutionnelle a, par exemple, jugé que la suppression de l'aide sociale pour une catégorie d'étrangers séjournant légalement sur le territoire est un recul significatif du niveau de protection en cette matière : C.C., 18 mai 2017, n° 61/2017, B.10.1 et C.C., 1<sup>er</sup> octobre 2015, n° 133/2015, B.7.1. Sur ce dernier arrêt voy. le commentaire de J. HENEFFE, « Quand le principe de *standstill* s'impose en matière d'aide sociale », *A.P.T.*, 2016, pp. 39-44.

<sup>137</sup> C.C., 28 septembre 2017, n° 107/2017, B.15.5 (nous soulignons). La formulation utilisée dans cet arrêt semble indiquer que le recul n'est manifestement pas significatif – en d'autres termes, aucune personne raisonnable ne pourrait estimer que ce recul est significatif. Il nous semble, au contraire, que la Cour constitutionnelle effectue un contrôle marginal et ne qualifie pas le recul de sensible parce qu'on ne peut considérer que toute personne raisonnable le jugerait sensible.

<sup>138</sup> C.C., 21 juin 2018, n° 77/2018, B.15.3 (nous soulignons).

<sup>139</sup> C.C., 30 novembre 2017, n° 135/2017, B.53.

revanche, dans le même arrêt, elle a estimé que le revenu d'intégration (7733,71 euros pour une personne isolée) et la garantie de revenu aux personnes âgées (9384,74 euros pour une personne isolée) seraient d'un « niveau comparable ». Cela implique que le recul de l'âge minimum pour bénéficiaire de la garantie de revenu aux personnes âgées – qui augmente le nombre d'années durant lequel les personnes concernées bénéficient du revenu d'intégration plutôt que de la GRAPA – n'était pas une régression significative<sup>140</sup>. Cet arrêt montre, pour autant que de besoin, que l'appréciation du caractère significatif d'un recul n'est pas une opération objective purement mécanique, mais demande un jugement de valeur. Cela n'est guère choquant en soi, mais cela devrait renforcer l'exigence de motivation qui pèse sur les magistrats.

74. Les développements qui précèdent tendent à confirmer que le législateur se voit reconnaître un pouvoir d'appréciation du caractère significatif du recul. Ce pouvoir d'appréciation se justifie en raison de la légitimité démocratique du législateur et de son expertise. Le législateur occupe donc, en principe, une position privilégiée dans le cadre du procès puisque le requérant doit prouver qu'il n'est pas raisonnable d'estimer que le recul du niveau de protection est négligeable. Le pouvoir d'appréciation du caractère significatif du recul est toutefois entouré de certaines balises sur le plan substantiel, même si elles gagneraient sans doute à être systématisées et mises en exergue plus clairement dans les arrêts (b). En outre, comme nous l'avons vu, dans le cadre de la théorie des droits fondamentaux, le législateur peut toutefois être déchu des bénéfices corrélatifs à son pouvoir d'appréciation en cas de non-respect des exigences procédurales. Nous devons donc vérifier si cette règle trouve également à s'appliquer dans la jurisprudence analysée (c).

#### *b) Le contrôle substantiel de l'exercice du pouvoir d'appréciation*

75. Nous avons montré que le contrôle du caractère significatif du recul portait parfois sur les mêmes objets que le contrôle de proportionnalité. L'impact sur la situation matérielle du

titulaire du droit, les mesures compensatoires ainsi que le contexte factuel et juridique de la mesure régressive sont, en effet, susceptibles d'être pris en compte dans les deux types de contrôles. Il convient maintenant de se demander si les techniques de contrôle utilisées dans le cadre de l'examen du recul significatif rejoignent également celles qui sont attachées au principe de proportionnalité.

Le contrôle substantiel de la proportionnalité de la mesure est effectué à l'aune de la triple exigence d'appropriation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict. Les arrêts analysés montrent qu'à l'occasion du contrôle du caractère significatif du recul, la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État n'examinent pas le respect de ces trois exigences – dans le cas contraire, le contrôle du caractère significatif du recul reviendrait purement et simplement à un contrôle du caractère disproportionné de celui-ci. Il arrive toutefois que la Cour constitutionnelle effectue un contrôle de proportionnalité de la mesure et en infère, non seulement que celle-ci est proportionnée, mais aussi qu'elle n'opère pas un recul significatif<sup>141</sup>.

La principale similitude entre les deux types de contrôle se trouve, selon nous, au niveau de l'examen du calibrage de la mesure, à savoir des limites et garanties qui l'assortissent. On a vu que la Cour constitutionnelle et la Cour européenne des droits de l'homme examinent les limites qui assortissent une restriction des droits fondamentaux (durée d'application, préservation d'une partie des droits en cause, intensité des effets, etc.) ainsi que les garanties qui l'entourent (examen au cas par cas, garanties procédurales, respect du droit européen, etc.) afin de déterminer si elle est disproportionnée<sup>142</sup>. La même tendance se retrouve, assez logiquement, au niveau du contrôle du caractère significatif de la mesure régressive : plus une mesure régressive est limitée dans son champ d'application, sa portée ou ses effets et plus elle est entourée de garanties, plus la jurisprudence aura tendance à estimer que le caractère significatif du recul n'est pas établi<sup>143</sup>.

Ainsi, l'interdiction de prescrire ou d'utiliser des médicaments à usage cutané qui dépassent 2,5 % de concentration en testostérone n'est pas une régression significative dès lors que les

<sup>140</sup> C.C., 30 novembre 2017, n° 135/2017, B.63.3 et B.65.2. La Cour constitutionnelle n'explique sa position ni pour la pension de survie ni pour la GRAPA alors que, d'un point de vue quantitatif, l'ampleur du recul est similaire dans les deux cas. Il aurait été utile au lecteur de connaître les raisons (situation matérielle des bénéficiaires, espérance de vie, prise en compte des réformes antérieures, etc.) qui, d'un point de vue qualitatif, expliquent qu'une augmentation de 10 % de l'âge minimum d'octroi de la pension de survie est un recul significatif tandis qu'une différence de revenu de plus de 17 % n'en est pas un.

<sup>141</sup> C.C., 14 janvier 2016, n° 4/2016, B.10.2 à B.10.4 ; C.C., 27 juillet 2011, n° 135/2011, B.9.1 à B.9.5 ; C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, B.8.2 à B.12

<sup>142</sup> C.C., 17 juillet 2014, n° 107/2014, B.29.3 ; C.C., 21 mai 2015, n° 60/2015, B.17.1 à B.17.5.2 ; Cour Eur. D.H. (GC), 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, § 117. Voy. aussi Cour Eur. D.H. (GC), 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, §§ 150-156 ; Cour Eur. D.H., 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien suisse c. Suisse*, § 75.

<sup>143</sup> Cette tendance commune explique peut-être que les contrôles conjoints de la proportionnalité et du recul significatif que nous évoquons ci-dessus.

médicaments à usage cutané qui présentent une concentration de moins de 2,5 % de testostérone restent autorisés ainsi que les médicaments qui présentent une concentration supérieure pour autant qu'ils ne soient pas à usage cutané<sup>144</sup>.

Une mesure qui restreint le droit à l'indemnité de procédure pour un justiciable en raison du fait que ce dernier n'a pas demandé à bénéficier de l'aide juridique ne constitue pas un recul significatif<sup>145</sup>.

En matière de soins dentaires, les prestations que peut effectuer le dentiste sont soumises à plusieurs plafonds exprimés par des « points P ». Ces plafonds sont fixés sur base quotidienne, sur base mensuelle et sur base annuelle. Le dentiste qui effectue une prestation en dépassement du plafond s'expose à devoir rembourser celle-ci et à devoir s'acquitter d'une amende administrative. L'application du plafond peut donc impliquer qu'un patient se voit refuser des soins par un dentiste qui aurait atteint son quota de points P. Le Gouvernement estimait que, dans ce cas, le dentiste pouvait renvoyer le patient vers un de ses confrères ou reporter le soin vers une autre journée. Les requérants estimaient que ses alternatives étaient irréalistes, spécialement pour les soins urgents. Il s'agirait, en conséquence, d'un recul significatif des garanties du droit à la protection de la santé. Le Conseil d'État a rejeté cet argument en jugeant, notamment, que même à considérer que les alternatives étaient irréalistes, les quotas de point P étaient fixés à un niveau à ce point élevé que les dépassements devraient rester exceptionnels<sup>146</sup>.

<sup>144</sup> C.E. (VI), 18 juin 2013, n° 223.953, *Hertoghe* et cts ; C.E. (VI), 21 mars 2019, n° 244.005, *Hertoghe* et cts, p. 26. Voy. aussi C.E. (VI), 18 mai 2017, n° 238.252, *Hatzkevitch*, p. 65 ; C.E. (VI), 18 mai 2017, n° 238.251, *Loiseau* et S.P.R.L. *Cabinet dentaire Loiseau*, pp. 65-66.

<sup>145</sup> C.C., 3 février 2011, n° 19/2011, B.8.1.

<sup>146</sup> C.E. (VI), 18 mai 2017, n° 238.252, *Hatzkevitch*, p. 65. Voy. aussi l'espèce similaire C.E. (VI), 18 mai 2017, n° 238.251, *Loiseau* et S.P.R.L. *Cabinet dentaire Loiseau*, pp. 65-66. Si en écrivant que les cas dans lesquels le quota de prestations pourrait être dépassé seront exceptionnels, le Conseil d'État a voulu écrire que peu de patients seront concernés, cet argument ne nous semble pas de nature à conclure au caractère non significatif du recul. En effet, un recul peut être significatif même s'il n'impacte qu'un nombre (très) réduit de titulaires de droits fondamentaux – théoriquement, un seul titulaire de droit impacté pourrait suffire. La question du nombre de personnes concernées est indifférente lorsque l'on se demande si le niveau de garantie des droits fondamentaux auxquels est assortie une obligation de *standstill* est réduit de manière significative, puisqu'il s'agit ici de déterminer s'il y a atteinte à un droit fondamental. Ces considérations peuvent, en revanche, avoir leur place dans le raisonnement du juge pour identifier les catégories de personnes concernées par le recul significatif et les contours de celui-ci. Mais le juge ne peut pas arrêter là son examen. L'approche conséquentialiste du recul significatif se distingue de la balance des intérêts effectuée dans le cadre du contrôle de proportionnalité. En effet, la balance des intérêts, qui est par nature conséquentialiste, implique, quant à elle, une comparaison entre les intérêts impactés et l'intérêt général de sorte que l'intérêt du plus grand nombre peut, le cas échéant, l'emporter sur l'intérêt de quelques-uns. Dans l'arrêt *Hatzkevitch*, le Conseil d'État pourrait, cependant, avoir estimé que le recul n'était pas significatif en raison du fait que chaque citoyen concerné (quel que soit le total de citoyen concerné) n'était touché que dans un nombre réduit d'occur-

La circonstance que le règlement contesté exécute des mesures législatives qui ont été jugées conformes au principe de *standstill* est également un élément favorable au constat d'absence de caractère significatif du recul<sup>147</sup>.

76. À l'inverse, en bonne logique, plus la mesure régressive est étendue dans son champ d'application, sa portée ou ses effets – ou, ce qui revient au même, plus les droits fondamentaux sont restreints dans leur champ d'application, leur portée ou leurs effets – plus il est probable que le recul soit jugé significatif<sup>148</sup>. Ainsi, concernant l'instauration d'une condition de résidence de 10 ans (dont 5 ans sans interruption) pour pouvoir bénéficier de la GRAPA, la Cour constitutionnelle a estimé que le recul opéré était significatif dès lors qu'il :

- concernait toutes les catégories de bénéficiaires de ce droit ;
- sans examen au cas par cas ;
- et supprimait purement et simplement le bénéfice de ce droit pour les personnes concernées (à tout le moins tant qu'elles n'atteignaient pas les 10 ans de résidence)<sup>149</sup>.

Dans cet arrêt, la Cour a estimé que cette forte restriction du champ d'application *ratione personae* du bénéfice de la GRAPA était une condition suffisante pour qualifier le recul de sensible, même si le montant de la GRAPA et les conditions de paiement n'avaient pas été modifiés<sup>150</sup>. N'a pas non plus permis d'éviter la qualification de recul significatif la circonstance que les personnes qui viendraient à ne plus pouvoir bénéficier de la GRAPA pourront faire valoir leur droit à l'intégration sociale<sup>151</sup>.

rences. La prise en compte d'un tel argument nous semble admissible dans le cadre de l'examen du recul significatif pour autant que soit également prise en compte, conformément à la démarche conséquentialiste, l'intensité de l'atteinte à la situation matérielle du titulaire de droit.

<sup>147</sup> C.E. (VI), 24 octobre 2019, n° 245.886, *A.S.B.L. Collectif de Solidarité Contre l'Exclusion* et *A.S.B.L. Ligue des Droits de l'Homme*, p. 21. Le raisonnement du Conseil d'État dans cet arrêt pose question dès lors que la Cour constitutionnelle a, dans son arrêt n° 86/2018, validé les mesures législatives en cause sans examiner si elles opéraient un recul significatif – seule leur proportionnalité a été examinée (B.21.2).

<sup>148</sup> D. DUMONT, « Le "droit à la sécurité sociale" consacré par l'article 23 de la Constitution : quelle signification et quelle justiciabilité ? », *op. cit.*, p. 75. Une mesure linéaire d'intensité considérable est constitutive d'un recul significatif (C.E. (V), 6 décembre 2011, n° 216.702, *CSC, FGTB et cts*).

<sup>149</sup> C.C., 23 janvier 2019, n° 6/2019, B.8. Sur cet arrêt voy. D. DUMONT, « Le principe de *standstill* comme instrument de rationalisation du processus législatif en matière sociale. Un plaidoyer illustré (Première partie) », *op. cit.*, pp. 601-611. Voy. aussi concernant la suppression pure et simple d'une intervention en faveur des personnes handicapées : C.E. (VI), 23 septembre 2011, n° 215.309, *Cleon*.

<sup>150</sup> Voy. déjà C.C., 1<sup>er</sup> octobre 2015, n° 133/2015, B.7.1.

<sup>151</sup> C.C., 23 janvier 2019, n° 6/2019, B.8. Voy. aussi C.C., 12 mars 2020, n° 41/2020, B.8, qui reprend pour la fixation d'une condition de résidence à l'octroi de l'allocation de remplacement de revenus le même raisonnement. La solution offerte par cet arrêt avait été anticipée par D. DUMONT, « La condition de passé de résidence introduite en matière d'allocations aux personnes handicapées : un recul inconstitutionnel, sur fond de processus législatif fort peu soigneux », *J.T.T.*, 2019, pp. 409 et s.

c) *Le contrôle procédural de l'exercice du pouvoir d'appréciation et la répartition de la charge de la preuve*

77. Dans l'arrêt *CWASS*, le Conseil d'État a évalué le caractère significatif du recul opéré à l'aune des exigences procédurales, qui dans la théorie des droits fondamentaux découlent originellement du principe de proportionnalité. Il faut également déterminer si ces exigences se retrouvent dans le reste de la jurisprudence analysée.

78. Dans aucun des arrêts analysés, la Cour constitutionnelle n'a exigé, à titre de condition nécessaire, afin de pouvoir estimer que le recul n'était pas significatif, que le législateur ait démontré (sur la base d'études ou de rapports) dans le cadre des travaux préparatoires que la mesure avait un impact négligeable ou pas d'impact sur la situation matérielle des titulaires de droits fondamentaux. L'examen de la jurisprudence confirme, par conséquent, que les exigences de la Cour ne sont pas comparables à celles du Conseil d'État pour ce qui concerne l'appréhension des faits par l'auteur de la norme litigieuse<sup>152</sup>.

79. La preuve du respect des exigences procédurales (examen minutieux de l'existence d'un recul significatif, prise en compte des avis, justification du caractère mineur du recul) n'est donc pas une condition *sine qua non* pour que le recul soit considéré comme n'étant pas significatif. Mais, en se plaçant un cran en-dessous, il faut encore se demander si le respect de ces exigences peut tout de même avoir une influence sur la marge d'appréciation qui est reconnue à l'auteur de la norme litigieuse et singulièrement sur la répartition de la charge de la preuve (et le jeu de présomptions qui y est lié), conformément aux exigences de la procéduralisation des droits fondamentaux.

80. Devant le Conseil d'État, il appartient, en règle, au requérant de démontrer l'existence d'un recul significatif<sup>153</sup>. L'on a toutefois vu, dans l'arrêt *CWASS*, qu'en cas de contradictions dans le dossier administratif, la charge de la preuve était renversée et qu'il appartenait à l'autorité administrative de justifier sa position. Il est trop tôt

pour affirmer qu'un tel renversement de la charge de la preuve est généralisé au-delà des cas où le dossier administratif porte une contradiction ou un autre vice grave de la motivation interne<sup>154</sup>. Ainsi, lorsque le requérant a allégué que le recul portait atteinte à la situation matérielle du titulaire de droit, le Conseil d'État a estimé que ce dernier ne pouvait se contenter de dénoncer les effets potentiels de l'acte attaqué « sans qu'aucun élément précis soit toutefois apporté, qui permette d'évaluer concrètement et avec une vraisemblance élémentaire l'importance de ces effets »<sup>155</sup>. En d'autres termes, si le dossier administratif ne comprend pas de document susceptible de démontrer les effets négatifs de l'acte attaqué, le requérant devrait déposer des pièces ou à tout le moins avancer des éléments précis qui permettent d'étayer son argumentation. On constate toutefois que le seuil probatoire devrait être abaissé puisqu'il suffit que ces effets aient une « vraisemblance élémentaire »<sup>156</sup>. Dans l'arrêt *Majon*, le Conseil d'État n'a pas vérifié au préalable si l'autorité avait examiné soigneusement l'existence ou l'ampleur d'une éventuelle régression du niveau de protection offert. Les requérants n'invoquaient toutefois pas le non-respect des exigences procédurales. Dès lors que l'arrêt *Majon* est antérieur à l'arrêt commenté, il n'est pas certain que cette jurisprudence soit maintenue à l'avenir, spécialement dans l'hypothèse où les requérants invoqueraient explicitement la violation des exigences procédurales dans leurs écrits de procédure.

Qu'en est-il devant la Cour constitutionnelle ?

<sup>154</sup> C.E. (VI), 24 octobre 2019, n° 245.886, *A.S.B.L. Collectif de Solidarité Contre l'Exclusion et A.S.B.L. Ligue des Droits de l'Homme*, p. 21 (dans cet arrêt, le Conseil d'État a fait peser la charge de la preuve sur les requérants sans examiner préalablement si l'autorité avait examiné minutieusement de l'ampleur du recul et justifié son caractère mineur ; il est vrai que les requérants n'invoquaient pas la violation par l'autorité de l'une de ces obligations procédurales, mais la violation des obligations procédurales n'avait pas davantage été invoquée par les requérants dans l'arrêt commenté) ; C.E. (VI), 21 mars 2019, n° 244.005, *Hertoghe et cts*, p. 26 (dans cet arrêt, les requérants invoquaient aussi un problème de motivation interne, toutefois la mesure était fondée sur un dossier administratif très complet et des avis scientifiques convergents, la charge de la preuve incombait donc logiquement aux requérants). Dans un arrêt plus ancien, le Conseil d'État avait fait reposer la charge de la preuve sur les requérants (et avait estimé que le caractère significatif du recul n'était pas établi) alors même que le dossier administratif était lacunaire – ce qu'avaient allégués les requérants – au point qu'une erreur dans les motifs de fait a été constatée (C.E. (VI), 18 juin 2013, n° 223.953, *Hertoghe et cts*, p. 9). Sur ce point, l'arrêt commenté opère, nous semble-t-il, un revirement de jurisprudence (l'absence de motifs vicie gravement la motivation et peut être assimilée à la contradiction des motifs), de sorte qu'une telle solution ne serait plus possible actuellement.

<sup>155</sup> C.E. (VI), 28 février 2018, n° 240.831, *Majon et SPRL Centre dentaire Meiser*, p. 13.

<sup>156</sup> Voy. aussi C.E. (IX), 18 avril 2017, n° 237.945, *De Clercq et Raeymaekers*, p. 35 : lorsque la mesure étend *a priori* les droits sociaux, c'est à la requérante qu'il appartient montrer que le recul significatif est plausible (« aannemelijk »). Dans ce cas, même si l'autorité administrative n'a pas explicitement examiné si la mesure opérait un recul significatif, il nous semble logique que la charge de la preuve repose sur le requérant dès lors qu'il apparaît clairement que l'intention de l'autorité était d'étendre le bénéfice des droits sociaux.

<sup>152</sup> Le Conseil d'État annule, en principe, l'acte s'il n'a pas été préparé minutieusement ou s'il ne peut se fonder sur des motifs de fait ou de droit exacts, pertinents et légalement admissibles.

<sup>153</sup> En matière de droit à l'environnement sain, le Conseil d'État a jugé que le requérant « devait établir de manière systématique et sur une base uniforme l'état de la protection juridique avant l'adoption de la norme critiquée, la situation établie par la norme critiquée et la comparaison point par point entre les deux de manière à faire nettement ressortir les différences et à permettre au Conseil d'État d'apprécier si la protection de l'environnement garantie par la législation [en cause] subit une réduction et si celle-ci est significative » (C.E. (XIII), 11 mars 2009, n° 191.272, *Inter-environnement Wallonie*, pp. 12-13). Ce raisonnement nous semble transposable à toutes les applications du principe de *standstill*.

81. Il n'y a aucun arrêt dans lequel la Cour constitutionnelle aurait explicitement justifié un contrôle plus étendu et la reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation réduit eu égard au fait que le législateur n'avait pas examiné le caractère significatif du recul dans les travaux préparatoires. Il n'y a pas davantage d'arrêts où la Cour aurait, à l'inverse, explicitement justifié un contrôle plus restreint (présomption simple que le recul est mineur) ou même une absence de contrôle (présomption irréfragable que le recul est mineur) eu égard au fait que le législateur avait examiné le caractère significatif du recul.

82. Si la Cour prend en considération ces éléments, il s'agit donc d'une prise en considération implicite. Nous avons par conséquent procédé à un examen approfondi de la jurisprudence sélectionnée afin d'identifier d'éventuelles corrélations entre l'intensité du contrôle de la Cour (en particulier sous l'angle de la répartition de la charge de la preuve) et l'examen auquel le législateur s'était livré dans le cadre des travaux préparatoires. Pour ce faire, nous avons recherché si le législateur s'était explicitement interrogé sur l'existence d'un recul significatif (ou plus généralement du respect du principe de *standstill*). De manière générale, il ressort des extraits des travaux préparatoires reproduits dans les arrêts analysés que le législateur n'examine pas (explicitement) si la mesure qu'il projette d'adopter respecte l'obligation de *standstill* et, en particulier, si elle constitue un recul significatif<sup>157</sup>. Nous avons toutefois vu que l'examen des limites et des garanties qui assortissent la mesure régressive jouait un rôle dans le cadre du contrôle du caractère significatif du recul. Il nous a donc semblé intéressant de rechercher également s'il existait une corrélation entre l'intensité du contrôle de la Cour et le fait que le législateur avait, dans le cadre des travaux préparatoires, porté une attention au caractère limité de la mesure régressive (à savoir la limitation de son champ d'application, de sa portée ou de ses effets) ou aux garanties qui l'entoure (notamment les garanties procédurales et le fait qu'une directive ou une convention internationale s'applique, créant un niveau minimum en dessous duquel l'on ne peut descendre)<sup>158</sup>. Dans notre examen, nous nous sommes focalisés sur les extraits des

travaux préparatoires cités par la Cour constitutionnelle sans examiner les passages auxquels la Cour n'a eu aucun égard dans ses arrêts<sup>159</sup>. Enfin, dans l'examen de la répartition de la charge de la preuve, il faut tenir compte du fait que toutes les parties tentent généralement de démontrer leurs allégations, ce qui rend moins aisée l'identification de la règle de preuve appliquée.

Nous présentons ci-dessous les (multiples) cas de figure qui peuvent se retrouver dans la jurisprudence. Comme nous l'avons écrit plus haut, l'application de la théorie de la répartition de la charge de la preuve à l'examen du recul significatif implique que l'auteur de la norme litigieuse devrait bénéficier d'une présomption simple, voire d'une présomption irréfragable d'absence de recul significatif lorsqu'il a respecté les exigences procédurales. Dans le premier cas, l'on peut estimer que le contrôle du juge est « restreint ». Dans le second cas, il n'y a pas de contrôle du recul significatif. Lorsque l'auteur de la norme litigieuse n'a pas respecté les exigences procédurales, il ne bénéficie pas de présomptions et le contrôle du juge est « étendu ».

*Premier groupe d'hypothèses.* Les travaux préparatoires montrent que le législateur a (formellement) examiné le caractère significatif du recul et la Cour constitutionnelle :

- 1) a pourtant, semble-t-il, contrôlé le caractère significatif du recul de manière (relativement) étendue<sup>160</sup> ;
- 2) n'a pas examiné le caractère significatif du recul, en fondant sa position sur le fait que la mesure était fondée sur des motifs d'intérêt général<sup>161</sup>.

mesure régressive plus limitée a davantage de chances d'être qualifiée de recul mineur.

<sup>159</sup> Dans certains arrêts, la Cour n'a pas d'égards aux travaux préparatoires de la norme litigieuse. Ces arrêts n'ont pas été pris en considération (C.C., 15 juin 2017, n° 71/2017 dans lequel la Cour a fait peser la charge de la preuve sur le demandeur devant le juge *a quo*).

<sup>160</sup> C.C., 23 janvier 2019, n° 6/2019, B.7.1 à B.8 ; C.C., 12 mars 2020, n° 41/2020, B.8 (dans ces deux arrêts, le contrôle étendu pourrait s'expliquer parce que le législateur ne répond pas adéquatement à l'objection soulevée par le Conseil d'État) ; C.C., 21 juin 2018, n° 77/2018, B.13.3, B.15.2 et B.15.3 (dans ce cas, le contrôle étendu pourrait s'expliquer parce que le législateur examine le recul de manière particulièrement sommaire). Si dans ces arrêts le législateur n'a manifestement pas bénéficié d'une présomption irréfragable d'absence de caractère significatif du recul, il n'est cependant pas impossible qu'il ait bénéficié d'une présomption simple qui a été renversée par les requérants. Dans les arrêts n° 6/2019 (A.2.3) et n° 41/2020 (A.4.3), les requérants se sont fondés sur le fait que le Conseil d'État avait estimé que le recul opéré était significatif et ont montré que les réponses apportées par le législateur ne permettaient pas de lever cette objection (voy. *infra*). Dans l'arrêt n° 77/2018, les requérants ont démontré l'impact de la contribution financière à l'aide juridique sur une personne isolée qui vit du revenu d'intégration sociale et ont produit des témoignages (A.9.3). Dans les deux cas, l'on ne peut donc pas affirmer avec certitude que les requérants ont simplement été crus sur leurs allégations. L'on ne peut pas davantage estimer que le « doute » a bénéficié aux requérants, car ces derniers ont démontré la réalité de leurs allégations. L'analyse de ces arrêts ne permet pas de déterminer s'il en aurait été autrement dans l'hypothèse où les requérants se seraient contentés d'alléguer l'existence d'un recul significatif et le non-respect des exigences procédurales.

<sup>161</sup> C.C., 30 novembre 2017, n° 135/2017, B.18.1 et B.18.2 (le législateur répond à l'avis du Conseil d'État qui lui recommandait de justifier la raison pour laquelle le recul ne serait pas significatif) et B.20.1.

<sup>157</sup> Le même constat a été fait par Céline Romainville en matière de droit à la culture (C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, op. cit., p. 767).

<sup>158</sup> L'examen des limites et garanties qui assortissent la mesure régressive n'est toutefois pas pleinement assimilable à un examen du recul significatif dès lors qu'il n'implique pas de comparaison entre deux normes et qu'il est fréquent que le législateur ne prenne pas spécifiquement en considération la situation particulière de la catégorie de personne dont il est allégué que leurs droits fondamentaux sont violés. Il n'en demeure pas moins qu'une

*Deuxième groupe d'hypothèses.* Les travaux préparatoires ne montrent pas que le législateur a examiné le caractère significatif du recul, mais il a examiné (parfois sommairement) le caractère limité de la mesure régressive et/ou l'existence de garanties et la Cour constitutionnelle :

- 3) a contrôlé le caractère significatif du recul de manière (relativement) étendue<sup>162</sup> ;
- 4) a contrôlé le caractère significatif du recul de manière restreinte<sup>163</sup> ;
- 5) n'a pas spécifiquement examiné le caractère significatif du recul, mais a examiné les limites et garanties qui assortissaient la mesure régressive dans le cadre du contrôle des motifs d'intérêt général et en a inféré que la mesure n'entraînait pas de recul significatif et qu'elle était justifiée par des motifs d'intérêt général<sup>164</sup> ;
- 6) n'a pas examiné le caractère significatif du recul<sup>165</sup>.

*Troisième groupe d'hypothèses.* Les travaux préparatoires ne montrent pas que le législateur a examiné le caractère significatif du recul ou même le caractère limité de la mesure régressive ainsi que les garanties qui l'entourent et la Cour constitutionnelle :

- 7) a contrôlé le caractère significatif du recul de manière (relativement) étendue<sup>166</sup> ;

- 8) a contrôlé le caractère significatif du recul de manière restreinte<sup>167</sup> ;
- 9) n'a pas spécifiquement examiné le caractère significatif du recul, mais a examiné les limites et garanties qui assortissaient la mesure régressive dans le cadre des motifs d'intérêt général et en a inféré que la mesure n'entraînait pas de recul significatif et qu'elle était justifiée par des motifs d'intérêt général<sup>168</sup> ;
- 10) n'a pourtant pas examiné le caractère significatif du recul<sup>169</sup>.

83. Comme on peut le voir, les questions de savoir si le législateur a examiné le caractère significatif du recul ou simplement les limites et garanties qui assortissent la mesure régressive et s'il a justifié sa position n'ont pas d'impact clair sur le contrôle effectué par la Cour. Les variations du contrôle de la Cour ne peuvent pas davantage s'expliquer de manière systématique par d'autres facteurs tels que la recevabilité du moyen<sup>170</sup> ou la nature du droit social en cause<sup>171</sup>. La jurisprudence comporte un caractère casuistique marqué. Il est permis de penser que les variations dans le contrôle de la Cour relèvent en cette matière de la politique jurisprudentielle.

somption de caractère mineur du recul ; en revanche, elle ne prend pas en considération les conséquences de la mesure).

<sup>162</sup> C.C., 1<sup>er</sup> octobre 2015, n° 133/2015, B.4.1 à B.4.3 et B.7.1 ; C.C., 18 mai 2017, n° 61/2017, B.4.1 à B.5.1 et B.10.1 ; C.C., 30 novembre 2017, n° 135/2017, B.47 et B.53. Dans l'arrêt n° 133/2015, rendu sur question préjudicielle, le législateur a, certes, examiné les limites qui assortissaient la mesure régressive, mais sans répondre à l'avis du Conseil d'État qui avait indiqué que la mesure pouvait constituer un recul significatif. La Cour a estimé que le recul était significatif. Le législateur n'a manifestement pas bénéficié d'une présomption simple d'absence de recul significatif dès lors que le demandeur devant le juge *a quo* n'a pas déposé d'écrits de procédure et il n'y a pas eu d'audience. La Cour a donc fait reposer la charge de la preuve sur le législateur. Ce dernier n'a pas allégué l'absence de recul significatif dans ses écrits de procédure (A.5) de sorte que le recul a été jugé significatif. L'arrêt n° 61/2017 est l'arrêt d'annulation consécutif au constat de violation de l'arrêt n° 133/2015. Dans l'arrêt n° 135/2017, le législateur n'a manifestement pas bénéficié d'une présomption irréfragable d'absence de caractère significatif du recul, mais il n'est pas impossible qu'il ait bénéficié d'une présomption simple qui a été renversée par les requérants. Il ne semble pas que les requérants aient étayé leur point de vue par des pièces. Ils ont toutefois montré qu'une partie du raisonnement du législateur ne tenait pas la route (A.30 à A.33). Il est vrai que le recul était manifeste (important et aisément visible), ce qui implique qu'une place moins grande a été accordée aux aspects probatoires du débat.

<sup>163</sup> C.C., 4 octobre 2018, n° 125/2018, A.6.1 à A.6.3, B.7, B.12.4.2. et B.13.3 ; C.C., 30 novembre 2017, n° 135/2017, B.64 et B.65.2 ; C.C., 17 mars 2016, n° 42/2016, A.8.1 et A.8.2, B.12.1, B.12.2 et B.13.3. Dans ces trois arrêts, le législateur a bénéficié d'une présomption simple d'absence de recul significatif que les requérants n'ont pas réussi à renverser.

<sup>164</sup> C.C., 27 juillet 2011, n° 135/2011, B. 7.2 et B.9.1 à B.9.5 ; C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, B.8.2 à B.12. Dans ces arrêts, le législateur a bénéficié d'une présomption simple d'absence de recul significatif.

<sup>165</sup> C.C., 28 septembre 2017, n° 104/2017, B.3.2 à B.3.4 et B.32 ; C.C., 13 octobre 2016, n° 130/2016, B.16.1 et B.17.3.

<sup>166</sup> C.C., 23 janvier 2019, n° 3/2019, B.6.1., B.6.2., B.8.3, B.8.4. et B.13.2. Dans cet arrêt à la motivation quelque peu elliptique, il nous semble que la Cour a reconnu le caractère significatif du recul, sans faire bénéficier le législateur de présomptions simple ou irréfragable, mais en estimant que le recul était raisonnablement justifié. Voy. aussi C.C., 14 mars 2019, n° 44/2019, B.3 et B.33.1 (la Cour ne reconnaît pas au législateur le bénéfice d'une pré-

<sup>167</sup> C.C., 5 décembre 2019, n° 198/2019, B.1, B.2.1, B.4.2, B.20 et B.21 (dans cette affaire, les requérants se fondaient pourtant sur l'avis du Conseil d'État qui invitait le législateur à justifier le respect du principe de *standstill* ; cela n'a pas été fait ; la Cour n'a toutefois pas eu égard à cet avis) ; C.C., 23 mai 2019, n° 81/2019, B. B.4.1 à B.5.2. et B.6 ; C.C., 28 septembre 2017, n° 107/2017, B.1.1. et B.15.5 (le législateur bénéficie d'une présomption simple d'absence de recul significatif que les requérants n'ont pas renversée ; en outre, la Cour estime que la loi ne peut « raisonnablement » être considérée comme un recul significatif).

<sup>168</sup> C.C., 14 janvier 2016, n° 4/ 2016, B.6.1., B.10.2 à B.10.4. Rapp. aussi C.C., 30 avril 2015, n° 48/2015, B.21 à B.24.3.

<sup>169</sup> C.C., 8 mai 2019, n° 64/2019, B.8.1 à B.9.1, B.10.2 et B.11 ; C.C., 5 juillet 2018, n° 86/2018, B.4.1, B.4.2 et B.21.2 ; C.C., 16 juillet 2015, n° 103/2015, B.63 et B.64.4 à B.64.4 (dans cet arrêt, il n'apparaît pas que les parties auraient indiqué la manière dont l'obligation de *standstill* serait violée (A.22.6. et B.61), ce qui peut expliquer l'attitude de la Cour ; la motivation n'indique toutefois pas que le moyen était irrecevable).

<sup>170</sup> Il résulte de l'article 6 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle et de la jurisprudence de la Cour que « les moyens de la requête doivent faire connaître, parmi les règles dont la Cour garantit le respect, celles qui seraient violées ainsi que les dispositions qui violeraient ces règles et exposer en quoi ces règles auraient été transgressées par ces dispositions » (C.C., 29 mars 2018, n° 38/2018, B.12.2). Dans la plupart des cas où la Cour ne contrôle pas le caractère significatif du recul, les requérant avaient pourtant allégués que le principe de *standstill* était violé et expliqué en quoi consistait le recul significatif. Il faut toutefois remarquer qu'ils abordent généralement cette question sous un angle exclusivement substantiel et n'allèguent donc pas que l'autorité n'a pas, dans les travaux préparatoires, examiné minutieusement si le recul était significatif et justifié l'absence de recul significatif. Il est vrai que, du fait de la jurisprudence souvent plus restrictive de la Cour constitutionnelle, les exigences procédurales sont moins souvent invoqué par les parties. Leur existence n'avait, en outre, pas encore été mise en exergue par la doctrine en lien avec l'examen du caractère significatif du recul. En tout état de cause, ce facteur n'explique pas non plus les variations dans le contrôle de la Cour puisqu'il se retrouve dans la plupart des arrêts et pas uniquement dans les arrêts qui ne contrôlent pas le recul significatif ou qui effectuent un contrôle plus restreint.

<sup>171</sup> Droit à l'aide sociale, droit à l'aide juridique, etc.

Dans ce contexte, les parties devraient jouer la prudence. Pour les requérants, il est recommandé d'invoquer explicitement l'atteinte aux exigences procédurales, d'expliquer le caractère significatif du recul au moyen d'évaluations chiffrées de l'impact sur la situation matérielle des titulaires de droits et de présenter des pièces de nature à montrer l'impact concret de la mesure (notamment, des témoignages et des factures). Pour l'auteur de la norme litigieuse, l'examen formel de l'existence d'un recul significatif ou de la limitation de la mesure ne suffit pas nécessairement à ce que la Cour restreigne son contrôle. Il faudrait que cet examen soit suffisamment minutieux et transparaisse dans les travaux préparatoires. À cet égard, le rôle des avis rendus par les instances consultatives, en particulier, de l'avis de la section de législation du Conseil d'État est crucial.

84. Dans l'arrêt *CWASS*, le Conseil d'État n'a pas eu égard à l'avis de sa section de législation, qui – dans le délai de 30 jours qui lui était imparti – n'avait pas soulevé d'objection liée au principe de *standstill*. Si la Cour constitutionnelle, quant à elle, n'effectue, en principe, pas un contrôle aussi poussé de l'élaboration de la législation et de sa justification, la prise en compte des avis de la section de législation du Conseil d'État nous semble toutefois susceptible de faire exception à cette règle. Dans le cadre de ces avis, un contrôle de constitutionnalité préalable à l'adoption de la norme est effectué par des magistrats spécialisés en droit public, ce qui devrait être de nature à donner à ces avis une autorité importante<sup>172</sup>.

85. Si, dans les arrêts analysés, les législations qui ont été jugées contraires au principe de *standstill* par la Cour constitutionnelle ont généralement fait l'objet, en amont, d'un avis (relativement) critique du Conseil d'État, celles qui ont été jugées conformes au principe de *standstill* par la Cour constitutionnelle n'avaient généralement pas fait l'objet d'un contrôle de *standstill* de la part du Conseil d'État<sup>173</sup> de sorte que la Cour constitutionnelle n'y a pas égard<sup>174</sup>. L'on rappellera à cet

égard que la communication de bon nombre d'avis est réclamée dans un délai de 30 jours – certains le sont même dans un délai de 5 jours –, ce qui ne place pas le Conseil d'État dans les meilleures conditions pour exercer un contrôle exhaustif<sup>175</sup>.

Dans un avis, la section de législation du Conseil d'État a estimé que le législateur devait s'interroger sur le respect de l'article 23 de la Constitution, sans toutefois évoquer l'obligation de *standstill*. Dans ce cas, le contrôle de la Cour n'a pas été plus étendu<sup>176</sup>. De même, dans son avis n° 49.951/4 du 11 juillet 2011, le Conseil d'État estime, notamment, que la faculté de refuser l'aide matérielle aux étrangers dès leur deuxième demande d'asile devrait être considérée comme un recul significatif. La Cour constitutionnelle a pourtant, sans prendre en considération l'avis du Conseil d'État, effectué un contrôle « implicite » et restreint du caractère significatif du recul et a conclu à l'absence de recul significatif<sup>177</sup>. Une attitude similaire a prévalu lors du contrôle de constitutionnalité du décret flamand réglant les allocations dans le cadre de la politique familiale<sup>178</sup>.

86. Certains avis mettant en exergue le caractère significatif du recul ont eu davantage de poids.

Ainsi, dans son avis n° 59.786/1/V du 16 août 2016, le Conseil d'État a considéré que la réforme qui privait une catégorie de personnes du bénéfice de la GRAPA tant qu'elles ne remplissaient pas une condition de résidence de 10 ans opérait un recul significatif. Le législateur a répondu à

de la SLCE n° 60.245/3 du 29 novembre 2016, n° 61.025/3 du 23 février 2017 et n° 61.052/3 du 28 mars 2017; C.C., 23 janvier 2019, n° 3/2019 (avis de la SLCE n° 60.186/3 du 9 novembre 2016); C.C., 4 octobre 2018, n° 125/2018 (avis de la SLCE n° 60.317/1 du 28 novembre 2016); C.C., 5 juillet 2018, n° 86/2018 (avis de la SLCE n° 59.212/1 du 4 mai 2016); C.C., 30 novembre 2017, n° 135/2017 (pour ce qui concerne la GRAPA; avis de la SLCE n° 57.648/1-2 du 16 juin 2015; avis n° 57.852/1-2 du 15 juillet 2015); C.C., 28 septembre 2017, n° 107/2017 (avis de la SLCE n° 57.517/1 du 12 juin 2015, n° 57.720/1 du 26 juin 2015, n° 57.727/1 du 26 juin 2015, n° 58.310/3 du 22 octobre 2015, n° 58.321/1-2-3-4-VR du 28 octobre 2015, n° 58.480/1 du 20 novembre 2015, n° 58.492/2 du 19 novembre 2015, n° 58.537/2 du 21 décembre 2015, n° 58.557/VR/1/3 du 7 décembre 2015); C.C., 28 septembre 2017, n° 104/2017 (avis de la SLCE n° 57.140/2 du 23 février 2015 et n° 57.368/2 du 9 avril 2015); C.C., 13 octobre 2016, n° 130/2016 (avis de la SLCE n° 57.195/1 du 11 mars 2015 et n° 57.332/1/VR du 3 avril 2015); C.C., 16 juillet 2015, n° 103/2015 (avis de la SLCE n° 53.317/AG du 11 juin 2013); C.C., 30 avril 2015, n° 48/2015 (avis de la SLCE n° 53.317/AG du 11 juin 2013); C.C., 8 mai 2014, n° 77/2014 (avis SLCE n° 51.665/2/V du 16 juillet 2012); C.C., 27 juillet 2011, n° 135/2011 (avis de la SLCE n° 40.710/4 du 4 juillet 2006 et n° 39.883/4/VR du 29 mars 2006).

<sup>175</sup> En outre, le Conseil d'État ne doit pas remettre d'avis sur les projets de législation relative au budget. Dans ce cas, la Cour constitutionnelle est donc dans l'impossibilité de se prononcer en ayant égard à un tel avis (C.C., 15 juin 2017, n° 71/2017).

<sup>176</sup> C'est le contraire : C.C., 14 mars 2019, n° 44/2019, B.33.1 (avis de la SLCE n° 61.052/3 du 28 mars 2017; dans cet avis, le Conseil d'État reproduit un avis antérieur, n° 60.253/3 du 18 novembre 2016).

<sup>177</sup> C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, B.8.2 à B.12.

<sup>178</sup> Avis de la SLCE n° 62.258/1 du 8 décembre 2017 et C.C., 5 décembre 2019, n° 198/2019, B.20 et B.21 (dans cette affaire, les requérants s'étaient pourtant explicitement fondés sur l'avis du Conseil d'État; la Cour a tout de même effectué un contrôle restreint).

l'objection en alléguant que le recul n'était pas significatif dès lors qu'une fois les conditions d'octroi de la GRAPA remplies, son niveau de prestation et ses conditions de paiement n'étaient pas modifiés. En outre, les personnes privées de la GRAPA pourront faire valoir leur droit à l'intégration sociale. La Cour n'a guère été convaincue par ces arguments et a estimé que la mesure entraînait un recul significatif pour la catégorie de personne concernée par l'exclusion<sup>179</sup>. En l'espèce, l'avis du Conseil d'État semble avoir joué un rôle important dans le contrôle du caractère significatif de la mesure. On voit également qu'il ne suffit pas que le législateur réponde aux critiques du Conseil d'État, il faut encore qu'il le fasse de manière convaincante. Ici nulle déférence de la Cour envers le législateur puisque malgré le fait qu'il a examiné le respect de l'obligation de *standstill*, il n'a bénéficié ni d'une présomption irréfragable ni même d'une présomption simple d'absence de caractère significatif du recul. Les mêmes conclusions ressortent de l'analyse de l'articulation entre l'avis n° 62.368/1/2/3/4 du 1<sup>er</sup> décembre 2017 (qui se réfère largement à l'avis n° 59.786/1/V précité) et l'arrêt n° 41/2020 du 12 mars 2020<sup>180</sup>, d'une part, et entre l'avis n° 53.384/1/2/3/4 du 27 mai 2013 et les arrêts n° 133/2015 du 1<sup>er</sup> octobre 2015 et n° 61/2017 du 18 mai 2017<sup>181</sup>, d'autre part.

Les quatre arrêts précités annulent les normes litigieuses pour violation du principe de *standstill*. Dans un arrêt, la Cour a toutefois annulé la mesure sans avoir d'égard particulier pour l'avis défavorable du Conseil d'État<sup>182</sup>. Concernant l'instauration d'une contribution financière à charge des bénéficiaires de l'aide juridique, l'avis du Conseil d'État avait estimé que la mesure n'opérait pas de recul significatif dès lors qu'il

s'agissait d'imposer une contribution financière modeste à des personnes qui ne sont pas tout à fait sans ressources<sup>183</sup>. Il a cependant mis deux réserves importantes à son point de vue :

- l'hypothèse dans laquelle les contributions financières s'accumuleraient pour les procédures complexes ;
- et l'hypothèse dans laquelle la faculté dont dispose le bureau d'aide juridique de dispenser du paiement de la contribution ne permettrait pas de faire face au risque que le justiciable n'ait pas accès à la justice ou compromette le caractère équitable du procès.

Dans son arrêt n° 77/2018, la Cour a néanmoins jugé que la norme litigieuse opérait un recul significatif (et disproportionné) sans avoir aucun égard (explicite) à l'avis du Conseil d'État. La Cour a estimé que l'instauration de la contribution financière constituait un recul significatif même en dehors des deux hypothèses visées par le Conseil d'État<sup>184</sup>.

À l'inverse, l'avis favorable du Conseil d'État peut également influencer le constat d'absence de recul significatif<sup>185</sup>.

Comme on peut le voir, en ce domaine, la jurisprudence analysée présente également un caractère casuistique. Néanmoins, tous les arrêts d'annulation ont été précédés d'un avis du Conseil d'État mettant au minimum en exergue un problème de justification de l'absence de recul significatif. Il en résulte qu'un avis défavorable du Conseil d'État est une pièce maîtresse dans le dossier produit par les requérants (même s'il n'y a pas de garantie que le Conseil d'État soit suivi par la Cour) et qu'en amont, l'auteur d'une norme litigieuse a tout intérêt à répondre – minutieusement – aux objections formulées par le Conseil d'État s'il souhaite éviter de subir la censure de la Cour constitutionnelle.

## CONCLUSION

87. L'analyse de la jurisprudence montre un élargissement de la portée du contrôle du recul significatif par la prise en considération des effets (éventuellement cumulés à un instant « t ») des mesures régressives sur la situation matérielle des

<sup>179</sup> C.C., 23 janvier 2019, n° 6/2019, B.7.1 à B.8. La Cour a également estimé que le recul significatif n'était pas justifié par des motifs d'intérêt général et a, conséquemment, annulé la mesure (B.9.1 à B.9.8)

<sup>180</sup> C.C., 12 mars 2020, n° 41/2020, B.7.1 à B.8.

<sup>181</sup> C.C., 1<sup>er</sup> octobre 2015, n° 133/2015, B.4.1 à B.7.1 (question préjudicielle) ; C.C., 18 mai 2017, n° 61/2017, B.4.1 à B.5.1 et B.10.1 (annulation consécutive au constat de violation).

<sup>182</sup> C.C., 21 juin 2018, n° 77/2018. Voy. aussi l'arrêt n° 135/2017. Dans son avis relatif au relèvement de l'âge de la retraite, de la condition d'âge et de carrière requise pour accéder à une retraite anticipée et de l'âge d'accès à une pension de survie, le Conseil d'État avait souligné que ces mesures pouvaient constituer un recul significatif et que le législateur devait expliquer la raison pour laquelle il n'en serait pas ainsi (avis de la SLCE n° 57.648/1-2 du 16 juin 2015). Voy. égal. avis n° 57.852/1-2 du 15 juillet 2015 qui se réfère à l'avis précité (pour rappel, ces deux avis n'ont, en revanche, pas mis en exergue l'existence d'un recul significatif concernant le bénéfice de la GRAPA). Dans son arrêt n° 135/2017, la Cour constitutionnelle se limite à examiner la proportionnalité de la mesure de relèvement de l'âge de la retraite, de la condition d'âge et de carrière requise pour accéder à une retraite anticipée sans examiner le caractère significatif du recul. Il est vrai que le législateur avait offert une réponse à l'objection du Conseil d'État (C.C., 30 novembre 2017, n° 135/2017, B.18.1 et B.18.2 et B.20.1). Pour ce qui concerne le relèvement de l'âge d'accès à la pension de survie, la Cour estime qu'il s'agit d'un recul significatif, mais sans avoir égard à l'avis du Conseil d'État (C.C., 30 novembre 2017, n° 135/2017, B.47 à B.53).

<sup>183</sup> Avis de la SLCE n° 58.761/3 du 17 février 2016.

<sup>184</sup> C.C., 21 juin 2018, n° 77/2018, B.15.2 et B.15.3

<sup>185</sup> C.C., 17 mars 2016, n° 42/2016, B.12.1 à B.14 et avis de la SLCE n° 54.820/1 du 24 janvier 2014 (dans lequel le Conseil d'État estime que le projet examiné n'est « pas nécessairement » contraire au principe de *standstill* et que ce n'est que dans le cadre de l'exécution concrète de la norme et en fonction des budgets adoptés qu'il pourra être vérifié s'il n'y a pas eu pour certaines catégories de personnes un recul injustifié du niveau de protection). Sur cet arrêt et l'avis de la SLCE voy. S. PEETERS et J. PUT, « Een (stand)stille overgang: persoonsvolgende financiering voor personen met een handicap », in *Les grands arrêts en matière de handicap, op. cit.*, pp. 521-539 (publié après la remise du texte de la présente étude à l'éditeur).

titulaires de droits fondamentaux. L'arrêt *CWASS* est une illustration éclatante de ce mouvement. Une partie de la jurisprudence prend également en considération le contexte normatif de la mesure régressive. S'il en résulte une certaine perméabilité entre le contrôle du recul significatif et le contrôle de proportionnalité, celle-ci reste, comme on pouvait s'y attendre, limitée. L'analyse de l'intensité du contrôle du recul significatif montre que ce dernier n'est pas effectué à l'aune des trois exigences que sont l'appropriation, la nécessité et la proportionnalité au sens strict.

L'enrichissement du contrôle juridictionnel issu des évolutions récentes, dont témoigne notamment l'arrêt commenté, peut également être relativisé au regard du modèle théorique développé par Isabelle Hachez, dans lequel l'exigence d'un recul significatif devrait rester exceptionnelle<sup>186</sup>. Dans ce modèle, le principe est que tout recul du degré de protection offert doit faire l'objet d'une justification raisonnable et, par conséquent, d'un contrôle de proportionnalité. En conséquence, il ne serait, dans un premier temps, pas nécessaire de s'interroger sur le cumul (synchronique ou diachronique) de plusieurs mesures positives ou négatives et sur leur contexte normatif. Dès lors qu'il y a recul, aussi minime soit-il, il faudrait passer à l'examen de la justification de ce dernier. C'est dans ce cadre que le contexte et l'évolution de la norme devraient être examinés au regard des trois exigences du principe de proportionnalité. Ces éléments ne sont donc pas soustraits au contrôle de la Cour : ils sont pris en considération d'une autre manière.

Cette approche est sans doute la plus effective du point de vue de l'exigence de justification des pouvoirs publics. On ne peut toutefois pas perdre de vue que l'intégralité des arrêts analysés recourt à l'exigence d'un recul significatif. La même tendance s'observe d'ailleurs pour les autres droits économiques, sociaux et culturels. En pratique, un virage à cent quatre-vingts degrés sur cette question nous semble peu probable. Cela étant, si les juridictions souhaitent continuer à recourir à l'exigence du caractère significatif du recul, il nous semble qu'elles doivent alors la prendre au sérieux et l'appliquer de manière cohérente en prenant en compte l'ensemble des éléments qui permettent d'évaluer si la régression opérée est significative pour les titulaires de droits fondamentaux. Cela reviendrait à inclure dans le contrôle du caractère significatif de la mesure un certain nombre d'éléments qui, dans la théorie classique du contrôle de *standstill*, auraient leur place exclusivement dans le contrôle de proportionnalité.

<sup>186</sup> I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, op. cit., pp. 364-382.

L'analyse de la jurisprudence récente nous a permis de constater qu'il restait néanmoins plusieurs incohérences dans l'exercice du contrôle du recul significatif. Nous proposons, à titre de conclusion de cette étude, un modèle de raisonnement qui permettrait de rétablir la cohérence au sein de la jurisprudence, de donner au contrôle du recul significatif toute sa potentialité et d'assurer le nécessaire équilibre entre les parties au procès. Les développements qui suivent s'appuient donc en partie sur la jurisprudence analysée et en particulier l'arrêt *CWASS*, mais sont partiellement de *lege feranda*.

88. Du point de vue de l'amplitude du contrôle (à savoir des éléments pris en considération par le juge) :

- l'identification d'un recul significatif implique de prendre en considération les aspects juridiques et factuels de la régression. Le juge prendrait donc en considération tant le texte des normes en cause que leurs effets sur les titulaires de droits fondamentaux<sup>187</sup>.
- afin d'éviter que l'obligation de *standstill* soit contournée en fractionnant les mesures régressives et, éventuellement, en les échelonnant dans le temps, il faudrait privilégier une approche cumulative tant synchronique<sup>188</sup> que diachronique. Plusieurs normes de nature différente (législatives ou réglementaires) pourraient être prises en considération lorsqu'elles sont adoptées par le même pouvoir public, lequel est débiteur de l'obligation de *standstill* quel que soit l'instrument juridique qu'il adopte.
- il faudrait également prendre en considération, par souci de cohérence et d'équilibre entre les parties, les normes qui neutralisent ou limitent les effets négatifs de la mesure régressive (ou du cumul de mesures régressives), quel que soit l'instrument juridique ou la date à laquelle il a été adopté, pour autant qu'il ressortisse à la compétence de l'auteur de la mesure régressive<sup>189</sup>, ainsi que l'évolution favorable à la réalisation des droits sociaux qui a eu lieu avant l'adoption de la norme litigieuse.

89. Du point de vue de l'intensité du contrôle du juge et de la répartition de la charge de la

<sup>187</sup> Voy. pour rappel, outre l'arrêt commenté : C.E., 28 février 2018, n° 240.831, *Majon et SPRL Centre dentaire Meiser*, p. 13 ; C.C., 15 juin 2017, n° 71/2017, B. 4.3 ; C.C., 21 juin 2018, n° 77/2018, B.15.3 ; C.C., 17 juillet 2014, n° 107/2014, B.24.3. Voy. égal. avis de la SLCE n° 58.761/3 du 17 février 2016.

<sup>188</sup> Telle qu'adoptée par l'arrêt commenté.

<sup>189</sup> Sur la prise en compte du contexte normatif voy. : C.E., AG, 21 mars 2017, n° 237.723, *Bogaerts et cts*, p. 16 ; C.C., 30 juin 2014, n° 95/2014, B.26 à B.28 ; C.C., 30 novembre 2017, n° 135/2017, B.65.2 ; C.C., 23 janvier 2019, n° 6/2019, B.8 ; C.C., 12 mars 2020, n° 41/2020. Voy. égal. avis de la SLCE n° 56.907/1 du 19 décembre 2014.

preuve, il faut d'abord rappeler que l'auteur de la norme litigieuse se voit, en principe, reconnaître un pouvoir d'appréciation. Plusieurs conséquences en découlent :

- le contrôle du juge sur la détermination du caractère significatif du recul est marginal<sup>190</sup>. en d'autres termes, seul un recul important et aisément visible peut donc être qualifié de significatif. Il s'agit d'un recul dont un pouvoir public raisonnable ne pourrait pas estimer qu'il est négligeable ;
- l'exigence de motivation qui pèse sur le juge devrait toutefois être renforcée dès lors que le standard de contrôle utilisé – la notion de recul significatif – ne fait pas l'objet d'une application mécanique, mais requiert un jugement de valeur. Le juge devrait dans la mesure du possible expliquer les critères (plus généraux) qui ont motivé sa décision<sup>191</sup> et, en tout cas, les caractéristiques de la mesure régressive sur lesquelles il a fondé sa conclusion (notamment les limites et les garanties qui entourent la mesure). Ceci permettrait d'assurer une meilleure sécurité juridique pour les justiciables ;
- l'avantage dont bénéficie, en principe, l'auteur de la norme litigieuse sur le plan de la répartition de la charge de la preuve – la présomption simple que la norme n'opère pas de recul significatif – devrait lui être retiré s'il n'a pas respecté les exigences procédurales, notamment, dans les hypothèses où :
  - il n'a pas examiné si la norme en projet opérerait un recul significatif du degré de protection des droits fondamentaux ;
  - il n'a pas pris en compte les avis rendus lors de la procédure, en particulier l'avis du Conseil d'État ;
  - il n'a pas justifié la position adoptée (notamment les raisons pour lesquelles il s'écarte des avis récoltés<sup>192</sup>).

C'est, dans ce cas, à l'auteur de la norme litigieuse qu'il appartient de démontrer que le recul n'est pas significatif (c'est-à-dire, qu'il n'est pas déraisonnable d'estimer que le recul est négligeable). L'arrêt *CWASS* illustre parfaitement cette répartition de la charge de la preuve. Afin d'éviter un deux poids deux mesures, il nous semblerait donc souhaitable que la Cour constitutionnelle

adopte clairement le tournant procédural et assure ainsi une meilleure harmonie avec la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>193</sup>. Cette position commune se fonderait sur le principe selon lequel, dans un État de droit, la reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation aux autorités publiques doit aller de pair avec l'obligation de l'exercer avec minutie et de justifier l'exercice de celui-ci.

Il faudrait toutefois appliquer cette règle de manière raisonnable – comme le fait, d'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, l'on ne peut pas exiger du législateur qu'il examine tous les effets possibles et imaginables de la norme qu'il projette d'adopter et ainsi que toutes les normes qui, au sein de l'ordre juridique, pourraient accentuer ou limiter ces effets. Le législateur devrait bénéficier de la présomption simple que le recul opéré est mineur pour autant que les effets vraisemblables de la norme, son contexte normatif direct, l'évolution du degré de protection des droits fondamentaux en cause ainsi que les avis rendus par les organes spécialisés (notamment, le Conseil d'État) aient été examinés et débattus avec suffisamment de minutie.

Il appartient, en outre, toujours au requérant d'indiquer dans sa requête quelles obligations procédurales ont été violées et d'exposer la manière dont elles ont été violées. Il est, en effet, nécessaire que l'auteur de la norme litigieuse puisse identifier les griefs du requérant pour se défendre ; il y va du respect des principes du contradictoire et de l'égalité des armes. Les requérants devraient donc veiller à les invoquer explicitement.

Les parties adverses, quant à elles, devraient veiller à préparer la norme avec suffisamment de soin et à refléter cet examen de façon explicite dans les travaux préparatoires. L'un des constats auquel a conduit l'examen des travaux préparatoires des normes soumises à la censure de la Cour est, en effet, que le législateur ne s'interrogeait généralement pas sur l'existence d'un recul significatif du degré de protection des droits sociaux fondamentaux dans le cadre de l'élaboration de la norme. Sanctionner systématiquement et explicitement l'absence de prise en considération minutieuse du

<sup>190</sup> Voy., outre l'arrêt commenté, C.C., 28 septembre 2017, n° 107/2017, B.15.5 ; C.C., 21 juin 2018, n° 77/2018, B.15.3.

<sup>191</sup> Voy. déjà en ce sens C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, op. cit., p. 764.

<sup>192</sup> Voy., outre l'arrêt commenté : C.C., 23 janvier 2019, n° 6/2019, B.7.1 à B.8 ; C.C., 12 mars 2020, n° 41/2020, B.7.1 à B.8 ; C.C., 1<sup>er</sup> octobre 2015, n° 133/2015, B.4.1 à B.7.1 ; C.C., 18 mai 2017, n° 61/2017, B.4.1 à B.5.1 et B.10.1.

<sup>193</sup> C'est, en outre, devant la Cour constitutionnelle que la prise en compte des exigences procédurales des droits fondamentaux offre la plus grande plus-value puisque le Conseil d'État contrôle déjà depuis longtemps le respect des exigences procédurales issues des principes de bonne administration (devoir de minutie, motivation interne, etc.). Comme l'a montré Daniel Dumont (« Le principe de *standstill* comme instrument de rationalisation du processus législatif en matière sociale. Un plaidoyer illustré (Première partie) », op. cit., pp. 605-611), en matière de *standstill*, la Cour constitutionnelle a déjà amorcé le tournant procédural en relation avec l'examen des motifs d'intérêt général, notamment dans l'arrêt n° 6/2019 du 23 janvier 2019. Voy. aussi X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La délibération parlementaire, gage de qualité de la loi pour une meilleure protection des droits fondamentaux ? », op. cit., pp. 658-659.

recul opéré par la norme (ou plus généralement du respect du principe de *standstill*) et des avis du Conseil d'État, en renversant la charge de la preuve, permettrait d'inciter le législateur à effectuer, explicitement, cet examen en amont, dans le cadre du débat parlementaire, plutôt que d'offrir des explications *a posteriori* lors du procès<sup>194</sup>. La

<sup>194</sup> L'on rejoint donc les appels qu'a fait la doctrine, de manière générale, pour une meilleure prise en compte des avis de la section de législation

procéduralisation des droits fondamentaux contribuerait ainsi à renforcer le rôle des parlements et singulièrement leur fonction délibérative<sup>195</sup>.

du Conseil d'État et un soin accru dans la rédaction des documents parlementaires. Voy. entre autres H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, « Prendre plus au sérieux la fonction législative des parlementaires », *R.B.D.C.*, 2015, pp. 337-340.

<sup>195</sup> C. ROMAINVILLE, « La protection de l'État de droit par la Convention européenne des droits de l'Homme – La Cour européenne et l'exigence de légalité », *op. cit.*, pp. 17-18.